Sentencia C-135-09

Referencia: expediente RE-136

Revisión de constitucionalidad del Decreto 4333 de diecisiete (17) de noviembre de 2008 "Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social".

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de febrero de dos mil nueve (2009).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, en especial las previstas en el artículo 241 numeral 7 de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión constitucional del Decreto Legislativo 4333 de diecisiete (17) de noviembre 2008 "Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social".

I. ANTECEDENTES

El dieciocho (18) de noviembre de 2008 el Presidente de la República remitió a la Corte Constitucional el Decreto 4333 para su revisión constitucional.

II. TEXTO DEL DECRETO REVISADO

A continuación se transcribe el texto del decreto legislativo sometido a revisión:

Diario Oficial No. 47.176 de 17 de noviembre de 2008

DECRETO 4333 DE 2008

(Noviembre 17)

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en uso de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política y en desarrollo de lo previsto en la Ley 137 de 1994, y

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo con lo previsto por el artículo 335 de la Constitución Política y las leyes colombianas vigentes, las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e

inversión de los recursos captados del público son de interés público y están sujetas a la intervención del Estado. Conforme a las normas legales las únicas entidades autorizadas para captar de manera masiva del público son las instituciones sometidas a la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia o de la Superintendencia de la Economía Solidaria. Es así como desde 1982 se consideran penalmente responsables las personas que captan de manera masiva sin la debida autorización de la Superintendencia Financiera;

Que a pesar de lo anterior, han venido proliferando de manera desbordada en todo el país, distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados bajo sofisticados sistemas que han dificultado la intervención de las autoridades;

Que con base en las falsas expectativas generadas por los inexplicables beneficios ofrecidos, un número importante de ciudadanos ha entregado sumas de dinero a captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas, comprometiendo su patrimonio;

Que tales actividades llevan implícito un grave riesgo y amenaza para los recursos entregados por el público, toda vez que no están sujetas a ningún régimen prudencial y carecen de las garantías y seguridades que ofrece el sector financiero autorizado por el Estado;

Que con dichas modalidades de operaciones, se generan falsas expectativas en el público en general, toda vez que no existen negocios lícitos cuya viabilidad financiera pueda soportar de manera real y permanente estos beneficios o rendimientos, y en tal sentido los niveles de riesgo asumidos están por fuera de toda razonabilidad financiera;

Que la inclinación de muchos ciudadanos por obtener beneficios desorbitantes, los ha llevado a depositar sus recursos en estas empresas cuyas operaciones se hacen sin autorización, desconociendo las reiteradas advertencias del Gobierno Nacional;

Que frente a la presencia de dichos captadores o recaudadores de dineros del público en distintas regiones del Territorio Nacional, mediante operaciones no autorizadas se han adoptado acciones y medidas por parte de distintas autoridades judiciales y administrativas;

Que no obstante lo anterior, se hace necesario adoptar procedimientos ágiles, mecanismos abreviados y demás medidas tendientes, entre otras, a restituir a la población afectada por las mencionadas actividades, especialmente a la de menores recursos, los activos que sean recuperados por las autoridades competentes;

Que estas actividades no autorizadas han dejando a muchos de los afectados en una precaria situación económica, comprometiendo así la subsistencia misma de sus familias, lo cual puede devenir en una crisis social;

Que con ocasión de lo expuesto en los considerandos anteriores, también puede perturbarse el orden público;

Que dada la especial coyuntura que configuran los hechos sobrevinientes descritos, que están amenazando con perturbar en forma grave el orden social, se hace necesario contrarrestar esta situación en forma inmediata;

Que se hace necesario ajustar las consecuencias punitivas de los comportamientos señalados en el presente decreto;

Que se hace necesario profundizar los mecanismos de acceso para las personas de bajos recursos al sistema financiero;

Que se hace necesario dotar a las autoridades locales de mecanismos expeditos con miras a evitar la pérdida de los recursos que puedan afectar el interés de la comunidad.

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. Con el fin de conjurar la situación a que hace referencia la parte motiva del presente decreto, declárase el Estado de Emergencia en todo el Territorio Nacional, por el término de treinta (30) días, contados a partir de la fecha de esta declaratoria.

ARTÍCULO 2o. El Gobierno Nacional, ejercerá las facultades a las cuales se refiere el artículo 215 de las Constitución Política y el artículo 1o del presente decreto, por el término de treinta (30) días contados a partir de la fecha de la declaratoria.

ARTÍCULO 3o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a 17 de noviembre de 2008.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

El Ministro de Interior y Justicia,

FABIO VALENCIA COSSIO.

El Ministro de Relaciones Exteriores,

JAIME BERMÚDEZ MERIZALDE.

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

OSCAR IVÁN ZULUAGA ESCOBAR.

El Ministro de Defensa Nacional,

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN.

El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural,

ANDRÉS FELIPE ARIAS LEYVA.

El Ministro de la Protección Social,

DIEGO PALACIO BETANCOURT.

El Ministro de Minas y Energía,

El Ministro de Comercio, Industria y Turismo,

LUIS GUILLERMO PLATA PÁEZ.

La Ministra de Educación Nacional,

CECILIA MARÍA VÉLEZ WHITE.

El Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial,

JUAN LOZANO RAMÍREZ.

La Ministra de Comunicaciones,

MARÍA DEL ROSARIO GUERRA DE LA ESPRIELLA.

El Ministro de Transporte,

ANDRÉS URIEL GALLEGO HENAO.

La Ministra de Cultura,

PAULA MARCELA MORENO ZAPATA

III. INTERVENCIONES

A. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad del Decreto 4333 de 2008.

Mediante escrito radicado el veintinueve (29) de enero de 2009 intervino el ciudadano Edmundo del Castillo, Secretario Jurídico de la Presidencia, de la República para defender la constitucionalidad del Decreto 4333 de 2008. Inicia su intervención con algunas referencias acerca del ahorro y su importancia para la vida socioeconómica del país, al respecto señala que uno de los fines esenciales del Estado colombiano es la protección del ahorro público, elemento indispensable para la defensa de los derechos patrimoniales de los ciudadanos.

Indica que para efectos de la generación de ahorro las personas acuden esencialmente a tres medios: (i) la colocación de sus recursos mediante operaciones de crédito, por medio del sistema de intermediación formal o de operaciones privadas que no tienen la calidad de actividades de tipo financiero, propiamente dichas; (ii) la inversión en bienes de capital o títulos representativos de los mismos y (iii) el atesoramiento privado de recursos. Precisa que las dos primeras formas o modalidades de generación de ahorro

son objeto de especial vigilancia y protección estatal, toda vez que implican la entrega de recursos a terceros, para garantizar la regularidad, legalidad y estabilidad de tales operaciones.

Acota que la importancia socioeconómica del ahorro radica en su capacidad "para generar estabilidad y desarrollo en la sociedad, a partir de la formación de capital para llevar a cabo créditos e inversiones que permitan apalancar la formación de nuevas empresas, el financiamiento de capital de trabajo privado y público y el emprendimiento de obras básicas para el desarrollo de una nación".

Reitera que en virtud del mandato contenido en el artículo 335 constitucional al Estado le compete la protección del ahorro público, especialmente mediante la vigilancia de la actividad que realizan las empresas financieras "a las cuales la Constitución y las leyes les han reconocido la idoneidad especial para su manejo". Indica que una expresión de la intervención estatal en dicha actividad es la regulación, la cual se ejerce mediante las leyes, los decretos reglamentarios, los actos expedidos por el Banco de la República y el poder residual regulatorio de los organismos de inspección y vigilancia estatal. Puntualiza que mediante la regulación se define el modelo bancario, los tipos de instituciones financieras, las operaciones autorizadas y el sistema de inspección y vigilancia. Asevera que "la naturaleza reglada de la actividad financiera supone la existencia de un estricto aparato de vigilancia y control que asegure el cumplimiento del conjunto de reglas institucionales y prudenciales que se disponen con relación al sistema bancario, para asegurar su estabilidad, asegurar la fluidez en el sistema de pagos y proteger los derechos de los particulares", de lo que a su vez se desprende un correlativo deber estatal "de perseguir y reprimir toda modalidad de captación informal e irregular del ahorro que pueda llegar a afectar la estabilidad macroeconómica y la convivencia social".

Pasa luego a describir los rasgos centrales de la actividad financiera y de captación de los recursos del público y recalca que según lo previsto por el artículo 335 de la Carta dicha actividad es de "naturaleza concesional, es decir, que quien desee realizarla, debe obtener la previa autorización expresa del Estado para ello". Indica también que se trata de una actividad reglada que debe ser ejercida dentro de los precisos términos fijados por el marco regulatorio, lo que a su vez "representa para la autoridad el mandato ínsito de impedir que existan agentes en el mercado que puedan desarrollar la misma al margen de dicha regulación, que se inspira justamente en la protección del ahorro".

A continuación explica el régimen constitucional de intervención regulatoria sobre la actividad financiera, con el propósito de demostrar como la situación que dio lugar a la declaratoria del estado de excepción no podía haber sido conjurada por medio de las facultades ordinarias de intervención señaladas en la Constitución. Sobre tal extremo precisa que de conformidad con el literal d del numeral 19 del artículo 150 de la Carta al Congreso le corresponde expedir las leyes marco que regulen la materia, mientras que al Presidente, en virtud de lo previsto por el numeral 25 del artículo 189 de la C. P. le corresponde ejercer la inspección y vigilancia sobre el ejercicio de la actividad financiera y de captación de los recursos del público, y adicionalmente ejercer la potestad reglamentaria sobre la materia, pero siempre circunscrito al esquema determinado

por la ley. Concluye entonces que "en materia de captación de recursos del público el Gobierno no está en capacidad de regular temas cuyos objetivos y criterios no se encuentren previamente establecidos en una ley marco del Congreso".

Acto seguido detalla las leyes marco vigentes en la materia, entre las cuales menciona la Ley 35 de 1993, la Ley 510 de 1999, la Ley 546 de 1999, la Ley 795 de 2003 y la Ley 964 de 2005. Afirma que las disposiciones establecidas en dichas leyes no otorgan al Gobierno facultades de intervención respecto de las actividades ilegales de captación, pues el artículo 38 del Estatuto Orgánico del sistema Financiera circunscribe el objeto de la intervención gubernamental a "las entidades financieras y aseguradoras sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria y, en general, respecto de las entidades cuyas actividades consistan en el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público".

Expone que en todo caso la captación no autorizada de recursos al público siempre ha estado prohibida por medio de normas de orden público económico, las cuales protegen "la confianza colectiva en el sistema financiero y la intangibilidad del ahorro de la sociedad". Aclara que previamente a la declaratoria del estado de excepción la Superintendencia Financiera era la única autoridad administrativa con competencias en la materia pues estaba encargada de determinar mediante visitas de inspección si terceros no autorizados captaban recursos del público, verificada tal situación podía multar al contraventor, decretar su disolución cuando se trataba de personas jurídicas y disponer la liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente (artículo 108 del E. O. S. F.). Igualmente señala que el ejercicio ilegal de la captación de recursos del público está tipificada como un delito económico en el ordenamiento jurídico colombiano desde la expedición del Decreto 2920 de 1982 el cual proscribió la conducta de captar dineros del público, en forma masiva y habitual, sin contar con la previa autorización de la autoridad competente. Posteriormente mediante el Decreto 3227 del mismo año se precisó el alcance del concepto de "captación masiva y habitual" en el sentido que se trataba de dineros recibidos "a título de mutuo o a cualquier otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes y servicios". Ante el surgimiento de nuevas modalidades delictivas relacionadas con la captación ilegal de dineros, el Decreto 1981 de 19881

complementó el tipo penal antes descrito mediante la introducción de nuevas conductas que no estaban contempladas en la disposición original.

Aclara el interviniente que éste ultimo precepto señala como elementos constitutivos del ilícito en cuestión: (i) el elemento subjetivo, según el cual para que se verifique el hecho punible los dineros recibidos deben provenir de terceros y no de personas que estén vinculadas íntimamente con el captador o que tengan una relación de confianza con el receptor de los dineros; (ii) el elemento objetivo exige que los dineros sean recibidos a título de mutuo, de mandato, de operaciones de reporto, o de cualquier otro negocio jurídico sin que exista la obligación por parte del captador de suministrar al depositario de los recursos bienes o servicios como contraprestación del dinero recibido; (iii) un elemento cuantitativo y operacional de conformidad con el cual se requiere que las operaciones de captación de recursos sobrepasa el 50% del patrimonio líquido del captador

o receptor de los dineros.

Acota el Secretario Jurídico de la Presidencia que los estrictos requisitos establecidos por la legislación penal para la configuración del delito de captación masiva y habitual fueron utilizados en su provecho por "personas inescrupulosas", quienes diseñaron modalidades contractuales con la finalidad de disfrazar operaciones de captación, tales como las tarjetas prepago, el sistema de mercadeo llamado "boca a boca", o incluso acudieron a expedientes tan simples como no llevar contabilidad para impedir calcular cual era su patrimonio, todo esto con el propósito de "construir barreras formales que impidieran al estado avizorar la realidad de tales comportamientos o hacer más compleja la intervención de las autoridades".

Añade que en el ámbito de facultades de policía administrativa con anterioridad a la declaratoria del estado de emergencia social solamente el artículo 108 del E. O. S. F.2 y el literal a) del numeral 4 del artículo 3263 del E. O. S. F. otorgaban competencias específicas a la Superintendencia Bancaria –actual Superintendencia Financiera- para vigilar y perseguir actividades de captación ilegal. Indica que de conformidad con dichas regulaciones la Superintendencia Financiera podía ejercer las siguientes funciones: i) de supervisión: mediante el ejercicio de visitas a personas naturales y jurídicas para evaluar la regularidad de sus operaciones; ii) cautelares: de manera preventiva estaba obligada a informar al público sobre la existencia de operaciones ilegales; (iii) coercitivas: mediante la imposición de multas sucesivas a los operadores ilegales para conminarlos a suspender las actividades de captación, (iv) liquidatorias: mediante la disolución de las personas jurídicas que actuaran ilegalmente en el campo financiero y la toma de posesión de las mismas para disponer la liquidación rápida y progresiva de las operaciones ilegales. Reitera que se trataba de competencias regladas que restringían el marco de actuación de la entidad estatal.

Concluye entonces que las facultades de las autoridades estatales en materia de represión de captación ilegal, antes de la declaratoria del estado de emergencia social, se distribuían de la siguiente manera: la Superintendencia Financiera ejercía funciones de vigilancia y de represión de las actividades de captación ilegal, y la represión del delito de captación masiva e ilegal correspondía a la Fiscalía General de la Nación. Puntualiza que la liquidación de operaciones realizadas ilegalmente por personas naturales o jurídicas de actividades financieras se adelantaba según los procedimientos establecidos en el Título Segundo del Libro Sexto del Código del Comercio, y estaban a cargo de las autoridades judiciales competentes (inciso 3º del artículo de la Ley 35 de 19934 reglamentado por el artículo 1º del Decreto 1228 de 19965).

Describe luego el interviniente de manera extensa las características del estado de emergencia social de conformidad a lo señalado por el artículo 215 constitucional y por la Ley Estatutaria de los Estado de Excepción. Indica que su antecedente es el estado de emergencia económica y social introducido por al reforma constitucional de 1968, previsto para enfrentar situaciones que afecten el orden público económico y social. Manifiesta que el artículo 215 constitucional establece un estado de emergencia "genérico" que no implica diferencias relevantes según se trate de una emergencia social, ecológica o

económica. Igualmente describe los requisitos formales y materiales que deben respetarse para la declaratoria del estado de emergencia, agrupa éstos últimos en tres elementos: (i) el presupuesto objetivo de la declaración de emergencia, (ii) la verificación del supuesto de hecho y el (iii) test de subsidiariedad.

Pasa luego a examinar si el Decreto 4333 de 2008 cumple con las presupuestos antes señalados. Indica en primer lugar que reúne los requisitos formales establecidos por la Constitución y la Ley 137 de 1994 porque (i) fue motivado, (ii) fue firmado por el Presidente de la República y todos los ministros de gobierno y (iii) señala el ámbito territorial y temporal de la declaratoria.

Respecto de los presupuestos materiales de la declaratoria del estado de emergencia social asevera que el hecho que dio origen a la adopción de esta medida excepcional fue una situación anormal que no revestía el carácter de crónico. Afirma que a diferencia de episodios previos que se habían presentado de captación ilegal de recursos, los eventos ocurridos en el año 2008 fueron una manifestación excepcional respecto de lo anteriormente ocurrido por: (i) su dimensión pues al momento de la declaratoria operaban más de 200 captadores o recaudadores no autorizados ubicados en 12 departamentos, los cuales captaban recursos del público sin cumplir con la requisitos legales señalados para el funcionamiento de los establecimientos de comercio tales como el de levar la contabilidad de sus operaciones; (ii) los esquemas de captación o recaudo masivo afectaron patrimonialmente a un amplio sector de la población cuyos recursos invertidos en este tipo de operaciones estaban en grave riesgo, esta situación generó, en algunos casos, graves alteraciones del orden público; (iii) el público colombiano entregó en forma masiva su dinero a captadores o recaudadores ilegales bajo la promesa de recibir ganancias o rendimientos exagerados, de entre el 50% y el 300% del dinero depositado, lo que contribuyó a acelerar la desintermediación financiera y a generar una solidaridad especial entre el grupo de los beneficiarios preliminares y (iv) los captadores ilegales utilizaban mecanismos de alta sofisticación para "ocultar o esconder sus actividades" que impedían el control de las autoridades estatales dentro del marco legal en ese entonces vigente.

A juicio del interviniente dichos mecanismos se diferenciaban de los anteriormente empleados para desarrollar las mismas actividades ilícitas por su sofisticación legal (la captación se realizaba mediante la celebración de contratos atípicos e innominados que daban una apariencia de legalidad formal), su sofisticación tecnológica (empleaban programas informáticos para la captación de mayor número de clientes) y porque la actividad de captación se desarrollaba en efectivo y al margen del sistema financiero lo que dificultaba realizar el seguimiento de las transacciones, e igualmente impedía establecer si se incurría en el tipo penal de captación masiva e ilegal de recursos porque no se podía cuantificar las operaciones realizadas. Adicionalmente los captadores no llevaban contabilidad y los estados financieros no eran preparados conforme a la ley, no contaban con soportes ni tenían auditoría, de manera que la evidencia probatoria recaudada por las autoridades cuando realizaban visitas de inspección era limitada. Algunos de los captadores no constituyeron sociedades comerciales sino que desarrollaban sus actividades como personas naturales mediante la constitución de establecimientos de comercio, con el propósito de escapar del control

de la Superintendencia de Sociedades. El modus operandi de los captadores también dificultaba el seguimiento y sanción estatal porque algunos de ellos realizaban actividades de captación itinerantes, sin contar con una sede geográfica. Por último señala el interviniente que existía una actitud social proclive a la captación y que la ciudadanía debido a los altos rendimientos inicialmente obtenidos no colaboró con los organismos encargados de la vigilancia, control y sanción de este tipo de actividades ilícitas.

A partir de las características anteriormente descritas concluye el interviniente que "sobrevino para el Gobierno Nacional una situación imprevisible por su alcance e insostenible por su devastador crecimiento, que no puede afirmarse que fuera de naturaleza crónica, tanto más cuando en el pasado los eventos de captación y recaudo se habían limitado a situaciones esporádicas y cuya dimensión no comprometía el orden social y económico" (negrillas originales).

Asevera que tanto la Superintendencia Financiera, como la Superintendencia de Sociedades y la Unidad de Información y Análisis Financiero de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales realizaron labores preventivas, de inspección y de vigilancia dentro del marco de sus competencias legales sin que fuera posible frenar la actividad de los captadores ilegales.

Sostiene que el procedimiento previsto para la liquidación progresiva de las operaciones de captación legal previsto por la Ley 35 de 1993 y por el Decreto 1228 de 1996, el cual se adelantaba ante los jueces civiles del circuito del domicilio de las personas objeto de la medida, "hacía supremamente demorado y complejo el proceso de devolución de los dineros captados del público en forma ilegal, con lo cual el propósito de la medida cautelar, como era la protección de los derechos de terceros y la preservación de la confianza del público en general, en muchos casos resultaba siendo inocua", cita a manera de ejemplo un proceso que se adelanta ante el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá iniciado en el año 1999 que aún no ha concluido.

En esa línea de argumentación concluye que el marco legal vigente, el cual permitía atender y solucionar eventos esporádicos e individuales de captación ilegal, era claramente insuficiente para conjurar un fenómeno de las proporciones que revestía la captación ilegal de recursos del público en el momento en que fue declarada la emergencia social, por lo tanto "se requería promulgar un nuevo régimen legal que permitiera la intervención oportuna y eficaz de los captadores y recaudadores ilegales y que diera lugar a un desmonte efectivo de las actividades informales, en beneficio de los ahorradores".

Narra que en los días previos a la declaratoria del estado de emergencia social algunos de los captadores y recaudadores ilegales cerraron los establecimientos en los cuales desarrollaban esta actividad y se fugaron con los dineros recibidos, lo cual generó una grave situación de orden público en distintos municipios del país. Por otra parte –siempre según el interviniente- la población siguió entregando sus recursos a los captadores ilegales, a pesar de las campañas de prevención desplegadas por las autoridades públicas, e incluso los depositantes recurrieron a la violencia para evitar la

actuación de los organismos estatales.

Expone que se requería adoptar medidas urgentes dirigidas a evitar (i) que los captadores ilegales se escaparan con los recursos del público, (ii) que se destruyeran las evidencias de la actividad ilegal y los bienes que podían servir para resarcir a los inversionistas, (iii) que se produjera una situación de violencia generalizada y (iv) que la ciudadanía continuara entregando confiadamente su dinero a los captadores ilegales. En consecuencia las medidas adoptadas una vez declarado el estado de excepción iban dirigidas a fortalecer las facultades de intervención estatal.

Según el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República "la captación de dineros, el desplome de las captadoras, eran hechos notorios y de tal gravedad que no permitían la espera de una actuación administrativa ordinaria, por lo que debió regularse un procedimiento expedito que permitiera abrir la investigación y adoptar medidas cautelares y de intervención urgentes. No había otro "recurso" para enfrentar la situación, utilizando la expresión de la Corte Constitucional, que promulgar normas eficaces para combatir el fenómeno". Entiende por lo tanto que las disposiciones expedidas facultaron a las autoridades para actuar en contra de los captadores cuando la notoriedad de los hechos de captación fuera suficiente sin tener que adelantar un dispendioso procedimiento administrativo, con resultados inciertos.

Describe a continuación algunas de las disposiciones contenidas en los decretos expedidos en virtud de la declaratoria de la emergencia social, las cuales introducen medidas idóneas para conjurar la situación que provocó la declaratoria de la emergencia social. Menciona por ejemplo el artículo 6 del Decreto 4334 de 2008, el cual faculta a la Superintendencia de Sociedades para intervenir cuando aprecie hechos objetivos o notorios que indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas. Cita igualmente los artículos 5 y 8 del mismo Decreto los cuales facultan a la Superintendencia de Sociedades para adelantar la toma de posesión frente a los bienes, haberes y negocios de la persona natural o jurídica que realice la captación, sin importar si se trata de sociedades comerciales. Se refiere también al Decreto 4335 de 2008 el cual otorga facultades a los alcaldes para ordenar el cierre preventivo de los establecimientos en los cuales se desarrollan actividades de captación ilegal, medida que considera idónea para combatir un fenómeno que muchas veces tenía connotaciones de marcado carácter local y que por lo tanto sólo podía ser enfrentado eficazmente por las autoridades de este nivel territorial.

Agrega que no sólo era necesario otorgar facultades a los organismos estatales para suspender las actividades de captación sino que además era preciso diseñar un procedimiento ágil para la devolución de los recursos a los depositantes y para liquidar a las empresas captadoras, pues el previsto en el artículo 9 de la Ley 35 de 1993 en cabeza de los jueces civiles de circuito "no respondía a la necesidad de atender las devoluciones rápidas y progresivas de los ahorros del público", y adicionalmente implicaba una ruptura de la unidad de competencia pues dos autoridades diferentes, una de carácter administrativo y otra judicial, debían ocuparse de los mismos hechos, por tal razón el Decreto 4334 de 2008 estableció un trámite expedito para la liquidación de las captadoras y la devolución del dinero al público. Otras medidas fueron adoptadas mediante los

Decretos 4789 y 4591 de 2008 dirigidas a aliviar la situación de los damnificados con la entrega de subsidios a la población más vulnerable y a crear estímulos para que los afectados por el fenómeno de la captación ilegal accedan al sistema financiero. Puntualiza que con el propósito de prevenir y disuadir en el futuro este tipo de actividades se modificó el régimen penal y se aumentó la pena prevista para esta conducta mediante el Decreto 4336 de 2008.

Por medio de escrito radicado el veintinueve (29) de enero de 2008 intervino el ciudadano Daniel Mendoza Burgos, en representación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en defensa de la constitucionalidad del Decreto 4333 de 2008.

En primer lugar hace alusión a la jurisprudencia de esta Corporación en materia del estado de emergencia económica y cita las sentencia C-122 de 1997 y C-122 de 1999, de las cuales destaca las que a su juicio son las condiciones requeridas para la declaratoria de dicho estado de excepción: el carácter sobreviniente de la situación y la regla de la subsidiariedad.

Señala que los problemas que se pretendió conjurar con la expedición del Decreto 4333 de 2008 no tenían un carácter estructural, pues si bien el fenómeno de las "pirámides" dista de ser nuevo, en todo caso tenía un carácter esporádico e infrecuente y no había alcanzado la magnitud actual tanto respecto al número de personas afectadas como del monto de los recursos involucrados. Ilustra esta afirmación con el siguiente dato: en noviembre de 2008, según la Policía Nacional, fueron intervenidos 68 firmas o establecimientos de captación o recaudo masivo de dinero y fueron incautados más de 98 mil millones de pesos.

Narra que en algunas zonas del país el fenómeno adquirió un carácter masivo y las personas entregaron sus recursos a los captadores con la promesa de recibir ganancias exageradas, pero que ante el incumplimiento de dichas promesas y la pérdida de los recursos entregados, se desató un clima de violencia tanto contra los captadores ilegales como contra las autoridades estatales. Destaca que en los primeros días del mes de noviembre de 2008 se presentaron serios desórdenes públicos que obligaron a que se decretara el toque de queda en los municipios de Villagarzón y Moca, en Putumayo; Pasto y Tumaco en Nariño; Florida, Buga y Caicedonia en el Valle; Santander de Quilichao y Popayán en Cauca; así como marchas, protestas, disturbios y asonadas en Santander de Quilichao, Pasto, Tuluá, Caicedonia, Buga y Sibundoy. Añade que también se presentaron disturbios en Neiva, Armenia, Ibagué, Pereira, Cúcuta, Tangua, Túquerres y Ricaurte, y que incluso el personero municipal de Buesaco (Nariño) fue asesinado mientras desarrollaba un operativo de arqueo y sellamiento de la firma D.R.F.E.

Pasa luego a describir el marco legal vigente al momento de la declaratoria del estado de emergencia social y, al igual que el Secretario Jurídico de la Presidencia, sostiene que las medidas previstas en el artículo 108 del EOSF, la legislación penal vigente y el procedimiento previsto en el artículo 19 de la Ley 35 de 1993 resultaban insuficientes para reprimir el problema de captación ilegal de recursos del público debido a las dimensiones que había alcanzado.

Afirma que la Superintendencia Financiera para decretar las medidas cautelares previstas en el artículo 108 del EOSF debía probar "de manera completa y satisfactoria" la infracción del Decreto 3227 de 1982, modificado por el artículo 1º del Decreto 1981 del mismo año, con sustento en información contable y financiera. Es decir, que el ente administrativo debía demostrar la existencia de operaciones de captación masiva e ilegal, la naturaleza de los negocios jurídicos celebrados por el investigado y la situación jurídica del posible captador mediante un análisis financiero fidedigno y confiable; para lo cual a su vez requería acceder a elementos probatorios de carácter contable, contratos, documentos bancarios, estados financieros, libros de contabilidad, registros de operaciones y bases de datos. Todo esto en aras de adelantar un procedimiento administrativo que respetara el debido proceso de los investigados y que no causara futuras responsabilidades fiscales, disciplinarias o penales a los servidores públicos.

Por las anteriores razones arriba a la conclusión que las autoridades administrativas con competencias en la materia, específicamente la Superintendencia Financiera, carecían de herramientas jurídicas que le permitieran enfrentar la captación ilegal y masiva de los recursos del público vista la magnitud que cobró este problema en el segundo semestre de 2008 y que, por otra parte, la legislación penal y civil eran insuficientes para reprimir el delito de captación ilegal y para liquidar a las firmas que se dedicaban a esta actividad y devolver los dineros recaudados a los "inversionistas". Razón por la cual el Gobierno Nacional debió recurrir a la declaratoria del estado de emergencia social.

El ciudadano Roberto Borrás Polanía participó en el trámite de la revisión oficiosa del Decreto 4333 de 2008, mediante escrito radicado en la Secretaría de esta Corporación el veintinueve (29) de enero de 2009, en defensa de la constitucionalidad de la declaratoria del estado de emergencia social. Para comenzar explica en que consiste "captar dineros del público" y se remite al concepto de actividad financiera porque la captación es característica de su ejercicio, indica que la banca capta dinero de los ahorradores y posteriormente lo coloca mediante préstamos, de esta manera consigue que el dinero circule en la economía. Entiende así que la captación es un negocio especializado, el cual debido a que involucra en alta medida el interés público económico, requiere autorización estatal previa, de conformidad a lo previsto en el artículo 335 de la Carta. Dicha autorización compete concederla a la Superintendencia Financiera entidad que adicionalmente está encargada de ejercer la inspección, el control y la vigilancia sobe las personas dedicadas a la actividad financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo y aprovechamiento de los dineros captados del público, tal como señalan los artículos 8 y 9 del Decreto 4327 de 2005.

Agrega que las instituciones financiera sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera son sometidas a un riguroso y exigente proceso de autorización previa "así como al cumplimiento permanente de exigibilidades de revelación contable y financiera, requerimientos de orden patrimonial, liquidez, encajes entre muchos otros, en aras de proteger los ahorros del público, de la comunidad y asegurar la estabilidad de las entidades vigiladas" y que con el mismo propósito de salvaguardar el interés público las entidades financieras antes de que se les otorgue autorización para iniciar su actividad, deben inscribirse en el Fondo de Garantías de

Instituciones Financieras para que los ahorradores "desde el mismo momento en que empieza a funcionar, cuenten con la protección del seguro de depósito que ha instituido la ley en beneficio de los ahorradores y depositantes a cargo de dicho Fondo", mientras que las personas que entregan su recursos a establecimientos o sociedades no autorizadas ni sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera carecen de las garantías establecidas por la ley para proteger a los ahorradores y depositantes y reducir el nivel de riesgo de los usuarios del sistema financiero.

No obstante, expone el interviniente, un número significativo de personas entregaron su dinero a recaudadores y captadores no autorizados, quienes no tenían intención de devolverlo o lo hurtaron una vez recibido con lo cual se originaron graves problemas sociales y de orden público en los departamentos y municipios donde "proliferaron de manera desbordada, con dimensiones que nunca tuvieron antecedentes similares, las modalidades de recaudo masivo de tales recursos", lo que hizo necesario recurrir a la media extraordinaria de la declaratoria del estado de emergencia social.

Pasa entonces a explicar de manera más detallada cual era la situación al momento de la expedición del Decreto 4333 de 2008. Cuenta que en ese momento se tenía noticia de la existencia de más de 200 captadores o recaudadores no autorizados en 12 departamentos (Antioquia, Boyacá, Caldas, Cauca, Cundinamarca, Huila, Meta, Nariño, Quindio, Tolima, Valle del Cauca, Putumayo) y en el Distrito Capital, pero que los departamentos más afectados eran los del sur del país (Cauca, Huila, Nariño y Putumayo). Durante el mes de noviembre fueron sellados 68 establecimientos de captación no autorizados y aprehendidos 98 mil millones de pesos en efectivo. Señala que la mayoría de dichos establecimientos funcionaba sin llevar contabilidad de sus operaciones lo que dificultaba el control por parte de las autoridades competentes. Expone que debido a la proliferación de las actividades de captación no autorizada era necesario que se adoptaran medidas de carácter urgente, pues estaban en riegos los ahorros de buena parte de la población, especialmente los de personas de escasos recursos quienes constituían una "buena porción" de los afectados. Destaca que ante el incumplimiento de los captadores ilegales en la devolución de los recursos se desencadenaron una serie de conductas violentas que amenazaron de forma grave el orden social.

Luego de describir la situación fáctica imperante al momento de la declaratoria del estado de excepción, explica las razones por las cuales considera que la adopción de esta medida por el Gobierno Nacional resulta ajustada a la Constitución. Alega que los hechos que dieron lugar a la declaratoria eran graves porque la captación no autorizada había afectado a un amplio sector de la población y le había causado serios daños a sus intereses y bienes patrimoniales. Insiste que se trataba de una afectación extendida y generalizada, sobre todo en ciertas partes del territorio nacional.

Sostiene que además se trató de un hecho imprevisible, que no tenía precedentes en la historia del país, pues si bien desde los años 80 se había presentado de manera esporádica el fenómeno de la captación no autorizada nunca revistió los alcances actuales. Agrega que el fenómeno se agravó porque afectó especialmente algunas zonas del país particularmente golpeadas por la pobreza, el narcotráfico, el desempleo y las acciones de los grupos armados ilegales.

Destaca que los disturbios ligados a la captación no autorizada comenzaron antes de la declaratoria del estado de excepción, para lo cual se vale de noticias publicadas en distintos periódicos, menciona por ejemplo que el diario El Espectador publicó, el 17 de septiembre de 2008 que en Zipaquirá "un grupo enardecido de ciudadanos estafados decidió hacer justicia por sus propias manos". Cita también al Diario del Sur, el cual reveló que en Ipiales el 18 de septiembre de 2008 cientos de inversionistas "que resultaron tumbados en sus ahorros" destrozaron las instalaciones de la firma "Aires del Sur".

Concuerda con los anteriores intervinientes en la insuficiencia de las disposiciones legales que otorgaban competencias a las entidades estatales para controlar, investigar y sancionar a las personas naturales y jurídicas que desarrollaban sin contar con previa autorización actividades de captación, manejo, aprovechamiento e inversión de recursos del público. Al respecto explica que los captadores no autorizados se caracterizaron por su informalidad, es decir, por no llevar el registro de sus operaciones ni la contabilidad en debida forma y realizar la mayoría de sus operaciones en efectivo, lo que dificultaba la actuación de los agentes estatales, quienes además estaban sujetos al cumplimiento del procedimiento administrativo legalmente señalado en las investigaciones que adelantaban, de manera tal que al carecer de elementos probatorios que permitieran demostrar la captación no autorizada –precisamente por la informalidad de los captadores- sus actuaciones en buena medida se veían frustradas.

También se refiere al Decreto 1981 de 1982 y a los exigentes presupuestos establecidos en esta disposición para definir la captación ilegal, de manera tal que a las autoridades estatales les correspondía construir un complejo acervo probatorio destinado a establecer: i) la prueba suficiente de la existencia de las obligaciones objeto de la captación masiva y habitual; (ii) la naturaleza de los negocios jurídicos celebrados por el investigado; (iii) la situación patrimonial del posible captador, por medio de un análisis financiero fidedigno y confiable; y (iv) la expedición de un acto administrativo sólido y debidamente soportado. Tarea que se veía entorpecida por la ausencia de elementos probatorios de tipo contable debido a que la mayoría de los captadores actuaban de manera informal.

En el mismo sentido anota que los mecanismos empleados por los captadores para ocultar sus operaciones eran en extremo sofisticados, creados precisamente para eludir la definición de captación ilegal contenida en el Decreto 1981 de 1988. De conformidad con esta normativa para que se configure la captación ilegal es preciso que los dineros se reciban sin tener como contraprestación el suministro de bienes o servicios, razón por la cual los captadores no autorizados acudieron a figuras tales como la venta de programas o proyectos turísticos, la venta de tarjetas prepago, la promoción o publicidad voz a voz, los contratos de cuentas en participación, la venta de proyectos turísticos e inmobiliarios, entre otras. Explica entonces que la sofisticación de los medios empleados consistía precisamente en acudir a sistemas ideados especialmente para engañar el público, disfrazar la actividad de captación y dificultar la labor de control estatal.

Cuenta que incluso algunos captadores llegaron al extremo de crear sitios en Internet, domiciliados en otros países que carecían de regulación en la materia, a los cuales podían

acceder los usuarios colombianos. Cita a manera de ejemplo el caso de Finanzas Forex y BMC World Business, empresas que se anunciaban en la red como compañías de intermediación financiera para facilitar la inversión en el mercado de divisas. Mediante promotores comerciales residentes en Colombia estas empresas vinculaban clientes y les ofrecían altas rentabilidades que dependían del monto y de la duración de la inversión, los promotores recibían el dinero en efectivo y les trasladaban a quienes entregaban sus recursos puntos que se veían reflejados en plataformas virtuales creadas por las compañías para dar apariencia formal a la inversión realizada. Posteriormente se logró establecer que el dinero invertido no era trasferido al exterior y que no era empleado en la compra y venta de divisas en el Mercado Forex sino que se trataba de una fachada para ocultar la captación ilegal

Plantea que adicionalmente se acudieron a mecanismos legalmente sofisticados para eludir la actuación de los entes de control, pues los captadores contaban con la asesoría de expertos abogados quienes diseñaron formas contractuales atípicas que permitían encubrir la real naturaleza del recaudo de dineros del público, a la vez que defendían interpretaciones poco ortodoxas del ordenamiento jurídico para darle un manto de legalidad a la actividad de las empresas captadoras, también se crearon empresas fachadas debidamente registradas en la cámara de comercio con objetos societarios vagos e indefinidos que permitían difuminar las operaciones de captación.

Indica que igualmente los captadores no autorizados acudieron a mecanismos de alta complejidad tecnológica, como los empleados por la empresa Finanzas Forex previamente descritos.

Al igual que el Secretario Jurídico de la Presidencia expone que algunos de los captadores no constituyeron sociedades comerciales sino que desarrollaban sus actividades como personas naturales mediante la constitución de establecimientos de comercio, con el propósito de escapar del control de la Superintendencia de Sociedades. El modus operandi de los captadores también dificultaba el seguimiento y sanción estatal porque algunos de ellos realizaban actividades de captación itinerantes, sin contar con una sede geográfica, pero por otra parte indica que otros captadores acudieron al expediente contrario para engañar a la ciudadanía, esto es, darle a sus empresas una apariencia de legalidad, pagando impuestos, registrándolas ante la Cámara de Comercio y cumpliendo en apariencia con los requisitos legales de constitución de sociedades comerciales. Coincide en señalar que existía una actitud social proclive a la captación y que la ciudadanía debido a los altos rendimientos inicialmente obtenidos no colaboró con los organismos encargados del la vigilancia, control y sanción de este tipo de actividades ilícitas.

Formula objeciones similares a las expresadas por los anteriores intervinientes en el sentido de los inconvenientes del procedimiento establecido en el artículo 19 de la Ley 35 de 1993, reglamentado por el Decreto 1228 de 1996, para la disolución de las operaciones de captación ilegal, y respecto del poco efecto disuasivo de la tipificación penal del delito de captación ilegal.

Finalmente con argumentos parecidos a los expuestos por el Secretario Jurídico de la

Presidencia de la República, los cuales quedaron consignados en los párrafos precedentes, alaba la eficacia de las medidas adoptadas en virtud de la declaratoria del estado de emergencia social para conjurar la crítica situación causada por la proliferación de los captadores ilegales. Se refiere al artículo 6 del Decreto 4334 de 2008, el cual faculta a la Superintendencia de Sociedades para intervenir cuando aprecie hechos objetivos o notorios que indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas, sin la necesidad de probar una serie de circunstancias de tipo contable y financiero, tal como exigía el decreto 1981 de 1988. Cita igualmente los artículos 5 y 8 del mismo Decreto los cuales facultan a la Superintendencia de Sociedades para adelantar la toma de posesión frente a los bienes, haberes y negocios de la persona natural o jurídica que realice la captación. Alude también al Decreto 4335 de 2008 el cual otorga facultades a los alcaldes para ordenar el cierre preventivo de los establecimientos en los cuales se desarrollan actividades de captación ilegal, medida que considera idónea para combatir un fenómeno que muchas veces tenía connotaciones de marcado carácter local y que por lo tanto sólo podía ser combatido eficazmente por las autoridades de este nivel territorial. Explica que se trata de una medida policiva de naturaleza preventiva y cautelar porque no exige que se tenga certeza absoluta sobre la ocurrencia de la captación ilegal sino la probabilidad que está sucediendo, entiende en todo caso que esta medida no tiene un carácter arbitrario o discrecional pues esta sujeta a la posterior verificación de la Superintendencia de Sociedades. Hace referencia al nuevo tipo disciplinario establecido por el artículo 2º del mismo Decreto –consistente en la tipificación como falta gravísima la entrega de recursos a captadores no autorizados- y lo justifica en el deber de los servidores públicos de preservar el orden social y económico, y de actuar de manera "ejemplar, trasparente, con absoluto compromiso de valores éticos y de valores frente a la sociedad".

Hace alusión igualmente al Decreto 4336 de 2008 mediante el cual se modifica el Código Penal y se i) agrava la sanción prevista para este ilícito, ii) se incorporan nuevos verbos rectores al tipo penal, iii) se agrava la sanción por realizar la conducta a través de medios de comunicación y (iv) se crea un tipo penal por la no devolución de los recursos ilegalmente captados. Señala que el endurecimiento de la sanción penal de la captación ilegal cumple fines disuasorios y de prevención especial pues impide que el autor del ilícito sea beneficiario de penas sustitutivas como la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como anteriormente ocurría. En el mismo sentido argumenta que las modificaciones introducidas por el Decreto 4449 de 2008 al Código Penal persiguen establecer controles para prevenir conductas asociadas a esta modalidad delictiva, pues se crea un nuevo tipo penal aplicable no sólo a las transacciones en efectivo sino también al almacenamiento y movilización de dineros, con el propósito de evitar que las empresas sean usadas como instrumentos para el lavado de activos.

Se refiere también a las medidas adoptadas por los Decretos 4789 y 4591 de 2008 dirigidas a aliviar la situación de los damnificados con la entrega de subsidios a la población más vulnerable y a crear estímulos para que los afectados por el fenómeno de la captación ilegal accedan al sistema financiero. Indica que para poder hacer efectivas esas medidas y para ampliar los recursos disponibles encaminados a que los entes de control pudieran realizar las labores a su cargo se expidió el Decreto 4490 de 2008, por

medio del cual se modificó el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2008.

Finaliza con la aseveración que mediante los decretos anteriormente enunciados se adoptaron medidas dirigidas a conjurar los graves hechos sobrevivientes y que por lo tanto debe declararse su "irrestricta exequibilidad".

Así mismo intervino el ciudadano Víctor Alfonso Estupiñán Perdomo, en representación de la Superintendencia de Sociedades, para defender la constitucionalidad del Decreto 4333 de 2008, mediante escrito radicado en la Secretaría General de esta Corporación el 29 de enero de 2009. Explica inicialmente el funcionamiento de los sistemas de captación ilegal que funcionan utilizando la estructura de Ponzi o de remuneración piramidal y multinivel, las cuales se basan en incorporación de grandes números de inversionistas "para pagar por algún tiempo, al vencimiento de los primeros plazos, los fabulosos benéficos prometidos a los primeros depositantes, para lo cual se utilizan los dineros de quienes les siguen en turno y cuyos plazos tiene un vencimiento diferido, dinámica que se mantiene mientras el número de nuevos depositantes y la cuantía de sus recursos sea suficiente para atender los compromisos adquiridos previamente, pero que estalla hace crisis cuando cesa o resulta insuficiente el número y valor de los nuevos depósitos, debido al crecimiento geométrico de las obligaciones".

Sostiene que los captadores no autorizados operaban bajo el anterior esquema y recurrían a múltiples estrategias jurídicas tales como las tarjetas prepago, la remuneración de propaganda voz a voz, los proyectos de inmobiliarios, las inversiones en el mercado de divisas, par darles visos de legalidad a su actividad. Afirma que actuaban de manera informal, sin llevar contabilidad, sin organización institucional y sin control financiero, y que con el apoyo de expertos abogados y el recurso a los medios de comunicación generaron la apariencia de legalidad y lograron atraer a vastos sectores de la población sobre todo en regiones apartadas del país. Afirma que el fenómeno de captación legal alcanzó una magnitud nunca antes vista –tanto en el número de personas afectadas como en el monto de los recursos comprometidos- lo que obligó a adoptar medidas excepcionales para enfrentarlo, tal como fue la declaratoria de la emergencia social. A la cual se recurrió para frenar la actividad de los captadores ilegales y devolverle a la población los recursos entregados.

Destaca las ganancias exageradas que ofrecían algunos de los captadores, así por ejemplo el Grupo DMG Holding ofrecía entre el 70% y el 300% de ganancia sobre la inversión inicial; Travel Tour el 150%; Servi Trust, Super Servi y Servipuntos el 60%; Dinerya 120% a 35 días y Mar de Plata el 430%.

Hace luego referencia a la legislación vigente al momento de la declaratoria del estado de excepción y se refiere específicamente al artículo 19 de la Ley 35 de 1993, reglamentado por el Decreto 1228 de 1996, preceptos que como reiteradamente sostienen los intervinientes partidarios de la declaratoria de exequibilidad del Decreto 4333 de 2008 establecían un procedimiento para la liquidación de las operaciones legales de captación excesivamente engorroso. También se refiere al régimen de insolvencia, a los procesos concursales y al orden de prelación de créditos establecido en la Ley 1116

de 2006 para explicar porque estas disposiciones no eran idóneas para atender la devolución masiva de los dineros ilegalmente captados. Concluye al igual que los anteriores intervinientes, que las normas vigentes al momento de la declaratoria del estado de excepción eran insuficientes para afrontar el fenómeno de captación ilícita de dineros del público.

Pasa luego el interviniente a reproducir el documento radicado el 1º de diciembre de 2008 ante la Secretaría General de esta Corporación, el 1 de diciembre de 2008, mediante el cual se absolvían los interrogantes formulados en el Auto expedido por el Magistrado Sustanciador de este proceso, documento cuyo contenido se resumirá en el acápite de pruebas de la presente providencia.

B. Intervenciones que solicitan la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 4333 de 2008.

La ciudadana Luisa Fernanda Ballén Martínez intervino para solicitar que los Decretos 4333 y 4335 de 2008 fueran declarados inconstitucionales por contravenir los siguientes artículos de la Constitución Política: artículo 2º (fines del Estado colombiano), artículo 6 (responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares), artículo 13 (principio de igualdad), artículo 150 (atribuciones del Congreso de la República), artículo 335 (intervención el Estado en las actividades financiera, bursátil y aseguradora). Señala la interviniente desde hace más de diez años han venido proliferando en el país distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados, actividades que llevan implícito un grave riesgo y amenaza para los recursos entregados por el público porque no están sujetas a un régimen prudencial y carecen de las garantías y seguridades ofrecidas por el sector financiero autorizado por el Estado. No obstante, considera que el Gobierno Nacional tenía conocimiento de los hechos que dieron lugar a la declaratoria del estado de Emergencia Social desde hace más de diez años y que por lo tanto debió adoptar medidas para afrontar la situación antes descrita dentro del marco del ordenamiento jurídico vigente, razona entonces que se acudió a un mecanismo excepcional para enfrentar una situación económica y social plenamente identificada, producto de problemas crónicos y estructurales. En suma, considera que la declaratoria del estado de excepción es inexequible porque los hechos alegados no son nuevos ni sobrevinientes, por una parte, y porque el Gobierno contaba con medios ordinarios para enfrentar la crisis.

En el mismo sentido intervino el ciudadano Alfonso Wandurraga Chacón quien alegó que el Presidente de la República había reconocido públicamente su responsabilidad por los hechos que dieron lugar a la declaratoria, razón por la cual estaba inhabilitado para declarar la emergencia social y económica. Coincide en señalar que la situación de captación ilegal de los recursos del público data de tiempo atrás y que los organismos competentes no adoptaron las medidas pertinentes para enfrentarla, de manera que comparten la responsabilidad presidencial.

También solicita la declaratoria de inexequibilidad del Decreto objeto de examen el ciudadano Miguel Ángel Enciso Pava pues entiende que contraviene los artículos 121 (principio de legalidad), 150 (atribuciones del Congreso de la República), 189 (atribuciones

del Presidente de la República), 215 (estado de emergencia social, económica y ecológica) y 335 (intervención estatal en las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público) de la Carta Política. Según el interviniente la inconstitucionalidad radicaría en que no acaecieron hechos súbitos ni extraordinarios que justificaran la declaratoria de la emergencia social, y que los sucesos invocados por el Gobierno Nacional en el decreto cuestionado no tienen el carácter de sobrevinientes. Expone que los considerandos consignados en la parte motiva del aludido estatuto "son afirmaciones de carácter subjetivo sobre hipotéticas situaciones y no constituyen HECHOS SOBREVINIENTES que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico o social del país ni constituyen grave calamidad pública que justifique el Estado de emergencia social declarado" (negrillas y subrayas en el original), pues la aparición de empresas dedicadas a la captación de dineros no fue un hecho masivo ni sobreviniente, ya que éstas desarrollaron sus actividades "bajo la supervisión de la Cámara de Comercio de los diferentes municipios (…) los permisos de funcionamiento municipios fueron otorgados por las respectivas alcaldías, sus actividades se desarrollaban en locales abiertos al público y a plena luz del día". Añade que operaban con la aquiescencia de los poderes públicos y que incluso la Policía Nacional "colaboró con las empresas captadoras en la realización de pagos a la ciudadanía y en la no afectación de del espacio público por parte de estos miles de inversionistas". Alega que con motivo de incidentes aislados acaecidos en a ciudad de Pasto, los cuales a su vez tuvieron origen en supuestos desmanes cometidos por la Policía Nacional, el Gobierno nacional declaró el estado de excepción a pesar que ésta situación ya había sido conjurada con el uso de los poderes de policía en cabeza del alcalde municipal. Opina que el único propósito de la declaratoria era acabar con el "emporio DMG" finalidad que se debió perseguir por medio de los poderes ordinarios en cabeza de la fiscalía General y del Gobierno Nacional.

Argumentos similares expuso el ciudadano Miguel Andrés Rodríguez Martínez en su escrito de intervención para solicitar la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 4333 de 2008. Al igual que los otros intervinientes considera que se trasgredió el artículo 215 constitucional porque los hechos invocados para justificar la declaratoria no fueron sobrevinientes en la medida que la supuesta captación ilegal se había desarrollado a lo largo de los últimos años, añade además que esta actividad estaba penalmente tipificada desde el año 1982 y que por lo tanto podía ser perseguida por las autoridades estatales. Indica también que la inactividad de las entidades estatales competentes generó la confianza legítima en los ciudadanos en torno a la legalidad de las empresas captadoras. Entiende que en todo caso la situación que dio origen a la declaratoria del estado de excepción puede ser enfrentada con las medidas ordinarias de carácter penal y administrativo previstas en la legislación ordinaria. En suma, considera que no hubo una situación anormal que justificara acudir a medidas excepcionales.

El ciudadano Jorge Arnulfo Beltrán Bejarano presentó un escrito mediante el cual formuló algunas apreciaciones respecto de la declaratoria del estado de emergencia social. Señala en primer lugar que dicha medida vulnera de manera flagrante los derechos reconocidos en la Constitución, en la ley y en tratados internacionales de derechos humanos, específicamente hace alusión al derecho al trabajo tanto de las empresas proveedoras de las entidades captadoras intervenidas como de los trabajadores de

dichas empresas, pues en virtud de la declaratoria del estado de excepción "sus mercancías fueron retenidas injustamente y sus contratos laborales embolatados sin que nadie les decida nada". Opina que la intervención estatal sólo puede ejercerse sobre actividades lícitas, pues las actividades al margen de la ley deben ser perseguidas y sancionadas penalmente. Agrega que el Estado debe responder por los daños causados a los ciudadanos en virtud de la intervención en las entidades captadoras de los recursos del público, las cuales venían funcionando normalmente, y que en todo caso se debe diferenciar la responsabilidad empresarial de algunos de los establecimientos intervenidos de aquella que incumbe a sus directivos.

La ciudadana Lynn Heidy Coradine manifiesta su desacuerdo con la declaratoria del estado de emergencia social adoptada por el Gobierno Nacional y señala que las entidades captadoras objeto de las medidas excepcionales habían venido cumplido las obligaciones económicas contraídas hasta la toma de posesión por parte de los organismos estatales. Refiere los beneficios económicos que dichas empresas generaron en distintas regiones del país y la crítica situación en la que quedaron los inversores en virtud de las medidas estatales. Anota que hubo una vulneración de principio de igualdad porque las distintas empresas captadoras estaban en una situación diferente y operaban con esquemas diferentes razón por la cual no podían ser objeto de idénticas medidas de intervención estatal.

El ciudadano David Brieva Maldonado presentó un escrito en el cual consigna distintas apreciaciones respecto de la declaratoria del Estado de emergencia social efectuada mediante el Decreto 4333 de 2008. En primer lugar asevera que realizó un estudio de legalidad y un estudio de riesgo antes de comprar tarjetas prepago DMG, de los cuales concluyó que se trataba de un negocio lícito y confiable. Estima entonces que las medidas excepcionales adoptadas por el Gobierno dieron al traste con una actividad económica legal y rentable, y en consecuencia no conjuraron una crisis económica y social sino que por el contrario la generaron. Por otra parte, plantea que las entidades captadoras intervenidas funcionaban en el país desde hacía varios años, razón por la los hechos que dieron lugar a la expedición del Decreto 4333 de 2008 no pueden ser calificados de sobrevinientes. Hace referencia a que en años anteriores se habían adoptado medidas contra algunas empresas dedicadas a la captación de recursos –específicamente menciona que en noviembre del año 2007 la Superintendencia Financiera ordenó a la empresa DMG devolver los recursos captados del público- sin que hubiese sido necesaria la declaratoria de un estado de excepción, lo que en su opinión demuestra que los poderes ordinarios en cabeza de las autoridades estatales bastaban para conjurar la situación. Percibe en otros hechos ocurridos con anterioridad a la declaratoria claros indicios de la inconstitucionalidad del Decreto 4333 de 2008, como por ejemplo que el Fiscal General de la Nación y el Vicefiscal manifestaron a los medios de comunicación, un día antes de ser decretada la medida excepcional, que DMG no se dedicaba a actividades ilícitas.

Un grupo de veintidós (21) ciudadanos, encabezado por Alfonso López Varela, formuló apreciaciones similares a las anteriormente consignadas acerca de la exequibilidad del Decreto 4333 de 2008. Manifestaron que con la expedición de este último se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho al

trabajo, el principio de igualdad, el derecho a la vida digna, la libertad de asociación, el derecho a la honra y al buen nombre, aunque no precisan las razones por las cuales se produjeron tales afectaciones iusfundamentales ni quienes fueron víctimas de las mismas. Igualmente señalan que el Gobierno Nacional se extralimitó con motivo de la declaratoria del Estado de emergencia social pues la Comercializadora DMG no perturbaba ni amenazaba el orden económico, social o ecológico nacional ni había causado una grave calamidad pública y que tampoco se dedicaba a actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. Cuentan que se trataba de una importante empresa, con ingentes activos y clasificada por distintas publicaciones entre las más importantes el país, y acusan al Gobierno de haber actuado motivado no por el interés general sino espoleado con fines vengativos y de retaliación personal contra el Sr. David Murcia Guzmán. Explican como funcionaba el modelo empresarial de DMG y los beneficios que dicho modelo arrojaba a los tarjeta habientes, y terminan su intervención con una alusión a los desastrosos efectos que en su opinión causaron las medidas adoptadas en virtud de la declaratoria del estado de Emergencia social. Escritos idénticos al anterior fueron presentados por (i) Andrés Felipe González Sanabria, (ii) un grupo de diecinueve (19) ciudadanos encabezado por Fabio de Jesús Carmona Montoya, y un grupo de sesenta y tres (63) ciudadanos encabezado por Diana Liceth Rojas

Mil cuatrocientos sesenta y tres ciudadanos (1463) encabezados por Carlos Pedreros intervinieron para solicitar la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 4333 de 2008. Argumentan, en primer lugar, que los hechos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia social no fueron nuevos ni sorpresivos, porque las entidades dedicadas a la captación de recursos del público funcionaban en el país desde hacía varios años e "incluso estas empresas o captadoras funcionaban con registros de la Cámara de Comercio, licencias de funcionamiento, pagaban tributos a los entes territoriales, pagaban impuestos a la DIAN y en algunos casos requerían que sus usuarios tuvieran RUT". Deducen entonces que tales empresas desarrollaban sus operaciones con la aquiescencia estatal, y que el Gobierno Nacional actuó de manera intempestiva y sorpresiva cuando decidió intervenirlas. Añaden que las empresas captadoras no generaron una perturbación de tal magnitud que justificara la declaratoria de la emergencia social, ni causaron una calamidad pública, sino que la perturbación fue ocasionada por el Gobierno a raíz de las medidas adoptadas con ocasión de la declaratoria de la Emergencia social, las cuales en su opinión vulneran los derechos fundamentales de miles de ciudadanos. Escritos idénticos fueron presentados por un grupo de mil quinientos setenta y dos ciudadanos (1572) encabezado por Nataly Pinzón Angulo, por un grupo de mil setecientos noventa y dos ciudadanos (1792) encabezado por Martha Galeano, por un grupo de mil cuatrocientos sesenta y cuatro (1464) ciudadanos encabezado por Luís A. Maya y por otro grupo de tres mil trescientos tres (3303) ciudadanos encabezado por Emilio Mora, Jenny Camacho y Luz Ángela Balsero.

Los ciudadanos Franklin Torres Hinostroza, James Alberto Ramírez, Gloria Lorena Zuluaga Media, Vitalia Obregón Hurtado, Gustavo Alberto Tenorio Campo, Alexander Restrepo, Jairo Quintero, Lady Mazo, Bibiana González, Eladio Valinera, María Benítez, Eufemia Mosquera Rivas, Cristian Leandro Franco, Jhoana Paredes Rodríguez, Liliana del Carmen

Saldarriaga, Rosa Santacruz Losada, Bella Luz Gutiérrez Salazar, Milena Paredes Vega, Jenny Abadía Victoria, Susana Naranjo, Martha Patricia Torres, Amparo Torres, Oscar Acevedo García, Blanca Salazar, Miriam Velorio Benítez, Jacqueline Pedrosa Obando, Diana Mosquera Giraldo, Cristian Zuluaga, Claudia Patricia Garcés Salas, Diego Fernando Elecue Velandia, María Etelvina Santander de López, Blanca Lucía Vivares Zapata, Marinela Valencia, Francisca Arroyo Andrade, María Gladis Ledesma de Ramírez, Ligia Burgués Miranda, Eduardo Romero Hoyos, Oscar Calle Marín, Beatriz Helena Herrera Morales, Romelia Castrillón Fajardo, John David Acosta Losada, Francisco Alberto Toro, Carlos Alberto Amaya Mendoza, Germán David Escobar Cardozo, Ruth Marina Guayara, John Fredy Rojas, José Israel Rojas Nieto, Melba Elizabeth Zambrano, Carmenza Solarte, Higido Hoyos, Sandra Peña, Yudy Sierra Hoyos, Irmina Lozano, Olga Pinta, Nelfy Rosero Muñoz, Aleyda Hoyos Lozano, Antonio Sierra Chavarro, Clara Ganziva Garzón, Cecilia Ganziva Garzón, Liliana Mora, Ligia León de Ramírez, Tirsa Pavón, María Elena de Ruiz, Luís Eduardo Ruiz, Emérita Hoyos, Marisol Guzmán, Gumersindo Hinestroza, Jaime Hoyos Lozano, Cecilia Melo Guaca, María Eulalia Aldana, Juan Gabriel Olalla, Yesón Zarta Martínez, Hernando Hoyos Lozano, Filiberto Quintero, Juana Rúa, Paula Ramírez Estupiñán, Luz Estela Estupiñán Ortiz, Elkin José Lara Santiago, Franco Paredes Rodríguez, Beatriz Arias, Celdardo Quintero, Roberto Antonio Valencia Franco, Yérsey Morato Quiñónez, William López, Silvia Mabel Benavides Bastidas, Yolanda Ruiz Cuervo, María Cristina Aguilar Ruiz, Dubia Dioselina Reyes Gutiérrez, Lorna Reyes, Mariana López de Olalla, Lucia Gutiérrez de Reyes, Luz Elsy Zorrilla Jiménez, Ángel María Salas Rengifo, Minian Colorado, Rafael Arroyo Andrade, Blanca Nidia Quintero, Víctor Herrera, Gustavo Reina, Jaime Zapata Ospina, Amparo Corrales, Aura María Guerrero, Miriam Elvira Campo, Nury Díaz Campo, John Alberto Lozano Garcés, Jhonier Valencia, Luís Fernando Fernández, Olinda Elisa Riascos Alzamora, Adriana Betancourt, Albeiro Rodríguez, Mario Arroyo Andrade, Diana Gisela Palacio, Jean Alexander Andrade Arboleda, Luz Marina Gavinara, José Duque, Daisy Rodallega, María Riascos, Leonor Córdoba Mosquera, Lucenid Campaz Córdoba, Jhoani Rojas, Diana Lemos Becerra, Ruth América Becerra Murillo, Isabel Arroyo Andrade, Luz Natalia Segura, María Libia Ochoa de Montes, Jhon Jairo Montoya Ochoa, Wilmar Garcés Valenzuela, Leonela Valenzuela de Garcés, María del Socorro Garcés, Lisner Hurtado Grueso, Melva Celorio Benítez, María Julieta Cano Gaviria, Martha Mojarrango Cortes, Rosamila Cundumi Obando, Samari Riascos Mosquera, Rafael Arroyo Andrade, Angela María Valdivieso García, Consuelo Serna Vallecilla, Frank Herson Hurtado Riascos, Amilta Hurtado, Cristian Leandro Franco Ordóñez, Edith Campo Landete, Gloria Inés Medina de Zuluaga, Luis Fernando Zuluaga Gómez, Aleyda Patricia Angulo Cándelo, Martha Isabel Angulo Cándelo y Cesar Augusto Hurtado Alomía, intervinieron en el proceso de la referencia, para solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad de los Decretos 4333, 4334, 4335 4336 de 2008 mediante escritos idénticos cuyo contenido se podría resumir en los siguiente términos: "…Con la expedición de los Decretos 4333, 4334, 4335, 4336 del 17 de Noviembre de 2008, se violo el debido proceso y la igualdad de todos frente al ejercicio del poder del Estado ya que en el Decreto. 4335 se establecía que sólo los alcaldes distritales o municipales deberían ordenar el cierre preventivo del establecimiento de comercio, local, oficina o cualquier lugar donde se realicen estas actividades, ello en virtud de la delegación de facultades por parte del Presidente a aquellos con fundamento en la figura de la conmoción social. Situación que no se aplico de esta manera para los

establecimientos de la empresa DMG GRUPO HOLDING S.A., ya que ellos fueron sellados y cerrados al público, interrumpiendo sus actividades comerciales el día martes 18 de Noviembre de 2008 a las 3:00 a.m., por parte de la fuerza pública sin ningún control, pasando por alto lo dispuesto en dicho Decreto. El artículo 335 fue violado por el Gobierno al fundamentar por medio del Decreto 4333 de 2008 ya que asimiló una empresa comercializadora de bienes, productos y servicios con captación de recursos e inversión, por la cual la intervino en razón a que no existió previa autorización del Estado conforme a la ley".

El ciudadano Arturo Daniel López Coba intervino para solicitar la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 4333 de 2008, a su juicio la declaratoria del estado de emergencia social no se ajusta a los presupuestos establecidos en el artículo 215 constitucional y desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación.

Afirma en primer lugar que los hechos que dieron lugar a la declaratoria no son nuevos, imprevistos ni sobrevivientes, pues ocurrieron durante muchos años y fueron ampliamente divulgados por los medios de comunicación. Entiende por lo tanto que eran hechos notorios y previsibles, agravados por la falta de actuación de las entidades estatales.

Considera que la Superintendencia Financiera, la Fiscalía y la Superintendencia de Sociedades podían adoptar medidas para combatir la captación ilegal, pero que actuaron de manera negligente y tardía. Estima que el artículo 108 del EOSF otorgaba poderes suficientes a la Superintendencia Financiera para interrumpir esta actividad los cuales no fueron empleados de manera oportuna. Asevera, por otra parte, que el Gobierno Nacional –debido a lo prolongada duración del problema de captación no autorizada- hubiera podido presentar ante el Congreso de la República proyectos de ley que permitieran perseguir de manera más eficaz este fenómeno. Concluye por lo tanto que se configuró una omisión de intervención oportuna del Gobierno Nacional en la economía la cual no podía ser remediada con la implementación de la emergencia social.

Los ciudadanos María Mora, Doris Barrientos, Horacio Muñoz, Lilian Rojas, Luís Alejandro Vargas, Ayda Muñoz, Dora León, María Stella Munar, Hilda Cárdenas, Dora Munar, Luís Alejandro López, Sandra Patricia Fonseca, Rogelio Cardona intervinieron para solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto 4333 de 2008. Sostienen que en virtud de la declaratoria del estado de emergencia se intervino a la firma DMG Grupo Holding S. A. empresa que no podía ser catalogada como una "pirámide", porque su mecanismo de funcionamiento era proponer al público en general la compra de productos, bienes y servicios mediante el sistema de tarjetas prepago. Señalan que la mencionada firma estaba constituida de conformidad con a legislación vigente y que hasta la fecha a de la intervención estatal no había incumplido en el pago o en la entrega de los productos, bienes y servicios a los tarjeta habientes. Aclaran que esta firma produjo importantes beneficios sociales entre los que mencionan la creación de numerosos puestos de trabajo, la financiación de estudios superiores y la apertura de supermercados.

Alegan que los hechos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia social no tienen el carácter de sobrevivientes, pues de la redacción de los considerandos del

Decreto 4333 de 2008 se desprende que no acaecieron de improviso sino que venían de tiempo atrás y además eran plenamente conocidos por el Gobierno Nacional, pues éste sabía que operaban en el país distintas firmas dedicadas a la captación, y estaba enterado de la existencia de la compañía DMG, la cual según los intervinientes sólo desarrollaba operaciones comerciales lícitas y ejercía su objeto social desde hacía varios años, en sedes ampliamente conocidas por la opinión pública.

Añaden que el Gobierno se excedió en el uso de los poderes excepcionales al intervenir la Firma DMG porque no se trataba de una pirámide y había cumplido las obligaciones comerciales contraídas con sus clientes. Señalan que incluso algunos congresistas tramitaron un proyecto de reforma financiera para regular las ventas mediante la modalidad de tarjetas prepago.

También argumentan que la normatividad vigente permitía la represión e la captación ilegal, sin necesidad de recurrir a medidas extraordinarias, adoptadas en virtud de la declaratoria de un estado de excepción. Hacen referencia al artículo 335 constitucional, a la legislación penal que tipifica el delito de captación ilegal y a los poderes de policía económica otorgados a la Superintendencia Financiera mediante el Decreto 4327 de 2005 para reprimir el ejercicio no autorizado de actividades financiera y de captación, en virtud de las cuales intervino a algunas empresas, citan a manera de ejemplo la Resolución 0667 de 25 de abril de 2008, mediante la cual se ordenó al Grupo Superservi no captar mas dineros, devolver los captados y disolver la empresa. Estiman entonces que ni la Superintendencia Financiera ni la Fiscalía ejercieron de manera oportuna las competencias a su cargo para reprimir la captación ilegal y que la declaratoria el estado de excepción y los decretos expedidos en virtud de ésta simplemente pretenden disfrazar la inactividad estatal.

Alegan, finalmente, que el decreto cuestionado también es inconstitucional porque adolece de respaldo probatorio, pues no consigna información relevante para determinar el número de ciudadanos afectados por la captación ilegal, ni el monto de los dineros defraudados.

El ciudadano Jorge Enrique Caballero Leguizamón presenta un escrito mediante el cual formula algunas apreciaciones sobre el esquema operativo de la firma DMG y la manera como esta firma generaba ganancias que eran repartidas entre los tarjeta habientes.

Por su parte el ciudadano John Franklin Kuaran aporta pruebas audiovisuales –entre ellas testimonios de personas afectadas por las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional en virtud de la declaratoria del estado de emergencia- las cuales considera deben ser apreciadas para adoptar una decisión sobre la constitucionalidad de los Decretos 4333, 4334, 4335 y 4336 de 2008.

El ciudadano Oscar Alirio Rodríguez Rodríguez presenta un extenso escrito mediante el cual cuestiona la constitucionalidad de los Decretos 4333, 4334, 4335 y 4336 de 2008. Resume inicialmente el contenido de los distintos decretos cuya constitucionalidad cuestiona, luego formula algunas apreciaciones sobre el papel que cumple la conservación del orden público en un estado social de derecho, valor subordinado al respeto de la dignidad humana y de los derechos fundamentales. Trascribe

luego extensos apartes de la Ley 137 de 1994 y presenta una tabla en la cual en columnas paralelas plasma las disposiciones constitucionales y legales que rigen el estado de emergencia social. Mediante el empleo de una tabla compara los Decreto 4333 y 4336 de 2008, y resalta la expresión "Que se hace necesario ajustar las competencias punitivas de los comportamientos señalados en el presente decreto" contenida en el primero, cuya inconstitucionalidad juzga evidente porque el Gobierno "invocando el estado de emergencia social acudió al poder punitivo del estado que se contempla única y exclusivamente para el estado de conmoción interior".

Hace luego referencia a la prohibición de suspender derechos bajo los estados de excepción, contenida en el artículo 214 constitucional, en el artículo 27 de la CADH, el artículo 4 del PIDCP, los artículos 4, 5 y 15 de la LEEE. Indica que entre los derechos cuya suspensión se encuentra prohibida bajo los estados de excepción se encuentra el derecho al debido proceso y "las garantías ligadas al respeto al debido proceso en materia penal, en particular los principios de legalidad, irretroactividad, favorabilidad, derecho a ser oído y derecho de defensa", menciona la opinión consultiva OC-9/87 de 1987 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las garantías judiciales bajo los estados de excepción y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el mismo tema. Hace también referencia al principio de separación de poderes y la imposibilidad de que so pretexto de conservación del orden público la rama ejecutiva subordine a las restantes del poder público a sus dictados. Toda esta argumentación va dirigida a demostrar la vulneración de los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal en virtud de la declaratoria del estado de emergencia social, pues según el interviniente en la parte motiva del Decreto 4333 de 2008 se formula una serie de acusaciones gaseosas que luego justifican la concentración de poderes en el Gobierno Nacional, las cuales además evidencian que mediante el estado de excepción se criminalizan actividades lícitas que podían ser ejercidas de manera legítima en desarrollo de la libre iniciativa privada, tales como la comercialización de bienes y servicios. Sostiene que el marco constitucional y legal garantiza el libre ejercicio de actividades económicas y la libertad de precios y de incentivos por parte de los comerciantes, los cuales no pueden ser obstaculizados mediante la legislación de emergencia.

Insiste en que la compraventa de bienes y servicios es una actividad lícita, amparada por las libertades económicas y por la libre competencia. Señala que el contrato de compraventa no requiere autorización y que está regulado por el Código Civil, estatuto que prevé que a este negocio jurídico puede agregarse "cualesquiera otros pactos accesorios lícitos que se regirán por las reglas de los contratos" (artículo 1945 del C. C.). Añade que el Estatuto para la Defensa del Consumidor reconoce expresamente la propaganda comercial que se hace por medio del sistema de incentivos para el consumidor (artículo 16 del decreto Ley 3466 de 1982). Todo lo anterior con el ánimo de resaltar que los contratos de publicidad voz a voz se ajustaban al ordenamiento constitucional y legal vigente, infiere así que "ninguna facultad le asiste al Gobierno de interpretar y modificar la esencia de los contratos nominados por el Código Civil (artículo 1501 del C. C.) pretendiendo que son los que él presuma y no los establecidos por las normas con arreglo a las cuales los particulares realizan la disposición de sus intereses patrimoniales y personales como es el caso de la

compraventa".

Entiende que el Decreto 4334 de 2008 vulnera los anteriores postulados y permite que se desconozcan los contratos válidamente celebrados con arreglo a las leyes civiles, además que impide acceder a la justicia para exigir el cumplimiento de las prestaciones pactadas, lo que estima contrario a los derechos fundamentales y al debido proceso legal. Entiende que también se desconoce el principio de igualdad porque solo fueron tachadas de ilegales cierto tipo de empresas y cierto tipo de actividades comerciales.

Alega que con la declaratoria del estado de emergencia social además se vulneró de manera masiva el derecho a la personalidad jurídica y la capacidad de ser sujetos de derechos y obligaciones de todas las personas naturales y jurídicas que tenían relación con las empresas discriminadas, de manera tal que se fusiona la empresa con las personas naturales que la constituyeron, lo que a su vez redunda en el desconocimiento de la "condición de personas a todos los trabajadores directos e indirectos de las empresa, a las personas naturales y jurídicas proveedoras de los bienes y servicios y a los clientes de las tarjetas prepago que a su vez prestan el servicio de voz a voz".

De la afectación de las empresas deduce la vulneración de los derechos sociales y económicos de los trabajadores, con pleno desconocimiento de lo preceptuado en los artículos 214 de la Constitución y 5 de la Ley 137 de 1994.

Encuentra que con la declaratoria del estado de emergencia social el Gobierno Nacional modificó las funciones de investigación y juzgamiento, de esta manera usurpó competencias propias de la rama judicial del poder público e infringió la garantía del juez natural, además de pretender influir en las decisiones e investigaciones que deben adelantar la Fiscalía y los jueces competentes sobre las personas que realizaban las actividades proscritas por los decretos expedidos en virtud de la declaratoria del estado de emergencia social.

Pasa luego a explicar que la compraventa de bienes y servicios y su promoción mediante el ofrecimiento de incentivos al adquirente consistentes en puntos por publicidad redimibles en dinero es una actividad lícita que se enmarca dentro del ámbito de los derechos de libertad constitucionalmente garantizados. Diferencia la actividad que realizaba la firma DMG de las operaciones de captación ilegal que adelantaban otras empresas y señala que de conformidad con la Constitución y las leyes comerciales la compraventa de bienes y servicios no requiere autorización previa, pues no se enmarca dentro de las actividades relacionadas con la captación de recursos del público señaladas por el artículo 335 constitucional.

Asume la defensa de las operaciones desarrolladas por la firma DMG y sostiene que tales actividades no podían ser tachadas de ser una mera apariencia de legalidad que encubría la captación ilegal, pues ésta última se encuentra legalmente definida y las normas jurídicas señalan de manera previa y expresa los eventos en que tiene lugar, alega por lo tanto que otro tipo de operaciones no pueden ser consideradas captación ilegal solo por constituir modalidades contractuales atípicas, pues de este modo se vulnera la presunción de inocencia y el principio de buena fe.

Indica que en un Estado de derecho rige el principio de legalidad y las autoridades públicas no pueden ejercer competencias implícitas, y que por otra parte el principio de libertad orienta la actuación de los particulares, de manera que lo que no esta expresamente prohibido está permitido, de manera tal que sólo responden por la infracción de la Constitución y la ley ((artículo 6 de la C. P.).

Insiste en que la Constitución no somete a autorización previa las actividades económicas relacionadas con la distribución, compraventa y comercialización de bienes y servicios, pues se trata de actividades libres que no requieren permisos previos ni requisitos a la luz de los artículos 13, 14, 333, 334 y 78 de la Constitución. Por lo tanto no pueden ser catalogadas como actividades reservadas al sector financiero, porque eso significaría establecer un trato discriminatorio constitucionalmente prohibido.

Resalta que la Constitución proscribe la pena de confiscación (art. 34 C. P.), que la propiedad privada (art. 58 C. P.) y la libertad contractual y negocial gozan de garantía constitucional, que los contratos celebrados con arreglo a las leyes civiles gozan de plena eficacia jurídica. Entiende que este conjunto de derechos y garantías constitucionales son aplicables a los contratos de tarjetas prepago, los cuales son una modalidad de contratos de compraventa.

Describe el contrato de compraventa de la tarjeta prepago "como un producto que posibilita la realización de pagos anticipados de bienes y servicios, al ser tal el título que se entrega el dinero por el adquirente de la tarjeta, el dinero que corresponde la valor incorporado en la tarjeta prepago no es otra cosa que su pago anticipado". Realiza luego extensas elucubraciones sobre la validez del pago anticipado y el anticipo y su reconocimiento en distintos ámbitos jurídicos. Reitera que el pago anticipado de bienes y servicios es afín al contrato de compraventa y por lo tanto es una cláusula de libre estipulación contractual. Señala que en los contratos de compraventa de las tarjetas prepago no había objeto ni causa ilícita y que las tarjetas prepago son un producto que puede venderse libremente, de manera tal que desconocer los contratos legalmente celebrados por DMG con sus clientes "no es otra cosa que entender que no tienen capacidad ni consentimiento para obligarse y ser sujetos de derechos y obligaciones", además de suponer la vulneración del principio de legalidad, de desconocer la propiedad privada y "una grave afrenta a la dignidad humana pues les niega a los contratantes la condición de personas y como tales con capacidad de ser sujetos de derechos y obligaciones y participar en condiciones de igualdad en la vida económica del país de actividades de suyo lícitas".

Hace un recuento de las competencias de vigilancia y control en cabeza de este organismo e indica que se restringen orgánicamente a las instituciones financieras y materialmente a las actividades relacionadas con la captación de recursos del público, al igual que a la represión de la captación ilegal por lo tanto no podía investigar actividades comerciales relacionadas con la compraventa de bienes y servicios tales como las adelantadas por DMG.

Deduce de lo anterior que la Superintendencia Financiera no era competente para investigar a DMG y que adicionalmente en las actuaciones adelantadas contra esta firma

tergiversó concientemente el ordenamiento jurídico con el propósito de desinformar a la opinión pública. Sostuvo, por ejemplo, que esta empresa se dedicaba a la captación ilegal y masiva de recursos del público sin contar con la autorización previa de la Superintendencia.

Relata que la firma DMG fue objeto de un trato discriminatorio prohibido por la Constitución pues a pesar de adelantar actividades comerciales lícitas fue perseguida por las autoridades públicas. Menciona que las modalidades contractuales con tarjetas prepago están ampliamente extendidas para la compraventa de bienes y servicios tales como la energía eléctrica, la telefonía celular y que incluso se han anunciado para los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, razón por la cual no se justifica que sólo se haya investigado y sancionado a DMG.

Repite que las actividades de los particulares que se desenvuelven dentro de un ámbito de libertad constitucionalmente garantizado no pueden ser objeto de sanciones, y tampoco pueden ser calificadas como actividades exclusivas del sector financiero.

Concluye por ende que, en virtud de la declaratoria del estado de emergencia social y de las medidas subsecuentes adoptadas por las autoridades administrativas, se vulneró de manera directa la Constitución, el orden público constitucional, el orden público económico, se impuso la pena de confiscación, se desconoció la personalidad jurídica, se desconoció la prohibición de esclavitud y servidumbre, y se afectó la integridad personal sin haberse desvirtuado la presunción de inocencia en materia penal.

Vencido el término de fijación en lista intervino la ciudadana Ana Carolina Alonso Ramírez para solicitar la declaratoria de inexequibilidad de la expresión "Que se hace necesario ajustar las competencias punitivas de los comportamientos señalados en el presente decreto", contenida en la parte motiva del decreto 4333 de 2008, pues a su juicio el Presidente de la República no está facultado en virtud de la declaratoria del estado de emergencia social para aumentar las penas o precisar los tipos penales mediante decretos legislativos. Señala que de conformidad con el artículo 44 de la LEEE esta medida sólo se puede adoptar bajo el estado de conmoción interior, y que tal restricción del poder punitivo tiene sustento en que las normas que se dictan en desarrollo de la declaratoria del estado de emergencia tiene vocación de permanencia y no una vigencia temporal, a diferencia de las medidas adoptadas bajo el estado de conmoción interior.

El ciudadano Andrés Silvestre Bolaños intervino para poner en conocimiento de la Corte Constitucional de ciertos hechos que considera relevantes para el examen de exequibilidad del Decreto 4333 de 2008. Narra que el agente interventor nombrado para la liquidación de la persona jurídica Mar de Plata –una de las empresas intervenidas en virtud de la declaratoria del estado de emergencia social- se presentó en el establecimiento de comercio de su propiedad para tomar posesión de una maquina de impresión, so pretexto que había sido adquirida con recursos provenientes de la captación ilegal. Señala que en dicha actuación se vulneró su derecho al debido proceso pues no fue previamente notificado, ni pudo ejercer el derecho de defensa y

contradicción. A su juicio la actuación antes descrita ejemplifica que las medidas adoptadas en virtud de la declaratoria del estado de emergencia social vulneran derechos fundamentales.

C. Solicitud de suspensión provisional de las medidas cautelares adoptadas en virtud de los Decretos 4333 y 4334 de 2008.

Los ciudadanos Alfonso Wandurraga Chacón y Antonio Claret Suárez radicaron un escrito el veinticinco (25) de noviembre de 2008, mediante el cual solicitaron la suspensión de las medidas cautelares decretadas por el Gobierno Nacional con fundamento en los Decretos 4333 y 4334 de 2008, hasta tanto no se produjera un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de las mismas.

IV. PRUEBAS.

Mediante Auto de veinticinco (25) de noviembre de 2008 el Magistrado sustanciador avocó el conocimiento del proceso de la referencia, decretó la práctica de pruebas y ordenó oficiar al Secretario General de la Presidencia de la República para que tramitara con las respectivas dependencias gubernamentales el envío a este Tribunal de la información requerida. En la misma providencia ofició al Fiscal General de la Nación para que remitiera los elementos probatorios relacionados con la declaratoria del estado de emergencia social. Debido a que la información solicitada no fue allegada de manera oportuna, mediante auto de diecinueve (19) de noviembre, se requirió al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República para que enviara los elementos probatorios en cuestión. Mediante auto de diecisiete (17) de febrero de 2009 se ordenó oficiar al Secretario Jurídico de la Presidencia de la república y al Ministro de Relaciones Exteriores para que enviaran al despacho del Magistrado Sustanciador los documentos relacionados con la comunicación de la declaratoria del estado de emergencia social al Secretario General de las Naciones Unidas y al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Los funcionarios emplazados enviaron los siguientes informes:

1. El Ministro del Interior y de Justicia presentó un escrito, el primero de diciembre de 2008, mediante el cual reporta las situaciones violentas originadas por la captación ilegal de recursos del público. Relata que según el Informe consolidado elaborado por el Ministerio a partir de las pesquisas de la Policía Nacional, durante los días previos a la declaratoria de la emergencia social se habían presentado los siguientes hechos violentos:

* En nueve municipios se habían adoptado medidas de excepción para conservar el orden público como el toque de queda (Villagarzón y Mocoa, en Putumayo; Pasto y Tumaco, en Nariño; Florida, Buga y Caicedonia en el Valle; Santander de Quilichao y Popayán en Cauca).

* Se habían presentado marchas, protestas, disturbios y asonadas en Pasto, Tuluá, Buga, Caicedonia, Santander de Quilichao, Popayán y en Sibundoy (Putumayo).

* Se habían presentado disturbios de menor entidad en quince ciudades importantes entre las cuales se cuentan Neiva, Armenia, Ibagué, Pereira, Cúcuta. También en municipios pequeños tales como Tangua, Túquerres y Ricaurte, todos ellos ubicados en el Departamento de Nariño.

* El personero municipal de Buesaco (Nariño) fue asesinado mientras desarrollaba un operativo de arqueo y sellamiento de la firma D.R.F.E.

* Hasta esa fecha se había sellado 68 establecimientos donde se realizaba la captación no autorizada de recursos del público y se habían decomisado 98000 millones de pesos en efectivo.

* Los departamentos más afectados por alteraciones al orden público eran los de Nariño, Putumayo, Valle y Cauca. En Nariño en la ciudad de Pasto se decretó el toque de queda y en el municipio de Ricaurte los manifestantes bloquearon la carretera al mar. En los trece municipios del Putumayo se decretó el toque de queda, la ley seca y restricción al porte de armas, además fueron incendiados automóviles en Orito y Sibundoy y los manifestantes intentaron atacar el Comando de Policía de Mocoa. En el departamento de Cauca se decretó el toque de queda en Popayán y en Santander de Quilichao. En los municipios de Caicedonia, Buga y Florida, ubicados en el departamento del Valle se decretó el toque de queda. En Florida los manifestantes retuvieron a trabajadores de D. R. F E.

* En el departamento de Risaralda se presentaron disturbios en Pereira y Desquebradas y el quince (15) de noviembre se incautó una bóveda con 29000 millones de pesos en efectivo.

2. El Superintendente delegado para los procedimientos mercantiles de la Superintendencia de Sociedades presentó un primer escrito radicado en la Secretaría General de esta Corporación el día primero de diciembre de 2008, el cual posteriormente fue complementado mediante otro documento radicado el dieciséis (16) de enero de 2009. El funcionario da cuenta de las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Sociedades, desde el año 2005 y hasta la fecha de la declaratoria de la emergencia social, dirigidas a intervenir, controlar, investigar y sancionar a las personas naturales y jurídicas que desarrollaron actividades relacionadas con la captación no autorizada de recursos del público. Señala que la Superintendencia de Sociedades desde su creación ha estado orientada a ejercer la supervisión de las sociedades comerciales con el propósito de que en su constitución y funcionamiento y en desarrollo de su objeto social se acomoden a la ley y a los estatutos. Destaca que las facultades ordinarias e supervisión de la entidad, establecidas en los artículos 82 y siguientes de la Ley 222 de 1995 y en el artículo 2º del Decreto Ley 1080 de 1996, están relacionadas con un control subjetivo de las sociedades comerciales dirigido a la verificación de mínimos legales en materia de constitución, funcionamiento, estados financieros y situación económica de las empresas, sin que la ley la faculte para vigilar la actividad de estas últimas. Sin embargo, aclara que en ejercicio de las facultades de supervisión la Superintendencia tiene atribuciones para verificar que las empresas no ejerzan actividades ajenas a su objeto social. Igualmente precisa que en virtud del artículo 29 y siguientes

de la Ley 222 de 1995 el ente estatal es competente para examinar el cumplimiento del registro de situaciones de control empresarial, matrices y subordinadas.

Narra luego algunas actuaciones adelantas respecto de la Sociedad DMG GRUPO HOLDING S. A., entre las que destaca:

* El dos (2) de abril de 2008 ordenó una toma de información dirigida a establecer la situación jurídica, económica, contable y administrativa de la empresa.

* Como consecuencia de la toma de información se detectaron en la sociedad visitada serias irregularidades de orden jurídico, económico, contable y administrativo, razón por la cual fueron impartidas órdenes a la empresa para que fueran subsanadas. Debido a que las órdenes no fueron atendidas le fueron impuestas multas a la Sociedad, mediante Resolución 341-003336 de doce (12) de septiembre de 2008.

* De las actuaciones anteriores se dio traslado a la Superintendencia Financiera y a la Fiscalía General de la Nación para que investigaran la presunta conducta irregular detectada relacionada con la captación masiva de dinero del público mediante el mecanismo de tarjetas prepago.

* Con base en los informes de visitas y actas de toma de información se decidió someter a la sociedad a control, en los términos del artículo 85 de la Ley 222 de 1995. Igualmente se decidió abrir una investigación administrativa formal a la sociedad, a los administradores y a los revisores fiscales. En el curso de esta investigación se expidió la Resolución 341-004255 de dieciséis (16) de octubre de 2008, mediante a cual se confirman los cargos formulados a la sociedad, sus administradores y revisores fiscales. En este acto administrativo se hace alusión a que la empresa recibe cuantiosos recursos del público, los cuales son manejados en efectivo, que la sociedad investigada no lleva contabilidad regular y que es renuente a la entrega de información relacionada con su gestión y administración.

* Señala que como consecuencia de la investigación adelantada se impuso una multa de 200 salarios mínimo legales mensuales (máxima sanción posible) a la sociedad, sus administradores y revisores fiscales.

Indica que también se adelantaron investigaciones respecto de otras sociedades, entre las que menciona NEW WORKING COLOMBIA LTDA (con sede en Bogotá), CONMUVIDA INTERNACIONAL S.A. (con sede en Medellín), MEGARED IINTERNACIONAL LTDA (con sede en Neiva), NEW WORKING LTDA (con sede en Puerto Asís Putumayo).

Reitera que sólo en virtud de la expedición del Decreto 4334 de 2008 le fueron otorgadas a la Superintendencia de Sociedades competencias para intervenir las sociedades comerciales que desarrollaron actividades de captación no autorizada de recursos del público e incluye un listado final de las personas naturales y jurídicas intervenidas de conformidad con los Decretos 4334 y 4705 de 2008. Según dicho listado hasta el dieciséis (16) de enero de 2009, se han intervenido con la medida de toma de

posesión 56 personas jurídicas y 82 personas naturales que desarrollaban actividades de captación de recursos del público no autorizadas, se habían presentado 621.765 reclamaciones por un valor de $708.271.103.030 pesos. Igualmente indica que se habían adoptado medidas diferentes a la toma de posesión respecto de 40 personas jurídicas y 25 personas naturales que desarrollaban actividades de captación de recursos del público no autorizadas. En un listado anexo informa los municipios y departamentos en los cuales funcionaban los captadores no autorizados intervenidos, de dicho listado se desprende que operaban en más de ciento veinte municipios distribuidos en diecinueve departamentos (Antioquia, Atlántico, Boyacá, Caldas, Caquetá, Cauca, César, Córdoba, Cundinamarca, Chocó, Huila, Magdalena, Meta, Nariño, Norte de Santander, Quindío, Tolima, Valle del Cauca, Putumayo) aunque la mayoría se concentra en los departamentos del sur del país (Cauca, Huila, Nariño y Putumayo).

Fueron anexadas dos carpetas con documentos relacionados con las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Sociedades.

3. El Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- presento un informe el día dieciséis (16) de enero de 2009 en el cual relata que durante los años 2007 y 2008 dicha entidad realizó cincuenta investigaciones administrativas en ocho ciudades del país (Bogotá, Pasto, Medellín, Neiva, Puerto Asís, Villavicencio, Cali e Ipiales) a personas jurídicas involucradas con actividades de captación no autorizada de recursos del público. Precisa que se trataba de visitas de fiscalización en uso de las facultades establecidas en el artículo 684 del Estatuto Tributario y diligencias de registro en desarrollo de lo señalado en el artículo 779-1 del mismo ordenamiento. Como resultado de dichas actuaciones se adoptaron medidas tales como (i) cambio de inscripción de régimen simplificado a régimen común, (ii) se ordenó el cierre temporal de algunos establecimientos de comercio por incumplir la obligación de expedir facturas, (iii) se ordenó la presentación y corrección de declaraciones de impuestos y (iv) se suministró información a los organismos de control, específicamente se reportaron operaciones sospechosas a Grupo de Lavado de Activos de la DIAN. Señala que como resultado de las visitas de fiscalización catorce de las empresas visitadas desaparecieron o cerraron los establecimientos de comercio. Aclara que tales actividades de inspección y vigilancia se realizaron dentro del marco de competencias de la DIAN establecidas por los artículos 684, 714, 717 y 638 del Estatuto Tributario, el cual no contempla facultades de intervención y control económico, penal o financiero, sobre los contribuyentes. Según estas disposiciones la DIAN puede adelantar investigaciones para verificar la exactitud de las declaraciones u otros informes, así como para establecer la ocurrencia de hechos generadores no declarados. Igualmente en desarrollo de esas funciones puede exigir del contribuyente o de terceros la presentación de documentos que registren sus operaciones cuando estén obligados a llevar libros registrados, ordenar la exhibición y el examen parcial de libros, comprobantes y documentos de los contribuyentes legalmente obligados a llevar contabilidad, y en general efectuar todas las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de los impuestos. El artículo 638 del estatuto tributario faculta a la entidad para imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones tributarias formales. Aclara que en virtud de la normatividad antes mencionada la DIAN no tiene competencias precisas para perseguir las actividades de captación no autorizada de recursos del público.

4. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público presentó un informe inicial el día primero de diciembre el cual fue complementado mediante otro escrito presentado el día quince (15) de enero. En dichos documentos se explica que este organismo carece de competencias para intervenir, controlar, investigar o sancionar a las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la captación no autorizada de los recursos del público. Trascribe las disposiciones de los Decretos 246 y 4646 de 2006 que fijan las competencias del Ministerio para respaldar este aserto. El Ministro afirma también que no existían en el ordenamiento jurídico disposiciones específicas que asignaran a los alcaldes y gobernadores atribuciones para perseguir las actividades de captación no autorizada de recursos del público, pero que por tratarse de las máximas autoridades de policía del municipio y del departamento, podían hacer uso de algunas facultades señaladas por el Código Nacional de Policía. Cita por ejemplo el artículo 82 de dicho ordenamiento, el cual señala que los jefes de policía pueden dictar mandamiento escrito para el registro y allanamiento de sitios abiertos al público para obtener pruebas sobre la existencia de casa de juego o de establecimientos que funcionen contra la ley o el reglamento. Menciona también el artículo 57 del mismo Código el cual prevé como contravención especial, sancionable con pena de arresto, abusar con fines de lucro de la ignorancia, la superstición o la credulidad ajena. Cuenta que al momento de la declaratoria del estado de emergencia social operaban 200 captadores o recaudadores no autorizados en 12 departamentos (Antioquia, Boyacá, Caldas, Cauca, Cundinamarca, Huila, Meta, Nariño, Quindio, Tolima, Valle del Cauca, Putumayo) y en el Distrito Capital, pero que los departamentos más afectados eran los del sur del país (Cauca, Huila, Nariño y Putumayo). Destaca que en los primeros días del mes de noviembre de 2008 se presentaron serios desórdenes públicos que obligaron a que se decretara el toque de queda en los municipios de Villagarzón y Mocoa, en Putumayo; Pasto Tumaco, en Nariño; Florida, Buga y Caicedonia en el Valle; Santander de Quilichao y Popayán en Cauca; así como marchas, protestas, disturbios y asonadas en Santander de Quilichao, Pasto, Tuluá, Caicedonia, Buga y Sibundoy. Añade que también se presentaron disturbios en Neiva, Armenia, Ibagué, Pereira, Cúcuta, Tangua, Túquerres y Ricaurte, y que incluso el personero municipal de Buesaco (Nariño) fue asesinado mientras desarrollaba un operativo de arqueo y sellamiento de la firma D.R.F.E.

5. El Superintendente de Economía Solidaria informa que desde el año 2005 la entidad a su cargo adelantó investigaciones contra tres cooperativas, cuyos estatutos preveían la captación de ahorros de los asociados, sin embargo de los investigados sólo uno realizó actividades de captación de recursos del público por un valor total de veintidós millones de pesos ($22.000.000). Explica que este ente estatal de conformidad a lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 454 de 1998 numerales 11 y 23, el parágrafo del artículo 39 de la misma ley, subrogado por el artículo 100 de la Ley 795 de 2003, y el inciso final del artículo 3 del decreto 186 de 2004, tiene las mismas competencias que la Superintendencia Financiera para controlar las actividades de captación no autorizadas de recursos del público, pero las ejerce sólo respecto de las organizaciones de economía solidaria.

6. La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada manifiesta que adelantó algunas actuaciones contra empresas transportadoras de valores las cuales “podrían ser actores sensibles en tanto las actividades de captación o recaudo masivo de dineros del

público". Indica que se investigaron cuatro empresas transportadoras, las cuales fueron sancionadas por no atender lo dispuesto en la Circular 07 de 2006 sobre políticas de prevención y lavado de activos, a una de las empresas se le impuso la medida cautelar de suspensión inmediata de la actividad de transporte de valores no autorizado. Aclara que esta entidad no es competente para intervenir, controlar, investigar y sancionar a los captadores no autorizados de los recursos del público, pero que con el ánimo de establecer controles sobre el transporte de activos fueron expedidas dos circulares (la Circular 007 de 5 de junio de 2006 sobre mecanismos para la prevención y control de lavado de activos y la Circular 029 de 2 de octubre de 2008 la cual señala protocolos para el transporte aéreo de valores) que permiten ejercer el control específico sobre las empresas que se dedican a modalidad de transporte con la finalidad de prevenir actividades que pongan en riesgo el sector financiero.

7. El Superintendente Financiero presentó un informe inicial fechado el día primero de diciembre de 2008, el cual posteriormente fue adicionado y complementado con un escrito de dieciséis (16) de enero de 2009, mediante los cuales relaciona las actuaciones adelantadas por la Superintendencia Financiera, desde el año 2005 y hasta la fecha de la declaratoria de la emergencia social, dirigidas a intervenir, controlar, investigar y sancionar a las personas naturales y jurídicas que desarrollaron actividades relacionadas con la captación no autorizada de recursos del público. En primer lugar indica que durante este lapso se publicaron catorce (14) avisos en periódicos de circulación nacional y local mediante los cuales se prevenía e informaba a la ciudadanía en general para que se abstuviera de colocar sus recursos en entidades no autorizadas. En segundo lugar manifiesta que durante ese período absolvió distintas consultas realizadas por autoridades públicas (Fiscalía General de la Nación, Policía Nacional, alcaldes y gobernadores) sobre si determinadas personas naturales o jurídicas estaban autorizadas para captar dineros del público, y cuales eran los requisitos para desarrollar esta actividad. Explica que durante el año 2005 se adelantaron veinticinco (25) investigaciones administrativas dirigidas a establecer actividades de captación n autorizada, de las cuales 24 fueron archivadas al no comprobarse operaciones de esta índole, mientras una –adelantada contra BRITÁNICA INTERNACIONAL DE INVERSIONES- culminó con la expedición de un acto administrativo mediante el cual se ordena la disolución y liquidación de la empresa investigada, la suspensión inmediata de las operaciones financiera ilegales y la devolución de los dineros recibidos en desarrollo de tales actividades. En el año 2006 se iniciaron seis (6) investigaciones administrativas todas las cuales fueron archivadas al no comprobarse operaciones de captación no autorizada. En el año 2007 se iniciaron once (11) de las cuales dos –adelantadas contra SOCIEDAD GRUPO DMG S.A. y contra la CORPORACIÓN SUPERSERVI- finalizaron con la adopción de medidas contra las empresas investigadas, consistentes en ordenar la suspensión inmediata de la captación masiva y habitual de dineros y la devolución inmediata de los recursos captados. En el año 2008 antes de la declaratoria de la emergencia social se habían iniciado catorce investigaciones administrativas por la misma causa, de las cuales había concluida una –contra el GRUPO NET WORK NVERSIONES- con la orden de suspender inmediatamente las actividades de captación masiva, mientras que las restantes no habían concluido cuando se expidió el Decreto 4333 de 2008. Añade que de aquellas investigaciones

culminadas con medidas sancionadoras se corrió traslado a la Fiscalía General de la Nación para que diera inicio a las actuaciones correspondientes. Luego expone el marco normativo que consagra las potestades de las autoridades estatales en materia de captación no autorizada de recursos del público, relaciona el artículo 335 constitucional, el artículo 316 del Código Penal, el artículo 1º del decreto 3227 de 1982 modificado por el artículo 1º del decreto 1981 de 1988, el artículo 108 el EOSF, el literal c del artículo 19 de la Ley 35 de 1993 y el artículo 1º del Decreto 1228 de 1996. Aclara que en virtud del artículo 328 del EOSF las competencias para intervenir, controlar, investigar y sancionar a las personas naturales y jurídicas de derecho privado que sin contar con autorización previa desarrollaban actividades de captación, manejo y aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público estaban en cabeza del Superintendente Bancario, pero que a raíz de la fusión entre la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Valores, esta funciones fueron atribuidas por el Decreto 4327 de 2005 a la Superintendencia Financiera. En cuanto a la distribución de estas competencias al interior de la última entidad, señala que el artículo 43 del Decreto 4327 enumera las facultades del Delegado Adjunto para la Supervisión Institucional, y le asigna la de "adoptar dentro del ámbito de su competencia, las medidas cautelares previstas por las normas vigentes para el caso de ejercicio ilegal de actividades propias de las entidades supervisadas". Por su parte el artículo 44 del mismo ordenamiento asigna como función común a los Superintendentes delegados para la supervisión institucional "proponer al Superintendente Delegado Adjunto para la Supervisión Institucional, la adopción de cualquiera de las medidas preventivas previstas en el literal c) del artículo 6 de la Ley 964 de 2005 o las normas que la modifiquen o adicionen, así como la adopción de cualquiera de las medidas cautelares previstas para el caso de ejercicio ilegal de actividades propias de las entidades supervisadas", precisa que las medidas cautelares a las que hacen referencias los textos anteriores son las establecidas en los artículos 108 y e literal b) de numeral 5 del artículo 326 del EOSF. Refiere que el Decreto 4327 de 2005 asigna en el artículo 45 al Superintendente Delegado para Pensiones, Cesantías y Fiduciarias, en el artículo 49 al Superintendente Delegado para Aseguradoras e Intermediarios de Seguros y Reaseguros, en el artículo 53 al Superintendente Delegado para Intermediarios Financieros y en el artículo 56 al Superintendente Delegado para Intermediarios de Valores y otros agentes, las mismas funciones previstas por el artículo 44 antes trascrito.

En cuanto a las competencias de los alcaldes y gobernadores para reprimir la captación ilegal resalta que antes de la declaratoria del estado de emergencia social no existían disposiciones legales que le otorgaran atribuciones expresas en la materia, aunque señala que de conformidad con el Código de Régimen Político y Municipal el alcalde es el jefe de policía en cada municipio y debe conservar el orden público en su jurisdicción, de lo infiere que en ejercicio de esta potestad podía haber hecho uso de algunas competencias legales establecidas para controlar los establecimientos de comercio dedicados a la captación ilegal. Menciona el artículo 82 de Código Nacional de Policía, precepto según cuyo tenor los jefes de policía pueden dictar mandamiento escrito para el registro y allanamiento de sitios abiertos al público con la finalidad de obtener pruebas sobre la existencia de casas de juegos o de establecimientos que funcionen contra la ley o el reglamento. Alude también a los artículos 30 y 57 del Decreto 522 de 1971 que

adicionan el Código Nacional de Policía, el primero de los cuales establece como contravención especial ejercer ilegalmente profesión u oficio y sanciona esta conducta con arresto de uno a doce meses, mientras que el segundo prevé como contravención especial, sancionable con pena de arresto, abusar con fines de lucro de la ignorancia, la superstición o la credulidad ajena. Anota que de conformidad con el numeral 10 del artículo 132 del Código de Régimen Municipal a los alcaldes les compete inspeccionar con frecuencia los establecimientos públicos con el objeto de verificar que funcionen regularmente.

Pasa luego a explicar el marco legal anterior a la declaratoria del estado de emergencia social y resalta las dificultades que enfrentaba la Superintendencia Financiera para ejercer las competencias relacionadas con la intervención, inspección, vigilancia y sanción de la captación ilegal. Alega que la entidad estatal cuando adelantaba investigaciones administrativas debía demostrar los elementos que configuran esa conducta según lo establecido por el artículo 1 del Decreto 1981 de 1988, de manera tal que a las autoridades estatales les correspondía construir un complejo acervo probatorio destinado a establecer: i) la prueba suficiente de la existencia de las obligaciones objeto de la captación masiva y habitual; (ii) la naturaleza de los negocios jurídicos celebrados por el investigado; (iii) la situación patrimonial del posible captador, por medio de un análisis financiero fidedigno y confiable; (iv) la expedición de un acto administrativo sólido y debidamente soportado.

Explica que la actividad de captación ilegal en su forma pura se presenta cuando una persona o entidad recibe dinero sin que tal hecho esté justificado o explicado por la obligación de suministrar algún bien o servicio como contraprestación. No obstante, aclara que actualmente esa definición de captación adquiere un matiz meramente teórico, porque la actividad de captación ilegal se presenta camuflada bajo diferentes modalidades de contratos o negocios jurídicos, lo que dificultaba la labor de la Superintendencia la cual tenía que identificar bajo el disfraz de operaciones comerciales lícitas la actividad de captación.

En el mismo sentido anota que los mecanismos empleados por los captadores para ocultar sus operaciones eran en extremo sofisticados, creados precisamente para eludir la definición de captación ilegal contenida en el Decreto 1981 de 1988. De conformidad con esta normativa para que se configure la captación ilegal es preciso que los dineros se reciban sin tener como contraprestación el suministro de bienes o servicios, razón por la cual los captadores no autorizados acudieron a figuras tales como la venta de programas o proyectos turísticos, la venta de tarjetas prepago, la promoción o publicidad voz a voz, los contratos de cuentas en participación, la venta de proyectos turísticos e inmobiliarios, entre otras. Expone, entonces, que la sofisticación de los medios empleados por los captadores no autorizados, a la cual se hace alusión en la parte motiva del Decreto 4333 de 2008, consistía precisamente en acudir a sistemas ideados especialmente para engañar el público, disfrazar la actividad de captación y dificultar la labor de control estatal.

Cuenta que incluso algunos captadores llegaron al extremo de crear sitios en Internet, domiciliados en otros países que carecían de regulación en la materia, a los cuales podían

acceder los usuarios colombianos. Cita a manera de ejemplo el caso de Finanzas Forex y BMC World Business, empresas que se anunciaban en la red como compañías de intermediación financiera para facilitar la inversión en el mercado de divisas. Mediante promotores comerciales residentes en Colombia estas empresas vinculaban clientes y les ofrecían altas rentabilidades que dependían del monto y de la duración de la inversión, los promotores recibían el dinero en efectivo y les trasladaban a quienes entregaban sus recursos puntos que se veían reflejados en plataformas virtuales creadas por las compañías para dar apariencia formal a la inversión realizada. Posteriormente se logró establecer que el dinero invertido no era trasferido al exterior y que no era empleado en la compra y venta de divisas en el Mercado Forex sino que se trataba de una fachada para ocultar la captación ilegal

Expresa que la sofisticación legal empleada por los captadores irregulares implicó la adopción de complejos mecanismos para eludir la actuación de los entes de control, pues contrataron la asesoría de expertos abogados quienes diseñaron formas contractuales atípicas que permitían encubrir la real naturaleza del recaudo de dineros del público, a la vez que defendían interpretaciones poco ortodoxas del ordenamiento jurídico para darle un manto de legalidad a la actividad de las empresas captadoras, también se crearon empresas fachadas debidamente registradas en la cámara de comercio con objetos societarios vagos e indefinidos que permitían difuminar las operaciones de captación.

Cuenta que algunos de los captadores no constituyeron sociedades comerciales sino que desarrollaban sus actividades como personas naturales mediante la constitución de establecimientos de comercio, con el propósito de escapar del control de la Superintendencia de Sociedades. El modus operandi de los captadores también dificultaba el seguimiento y sanción estatal porque algunos de ellos realizaban actividades de captación itinerantes, sin contar con una sede geográfica, pero por otra parte indica que otros captadores acudieron al expediente contrario para engañar a la ciudadanía, esto es, darle a sus empresas una apariencia de legalidad, pagando impuestos, registrándolas ante la Cámara de Comercio y cumpliendo formalmente con los requisitos legales de constitución de sociedades comerciales. Coincide en señalar que existía una actitud social proclive a la captación y que la ciudadanía debido a los altos rendimientos inicialmente obtenidos no colaboró con los organismos encargados del la vigilancia, control y sanción de este tipo de actividades ilícitas.

Describe los resultados de la investigación administrativa adelantada contra la SOCIEDAD GRUPO DMG S. A. para ejemplificar en que consiste la sofisticación de los medios empleados para encubrir la captación ilegal y eludir el control de las autoridades. Explica que esa Sociedad instrumentó las actividades de captación masiva y habitual de dinero mediante la expedición de tarjetas prepago las cuales daban derecho al tarjeta habiente, pasado un plazo, a obtener el reembolso de su aporte en dinero o en bienes y servicios suministrados por entidades que hacían parte del Grupo DMG S.A., más unos rendimientos que se justificaban como el pago de publicidad voz a voz. Indica que para poder develar la naturaleza d las operaciones adelantadas por esta empresa fue necesario realizar tres visitas de inspección, pues la entidad obstaculizaba la vigilancia de la Superintendencia y ocultaba la información requerida en las visitas, y sólo luego de

un dilatado procedimiento que se prolongó durante varios meses, en cual se debieron practicar múltiples pruebas, entre ellas la recepción de declaraciones de funcionarios y del representante legal del Grupo DMG, se consiguió esclarecer las operaciones de captación ilegal que adelantaba esta sociedad. Pero señala que toda la actuación desplegada resultó frustrada porque luego de imponerle una sanción a la Sociedad DMG y de ordenar la suspensión de las actividades de captación ilegal, ésta pudo eludir la actuación de las autoridades con el sencillo expediente de cambiar de personería jurídica y de constituirse nuevamente como SOCIEDAD DMG GRUPO HOLDING S. A. Detalla también el esquema de funcionamiento de SUPERSERVI y de JM INVERSIONES, PROMOTORA COSTA CARIBE y CORPORACIÓN TURÍSTICA SOL CARIBE, al igual que las dificultades afrontadas para conseguir demostrar que estas sociedades adelantaban actividades de captación ilegal.

Presenta dos cuadros con información de la actuación de la Superintendencia Financiera contra los captadores ilegales. En el primero resume la actividad de este organismo desde el año 2005 y hasta el momento de la declaratoria de la emergencia social, en total fueron intervenidas cinco personas naturales y jurídicas: BRITÁNICA INTERNACIONAL DE INVERSIONES & CIA LTDA. BRITÁNICA INTERNACIONAL DE SEGUROS & CIA. LTDA., SOCIEDAD GRUPO DMG, SUPERSERVI, GRUPO NET WORK y D. R. F. E, las cuales habían captado recursos por un valor aproximado de $491.353 millones de pesos y habían afectado a unos 112.422 “inversionistas”, cuatro de estas sociedades tenían sede en Bogotá, salvo D. R. F. E. con sede en Pasto, pero sus agencias cubrían los departamentos de Bolívar, Boyacá, Casanare, Caldas, Cauca, Cundinamarca, Huila, Magdalena, Meta, Nariño, Norte de Santander, Putumayo, Quindío, Santander, Sucre, Tolima y Valle. En el segundo cuadro hace una relación de las personas naturales y jurídicas dedicadas a la captación no autorizadas intervenidas en virtud de la declaratoria del estado de emergencia social cuyo número total era de cincuenta y seis (56), las cuales operan en los departamentos de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Casanare, Caldas, Cauca, Cundinamarca, Huila, Magdalena, Meta, Nariño, Norte de Santander, Putumayo, Quindío, Santander, Sucre, Tolima y Valle. La cifra preliminar de los recursos captados –pues en la mayoría de los casos no hay información- es de $14.055 millones de pesos y el número preliminar de personas afectadas es de 18.535.

Relata que antes de la declaratoria se habían presentado problemas de orden público en distintas zonas del país por el incumplimiento de algunas captadoras ilegales de sus compromisos con los depositantes, destaca las noticias reproducida por El Espectador el 17 de septiembre de 2008 que en Zipaquirá según la cual “un grupo enardecido de ciudadanos estafados decidió hacer justicia por sus propias manos”. Cita también al Diario del Sur, el cual reveló que en Ipiales el 18 de septiembre de 2008 cientos de inversionistas “que resultaron tumbados en sus ahorros” destrozaron las instalaciones de la firma “Aires del Sur”. Finalmente anexa abundante documentación para corroborar los datos consignados en el informe.

8. La Jefa Jurídica de la Unidad de Información y Análisis Financiero –UIAF- (Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público cuyo objetivo es prevenir y detectar posibles operaciones de lavado de activos y financiación del terrorismo en diferentes sectores de la economía), presentó un escrito mediante el

cual relata las actividades desplegadas por esta entidad dirigidas a combatir la captación ilegal. Señala que durante el año 2008 dicha entidad celebró reuniones y envió informes a distintas dependencias estatales (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Superintendencia Financiera, Fiscalía General de la Nación) mediante los cuales alertaba sobre las operaciones de captación realizadas por personas no autorizadas en Colombia y en el exterior. Señala que igualmente que a dos funcionarios de la entidad le fueron asignadas funciones de policía judiciales en investigaciones que la Fiscalía adelantaba contra captadores ilegales, y que por otra parte la UIAF solicitó a la misma entidad que adelantara investigaciones contra empresas dedicadas a la captación masiva de dinero.

Explica que a la UIAF de conformidad con el artículo 3º de la Ley 526 de 1999 (modificado por el artículo 4 de la Ley 1121 de 1996) le corresponde entregar información sometida a reserva a la autoridades competentes en materia de lavado de activos y financiación del terrorismo y a las entidades legitimadas para ejercitar la acción de dominio. Con este propósito la entidad elabora informes de inteligencia financiera que remite a las autoridades encargadas de investigar y sancionar los delitos de lavado de activos y terrorismo. Indica que la UIAF ha elaborado treinta informes sobre casos relacionados con supuesta captación ilegal de dineros, en los cuales se relacionaron 66 empresas y 211 personas naturales, aunque aclara que algunas de estas personas están relacionadas en más de un caso. Resume cada uno de los informes elaborados los cuales a su vez están clasificados según el grado de interés de los datos recopilados, así por ejemplo indica que el Informe 1116 Interés 2, la UIAF recibió el cinco (5) de abril de 2006 cinco reportes de actividades sospechosas relacionadas con la empresa GRUPO DMG, este informe fue remitido a la Fiscalía General de la Nación. Igualmente indica que la entidad estatal de conformidad con el artículo 3 inciso 2 de la Ley 526 de 1999 (modificado por el artículo 11 de la Ley 1121 de 2006) puede suscribir convenios o memorandos de entendimiento con instancias internacionales para suministrar o recibir información reservada de inteligencia financiera. Señala que en marco de esta competencia fueron entregados 9 informes de inteligencia financiera a unidades homólogas de Estados Unidos, Panamá y Ecuador y que la UIAF realizó 16 solicitudes de información a unidades homólogas de Panamá, Ecuador, México, Brasil, Venezuela y Belice, hace una relación detallada de dada uno de los informes enviados y de las solicitudes de información presentadas.

Expone que la UIAF de conformidad con el artículo 6 de la Ley 526 de 1999 (modificado por el artículo 6 de la Ley 1121 de 2006) es competente para elaborar estudios estratégicos sobre las prácticas, técnicas y tipologías utilizadas por el lavado de activo en diferentes sectores de la economía, así como para la identificación de los perfiles de los presuntos responsables de esta actividades. Con base en esta competencia la entidad elaboró estudios estratégicos y tipologías sobre la captación ilegal de recursos del público por tratarse de una actividad relacionada en muchos casos con el lavado de activos. Indica que de conformidad con la tipología identificada para la captación ilegal los captadores se caracterizan por ofrecer altos rendimientos en efectivo en corto plazo, superiores a los entregados por los intermediarios financieros debidamente autorizados. Una parte fundamental del negocio son los incentivos de tipo económico obtenidos por los primeros inversionistas por vincular a nuevos personas que aporten dinero en efectivo al sistema de captación irregular. Una vez los captadores reúnen un monto considerable de

dinero lo transfieren al exterior por medio de transacciones internacionales y luego los representantes de las compañías desaparecen sin responder a los inversionistas por las sumas depositadas. Expone la funcionaria que las operaciones relacionadas con la captación irregular son particularmente atractivas para las organizaciones criminales que buscan lavar activos pues permiten mimetizar el dinero de origen ilícito. Detalla algunas señales de alerta que permiten detectar a los captadores irregulares, entre las que se cuentan: i) creación de empresas cuyo objeto social es realizar inversiones sin un plan de negocios concreto, ii) empresas de reciente creación con amplios objetos sociales que captan en forma masiva recursos del público, iii) empresas que ofrecen rendimiento a corto plazo superiores a las tasa de interés del mercado, iv) empresas que ofrecen elevados premios a cambio de referir nuevos clientes al esquema de captación de dinero. Luego ejemplifica distintos modelos de funcionamiento de las empresas captadoras.

Hace una relación de las actuaciones emprendidas por la UIAF respecto de personas naturales y jurídicas que desarrollaban presuntas operaciones de captación ilegal. Muestra que en el mes de octubre de 2008 se profirieron 144 resoluciones dirigidas a 71 sociedades y a una persona natural, en el mes de noviembre antes de la declaratoria de la emergencia social se profirieron 24 resoluciones, dirigidas a 11 sociedades. Mediante estos actos administrativos se impuso a las empresas requeridas la obligación de presentar un reporte mensual detallado de las transacciones en efectivo y de las transacciones en divisas.

9. La Fiscalía General de la Nación envió por medio magnético la información relacionada con las investigaciones penales adelantadas contra personas naturales y jurídicas que sin contar con autorización estatal desarrollaban actividades de captación masiva y habitual de recursos del público. Los datos enviados no fueron discriminados por fechas (antes y después de la declaratoria del estado de emergencia social) sino que fueron presentados globalmente. Según esta información hasta el día cinco (05) de diciembre de 2008 se habrían iniciado 720 investigaciones en todo el país por el delito de captación masiva y habitual de dineros, el total de los recursos captados ilegalmente ascendía la suma $322.894 millones de pesos, el número de personas afectadas era de trescientas treinta y ocho quinientas cuatro (338.504) de las cuales catorce mil ciento noventa y cinco (14195) eran de escasos recursos.

10. El Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, mediante oficio fechado el diecisiete de febrero de 2009, aportó: (i) copia de la Comunicación de dieciocho (18) de noviembre suscrita por el Presidente de la República por medio de la cual informa al Secretario General de las Naciones Unidas de la declaratoria del estado de emergencia social y adjunta copia del Decreto 4333 de 2008 en el cual se explican los motivos que condujeron a la adopción de la medida; (ii) copia de la Comunicación de dieciocho (18) de noviembre suscrita por el Presidente de la República por medio de la cual informa al Secretario General de la Organización de Estados Americanos de la declaratoria del estado de emergencia social y adjunta copia del Decreto 4333 de 2008 en el cual se explican los motivos que condujeron a la adopción de la medida.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

Mediante Concepto No. 4709, radicado el trece (13) de febrero de 2009, el Procurador General de la Nación solicita la declaratoria de exequibilidad de la disposición objeto de control.

En primer lugar, sostiene que el decreto objeto de examen cumple con las exigencias formales señaladas por la Constitución Política porque: i) está debidamente motivado ya que fue sustentado en el artículo 215 Superior, la Ley 137 de 1994, y en razones de tipo fáctico; ii) fue firmado por el Presidente y todos sus Ministros en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales; iii) estableció la vigencia de la declaratoria del estado de emergencia social por un periodo de treinta (30) días, contados a partir de la fecha de su expedición, en concordancia con el artículo 215 Superior y el artículo 46 de la Ley 137 de 1994.

A continuación inicia el examen de los presupuestos materiales de la declaratoria del estado de emergencia social, con la finalidad de determinar si el Decreto objeto de examen los reúne. Al respecto señala que el artículo 215 Superior indica los elementos constitutivos o esenciales de la emergencia económica, social y ecológica los cuales "corresponden, en su orden, a unos hechos causales, a unos objetivos específicos que se propone la declaración de la medida y a unos medios o instrumentos mediante los cuales el Ejecutivo produce las decisiones que requiere la solución de las situaciones derivadas de la emergencia".

Afirma que el elemento causal hace referencia a los presupuestos materiales del Estado de Emergencia, es decir, a los hechos sobrevinientes que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país o que constituyan grave calamidad pública. Según el Ministerio Público estos hechos "deben tener una entidad propia de alcances e intensidad traumáticas, que logren conmocionar o trastrocar el orden económico, social o ecológico, lo cual caracteriza su gravedad" y adicionalmente "deben constituir una ocurrencia imprevista y, por ello, diferentes a los que se producen regular y cotidianamente, esto es, sobrevinientes a las situaciones que normalmente se presentan en el discurrir de la actividad de la sociedad".

En segundo término se refiere al alcance de la discrecionalidad del Presidente de la República para decretar estados de excepción; sobre este tópico consigna que el marco jurídico regulador de los estados de excepción "confiere al Presidente de la República un innegable margen de apreciación en lo que se refiere al ejercicio de los poderes excepcionales derivados de los mencionados estados de anormalidad, en la medida en que la propia Constitución le confía la conservación del orden público en todo el territorio nacional y su restablecimiento donde fuere turbado (CP art.189-4), lo cual implica necesariamente el deber de velar por el bienestar, la tranquilidad y la seguridad materiales de la Nación".

Señala también que la Constitución Política no prevé las medidas concretas que debe adoptar el Gobierno para conjurar una singular situación excepcional, pues lo variado, imprevisto y contingente de los hechos que pueden en la realidad trastocar gravemente la normalidad hace imposible tal propósito, de manera tal que la escogencia de las

medidas concretas dirigidas a restablecer el orden económico, social o ecológico perturbado también corresponde al Presidente.

Empero, en todo caso, considera que el margen de apreciación presidencial es limitado pues "el ejecutivo nacional no puede definir ninguna circunstancia como sobreviniente y gravemente perturbadora del orden económico, social o ecológico del país o constitutiva de grave calamidad pública, sin señalar los elementos empíricos que sustentan su existencia y su ajuste al ámbito conceptual y significativo de dichas categorías apriorísticas a que se refiere la Carta Magna".

Entiende que el control jurídico de los decretos mediante los cuales se declara el estado de excepción, en cabeza de la Corte Constitucional, es el principal límite a los poderes presidenciales en la materia, y que por lo tanto a esta Corporación corresponde verificar la existencia real de los hechos invocados en la declaratoria, y someter a escrutinio lógico racional el ejercicio del margen de apreciación presidencial sobre la gravedad de la situación y su carácter sobreviniente.

Hechas las anteriores precisiones emprende el examen de los presupuestos materiales del Decreto 4333 de 2008, para lo cual inicialmente estudia si dicho Decreto encuentra un sustento real en la existencia del presupuesto objetivo expresado por el Presidente de la República para su expedición y si el mismo es de tales características que puedan predicarse de sí los atributos de grave, inminente y sobreviviente exigidos por la jurisprudencia constitucional para su validez.

Asevera que el hecho invocado por el Gobierno nacional para justificar la declaratoria del estado de excepción es la proliferación y fortalecimiento desbordado de distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público sin autorización estatal, bajo sofisticados sistemas y procedimientos de acción que dificultan la intervención de las autoridades de control competentes. Destaca que según el ejecutivo nacional la necesidad de adoptar esta medida excepcional obedece a la urgencia de adoptar nuevos mecanismos eficaces de inspección, control y vigilancia estatal de las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público; la grave amenaza que implican aquellas para los recursos entregados por el público al carecer de las garantías y seguridades que ofrece el sector financiero autorizado por el Estado; y la precaria situación económica en que han quedado muchos de los afectados por el ejercicio ilegal de tales operaciones, en particular, quienes ostentan un bajo nivel de recursos.

Manifiesta que según el texto del mismo Decreto el Gobierno persigue con la declaratoria: i) la suspensión inmediata de las operaciones de recaudo de dinero del público sin autorización estatal que se desarrollan en todo el territorio nacional; ii) la restitución de los recursos entregados en aquéllas, especialmente, a las familias más pobres; y iii) la ampliación y profundización de los mecanismos de acceso al sistema financiero legal, para la población que, por su condición económica, se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta.

En lo que hace referencia al hecho generador invocado considera el Procurador que este fue suficientemente acreditado con el material probatorio que reposa en el expediente RE-136.

Cita, por ejemplo, que en la segunda página del primer informe del Gobierno al Congreso de la República se presentan datos, según los cuales, para la fecha en que fue declarada la emergencia social, esto es el 17 de noviembre de 2008, existían en el país más de 200 captadores o recaudadores de dineros del público, no autorizados por el Estado, distribuidos en 12 departamentos6

Añade que a partir del incumplimiento de recaudadores y captadores ilegales, se desencadenaron en diferentes regiones del país conductas violentas colectivas que afectaron el orden público, tal como lo apunta el informe del Gobierno al Congreso de la República y los informes rendidos en el proceso por el Ministerio del Interior y de Justicia y por la Superintendencia Financiera.

A juicio del Ministerio Público que todos las anteriores circunstancias son indicadoras de una grave perturbación social, hecho distinto de los señalados por el Constituyente para la declaración de guerra exterior y de conmoción interior, el cual adicionalmente, según el Procurador, tiene el estatus de hecho sobreviniente calificado.

A renglón seguido verifica si el presupuesto objetivo del Decreto 4333 de 2008 configura "una necesidad importante e improrrogable en el tiempo con aptitud para erigirse en amenaza grave e inminente del orden social". Para tales efectos precisa que la urgencia extraordinaria es aquella que no puede ser satisfecha, en un tiempo razonable, a través de los medios de la legislación ordinaria, por lo tanto debe tener una entidad tal en el contexto social y político del momento, que su satisfacción inmediata reviste un interés vital para la sociedad, cuya negación puede y tiene la aptitud para afectar la tensión social normal y desplazarla hacia un nivel crítico.

Sobre este tópico señala que la normatividad vigente al momento de la declaratoria del estado de emergencia social no era idónea para combatir la captación ilegal y para devolver el dinero recuperado a los depositantes, razón por la cual estima que los mecanismos ordinarios eran insuficientes "para hacer frente y conjurar el fenómeno de la desbordada proliferación de las actividades de captación no autorizada de dineros del público, cuya prevención y sanción a través de las competencias ordinarias de las autoridades del Estado quedó casi anulada ante la aparición de novedosas modalidades para su ejercicio en un marco de aparente legalidad".

Expone que los agentes ilegales se dedicaron, entre otras, a las tareas de: i) diseñar contratos atípico e innominados que constituían una ficción jurídica para ocultar frente a los ciudadanos y las autoridades las operaciones de recaudo ilegal de dinero que adelantaban; ii) adquirir softwares que les facilitaban atraer clientes desde diferentes localizaciones sin dejar registro oficial de ellos; iii) evitar el acceso al sistema financiero formal para realizar sus transacciones para impedir el seguimiento de los recursos que manejaban; iv) no llevar libros ni papeles de comercio, y alterar sus estados financieros sin los soportes correspondientes ni la auditoria requerida. De este modo lograron obstaculizar la vigilancia que sobre ellos ejerce el Estado, y consiguieron desarrollar sus negocios ilícitos bajo un manto de impunidad que les permitió defraudar la confianza de sus clientes, a quienes atraían con la promesa de exagerados rendimientos por su dinero o con otras estrategias como ofrecer obsequios, beneficios, promociones, patrocinios; para

finalmente arrebatarles los recursos que les entregaban.

Estima que la urgencia de adoptar medidas excepcional resulta igualmente convalidada por el contexto social y político del momento que exigía una pronta solución al problema generado para las personas que de esta forma perdieron sus ahorros y su capital, en general, comprometiendo su propia subsistencia y la de sus familias.

Concluye finalmente que "para este Despacho, el conjunto de circunstancias descritas y probadas en los documentos que integran el expediente RE-136, indican que al apreciar la probabilidad real de amenaza que las mismas entrañaban, el Presidente de la República ha hecho uso adecuado del discreto margen de apreciación que en esta materia debe reconocérsele. Por ende, estima la Procuraduría General de la Nación, en los términos del análisis precedente, que el decreto 4333 de 2008 cumple con los presupuestos objetivos, formales y materiales, que la Constitución (artículo 245) y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción (artículo 46) exigen para la declaración del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

De conformidad con lo señalado por los artículos 214.6 y 241.7 de la Constitución Política esta Corporación es competente para conocer del proceso de la referencia.

2. El asunto objeto de revisión.

Corresponde a esta Corporación pronunciarse sobre la constitucionalidad del Decreto 4333 de diecisiete (17) de noviembre de 2008, "por medio del cual se declara el estado de emergencia social", con este propósito se seguirá el siguiente orden expositivo:

1. Inicialmente se realizarán algunas consideraciones sobre la regulación de los estados de excepción por la Constitución Política de 1991.

1. En segundo lugar se hará una breve alusión a los rasgos distintivos del estado de emergencia económica, social y ecológica.

1. Luego se abordará el alcance del control constitucional sobre los decretos declaratorios del estado de emergencia económica, social y ecológica.

1. Finalmente, la Corte, siguiendo los parámetros fijados, se ocupará del control formal y material del Decreto 4333 de diecisiete (17) de noviembre de 2008.

3. Algunas consideraciones sobre el régimen de los estados de excepción en la Constitución de 1991.

Si bien en decisiones precedentes esta Corporación se ha pronunciado in extenso sobre la naturaleza de los estados de excepción bajo el ordenamiento constitucional vigente, especialmente sobre su carácter de facultad reglada en cabeza del Presidente de la República, sujeta a controles concurrentes tanto de índole jurídica como política, no sobra sin embargo en esta oportunidad hacer una breve referencia a estos tópicos.

El punto de partida en el que coinciden tanto la jurisprudencia como la doctrina es que la regulación de los estados de excepción en el actual ordenamiento constitucional persigue poner coto al empleo abusivo de esta figura bajo la vigencia de la Constitución Política de 18867. En efecto, la Carta de 1991 impuso límites materiales y temporales al ejercicio de las facultades presidenciales bajo cada uno de los estados de excepción, reforzó los controles sobre las atribuciones extraordinarias del ejecutivo, fijó parámetros precisos para su declaratoria que además permiten con oportunidad del control constitucional examinar la gravedad de los hechos invocados y definió los principios que se debían respetar al ejercer las facultades excepcionales8.

Con idéntico propósito, en el texto constitucional se plasmaron reglas claras para cada uno de los tres estados de excepción –guerra exterior9, conmoción interior10 y emergencia económica, social o ecológica11- en lo que hace referencia a los requisitos formales y materiales tanto para su declaratoria como para su prórroga, al igual que en relación a las medidas que podían ser adoptadas para superar la situación de crisis.

En materia del estado de emergencia económica y social los límites impuestos por la regulación constitucional se reflejan en los siguientes aspectos. En primer lugar, se restringe la discrecionalidad del Presidente de la república para apreciar los presupuestos fácticos que dan lugar a la declaratoria del estado de excepción, pues se exige que los hechos que dan lugar a la declaratoria (i) sean distintos a los previstos para la declaratoria el estado de conmoción interior y de guerra exterior; (ii) sean sobrevinientes, (iii) tengan tal gravedad que atenten de manera inminente contra el orden económico, social o ecológico o constituyan calamidad pública.

En segundo lugar, según la redacción del texto constitucional, las facultades excepcionales del Gobierno se limitan a aquellas estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos. Si bien, esta fórmula permite cierto margen de maniobra para que el Ejecutivo determine cuales son las atribuciones de las cuales hará uso, en todo caso tiene una finalidad claramente restrictiva al menos en un doble sentido: por un lado impedir un uso excesivo de las atribuciones excepcionales –lo que guarda relación con el principio de proporcionalidad de las medidas adoptadas bajo los estados de excepción-, en segundo lugar proscribir el empleo de atribuciones que no sean necesarias para conjurar la crisis –lo que a su vez se relaciona con el principio de necesidad-.

En tercer lugar, los decretos legislativos expedidos por el Presidente de la República solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la

situación que hubiere determinado la declaratoria del estado de excepción. Al igual que la restricción anteriormente anotada esta busca circunscribir el ejercicio de la principal atribución excepcional presidencial –la potestad de expedir normas con fuerza y rango de ley- a la problemática relacionada con la declaratoria.

En cuarto lugar, el ejercicio de las atribuciones presidenciales debe respetar una serie de principios que se derivan de la lectura sistemática de la regulación constitucional y estatutaria, tales como los de proporcionalidad, el principio de necesidad, el principio de intangibilidad de derechos humanos, el principio de temporalidad y el principio de legalidad.

En quinto lugar el artículo 215 constitucional establece la prohibición expresa de desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante decretos legislativos expedidos en virtud del estado de emergencia económica, social o ecológica.

Este sistema de controles de los estados de excepción fue reforzado mediante la previsión constitucional de una ley estatutaria que regulara la materia. En efecto, tal como señala la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, Ley 137 de 1994, en su artículo 2º su finalidad es (i) "establecer los controles al ejercicio de las facultades excepcionales del Gobierno" y (ii) fijar "las garantías para proteger los derechos humanos de conformidad con los tratados internacionales". Igualmente, de conformidad con la misma disposición, los hechos que autorizan el uso de las facultades excepcionales deben corresponder a "circunstancias extraordinarias hagan imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios del Estado", lo que excluye la posibilidad de invocar hechos crónicos, reiterados, u ordinarios como justificatorios de la declaratoria de un estado de excepción.

Adicionalmente, la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción –en adelante LEEE- precisa y desarrolla algunos de los principios de origen constitucional, a los que ya se había hecho alusión, que regulan el uso de las facultades presidenciales excepcionales e introduce algunos nuevos como se verá más adelante.

4. Los rasgos distintivos del estado de emergencia económica, social y ecológica en la Constitución de 1991.

En las sentencias C-004 de 1992, C-447 de 1992, C-179 de 1994, C-366 de 1994, C-122 de 1997, C-122 de 1999 y C-216 del mismo año esta Corporación se ha pronunciado ampliamente sobre las características del Estado de emergencia social, los lineamientos principales de estas decisiones serán reiterados a continuación.

Naturaleza. De conformidad con lo señalado en la sentencia C-179 de 1994 el estado de emergencia económica, social y ecológica es una modalidad de los estados de excepción expresamente diseñado por el Constituyente para conjurar "aquellas alteraciones que desequilibran en forma grave e inminente uno o varios de tales órdenes, o que constituyan grave calamidad pública".

En esa medida se trata de un estado de excepción genéricamente regulado por el artículo 215 constitucional aunque puede adquirir distintas modalidades según los

hechos que den lugar a su declaratoria. Así, puede ser declarado estado de emergencia económica cuando los hechos que dan lugar a la declaratoria guardan relación con la perturbación del orden económico; se recurrirá al estado de emergencia social cuando la crisis que origina la adopción de la medida excepcional se relaciona con el orden social; se declarará el estado de emergencia ecológica cuando la situación critica invocada por el gobierno tenga esta naturaleza y; finalmente, se acudirá al estado de emergencia por calamidad pública cuando sobrevenga una catástrofe de este tipo. También se pueden combinar las modalidades anteriores cuando los hechos invocados como causantes de la declaratoria revistan la connotación de perturbar o amenazar de manera simultánea los distintos órdenes protegidos por el artículo 215 constitucional, en todo caso compete al Presidente de la república de conformidad con los hechos invocados declarar el estado de emergencia que corresponda al situación.

Un recuento de los distintos decretos expedidos por el Gobierno nacional a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 permite apreciar esta distinción; en efecto mediante el Decreto 333 de 1992 se declaró el estado de emergencia social con motivo de la perturbación del clima laboral del país causado por la falta de alza oportuna de los salarios lo cual amenazaba con perturbar “el orden social del país”; mediante el Decreto 680 de 1992 se declaró el estado de emergencia económica y social por la grave crisis de suministro de energía eléctrica, hecho que se estimó perturbador del orden económico y del orden social del país; mediante el Decreto 1178 de 1994 se decretó el estado de emergencia por grave calamidad publica con ocasión de un sismo que se produjo en cercanías del municipio de Toribio en el Departamento del Cauca; mediante el Decreto 2330 de 1998 se declaró el estado de emergencia económica social por la crisis financiera internacional y por la grave situación de los establecimientos de crédito y finalmente; mediante el Decreto 195 de 1999 se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica por grave calamidad pública debido al terremoto que azotó al Eje Cafetero.

Ahora bien, al margen de la denominación específica a la que acuda al Gobierno nacional los presupuestos formales y materiales para la declaratoria, al igual que los principios que regulan el estado de excepción son los mismos señalados por el artículo 215 constitucional, por la LEEE y por los tratados internacionales de derecho humanos.

Presupuestos para su declaratoria. Los presupuestos para la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica señalados en el artículo 215 constitucional son los siguientes: (1) el supuesto fáctico que da lugar a la declaratoria, el cual debe consistir en hechos sobrevinientes que perturben o amenacen con perturbar el orden económico, social o ecológico o que constituyan grave calamidad pública; (2) el supuesto valorativo en cuanto la perturbación o la amenaza de perturbación al orden económico, social o ecológico ha de ser grave e inminente o debe tratarse de una grave calamidad pública y, finalmente, (3) un juicio sobre la suficiencia de los medios en cuanto que la grave perturbación del orden el orden económico, social o ecológico o la grave calamidad pública que origina la declaratoria no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales. Si bien este último requisito no está señalado expresamente por el artículo 215 constitucional, a diferencia

de lo previsto por el artículo 213 de la Carta para el estado de conmoción interior, a juicio de esta Corporación se deriva directamente de los principios de proporcionalidad y de necesidad que rigen la declaratoria de los estados de excepción, a los cuáles se hará alusión más adelante.

Así, además lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, baste citar aquí la sentencia C-122 de 1997 en a cual se sostuvo:

"(…) en el plano constitucional, si se omite toda consideración sobre los poderes existentes para afrontar una determinada crisis, vale decir, si se ignora el concierto de órganos, facultades y mecanismos creados cuya intervención puede resultar decisiva con miras a su solución, la consecuencia no puede ser otra distinta que la de ampliar indebidamente los poderes del ejecutivo con grave detrimento del funcionamiento normal del Estado de Derecho.

(…)

De la Constitución y de la ley estatutaria de los estados de excepción surge la regla de la subsidiariedad que aplicada al estado de emergencia prescribe que su utilización se supedita a la imposibilidad o insuperable insuficiencia de las instituciones de la normalidad para resolver los problemas y crisis que afecten o amenacen el sistema económico, social o el ambiente. La plenitud del Estado de Derecho y de los mecanismos y formas que le son propios, sufrirían grave menoscabo si fácilmente pudiese soslayarse su curso ante cualquier dificultad o problema de cierta magnitud, pretextando razones de eficacia" (negrillas añadidas).

Competencia, ámbito temporal y ámbito territorial del estado de conmoción interior. La autoridad competente para declarar el estado de emergencia económica, social o ecológica es el Presidente de la República. Ni el texto constitucional ni la LEEE regulan expresamente el ámbito espacial de la declaratoria, sin embargo, se ha aplicado de manera analógica la regulación prevista para el estado de conmoción interior y se ha entendido por lo tanto que puede abarcar todo el territorio nacional o una parte de este13. Respecto del ámbito temporal el artículo 215 señala que la declaratoria podrá tener una duración de hasta treinta (30) días, por períodos que sumados no pueden exceder noventa (90) días en el año calendario.

Requisitos formales para la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica. La Carta condiciona la declaratoria del estado de excepción bajo estudio a cuatro presupuestos formales. En primer lugar, la expedición de un decreto que debe ser suscrito por el Presidente de la República y todos los Ministros. En segundo lugar, debe tratarse de un decreto motivado. En tercer lugar, debe indicarse el ámbito territorial y el ámbito temporal de la declaratoria. En cuarto lugar en el decreto debe señalarse el término por el cual se ejercerán las facultades excepcionales señaladas en el artículo 215 constitucional.

Requisitos materiales para la declaratoria de la conmoción interior. Además de cumplir una serie de ritualidades la declaratoria del estado de emergencia económica, social o ecológica debe estar materialmente fundada, esta exigencia se satisface si se reúnen los

presupuestos señalados en el artículo 215 constitucional a los que se hizo alusión, es decir: (1) se expone el supuesto fáctico que da lugar a la declaratoria, el cual debe consistir en hechos sobrevinientes que perturben o amenacen con perturbar el orden económico, social o ecológico o que constituyan grave calamidad pública; (2) se explica porque la perturbación o la amenaza de perturbación al orden económico, social o ecológico es grave e inminente o los hechos constituyen una grave calamidad pública y, finalmente; (3) se indican las razones por las cuales la grave perturbación del orden económico, social o ecológico o la grave calamidad pública que origina la declaratoria no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales.

Prohibición de suspensión de los derechos humanos ni las libertades fundamentales. Dentro de las reglas generales enunciadas por el artículo 5º de la LEEE, aplicables a todos los estados de excepción, está la prohibición de suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales. Ahora bien, esta Corporación ha definido que debe entenderse como derechos humanos y libertades fundamentales a la luz del citado precepto constitucional y ha sostenido que se trata de "los derechos y libertades reconocidos y garantizados en lo que la doctrina constitucional ha definido como bloque de constitucionalidad, esto es, aquellas normas jurídicas que, aunque no tienen consagración expresa en el derecho interno, tienen plena vigencia en éste. Esta condición de prevalencia se deriva de lo dispuesto en el artículo 93 Superior, de acuerdo con el cual "los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno"14.

Bajo esta definición los "derechos humanos y libertades fundamentales" cuya suspensión estaría prohibida bajo los estados de excepción comprende no sólo el catálogo de derechos contenidos en el Título II y en otras disposiciones de la Constitución Política, sino también los derechos reconocidos por la jurisprudencia constitucional, y los derechos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, lo que prohíbe expresamente el artículo 5º de la LEEE es la suspensión más no la restricción de los derechos humanos y las libertades fundamentales bajo los estados de excepción. En otras palabras, un derecho no puede suspenderse porque como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos por ser consustanciales con la persona lo "único que podría suspenderse sería su pleno y efectivo ejercicio"15. En esa medida los derechos humanos y las libertades fundamentales si pueden ser restringidos bajo los estados de excepción, sin embargo tales restricciones deben ajustarse a lo señalado por la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la LEEE, como se precisará a continuación.

En primer lugar se debe distinguir entre los denominados derechos intangibles y los derechos limitables o restringibles. Mientras los primeros no son susceptibles de limitación o restricción alguna aun bajo los estados de excepción y debe por lo tanto garantizarse su pleno y efectivo ejercicio, los segundos pueden ser limitados pero con estricta sujeción a las reglas que se enunciarán a continuación: (1) la limitación debe se

necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente (art. 6 LEEE), (2) cuando sea necesario limitar el ejercicio de un derecho no intangible no se podrá afectar su núcleo esencial y se deberán establecer garantías y controles para su ejercicio (art. 6 y 7 LEEE); (3) debe justificarse expresamente la limitación de los derechos por lo tanto los decretos de excepción deberán señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de tal manera que permitan demostrar la relación de conexidad con las causas de la perturbación y los motivos por las cuales se hacen necesarias (Art. 7 LEEE); (4) la limitación en el ejercicio de los derechos y libertades sólo será admisible en el grado estrictamente necesario, para buscar el retorno a la normalidad (art. 13 de la LEEE).

Principio de intangibilidad de los derechos. El artículo 4 de la LEEE recoge la cláusula de intangibilidad de ciertos derechos bajo los estados de excepción la cual tiene origen en el derecho internacional de los derechos humanos, específicamente en el artículo 4 del PIDCP16 y en el artículo 27 de la CADH17

.El contenido y alcance de esta cláusula es claro y simple: los derechos enunciados como intangibles no pueden ser limitados ni restringidos bajo los estados de excepción.

En la consagración positiva de estos derechos las disposiciones de la Convención son más amplias que las del Pacto. En efecto, según la CADH son intangibles los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 3), a la vida (Art. 4), a la integridad personal (Art. 5), la prohibición de esclavitud y servidumbre (Art. 6), el principio de legalidad e irretroactividad (Art. 9), la libertad de conciencia y religión (Art. 12), la protección de la familia (Art. 17), el derecho al nombre (Art. 18), los derechos del niño (Art. 19), el derecho a la nacionalidad (Art. 20) y los derechos políticos (Art. 23) y las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. Mientras que el PIDCP sólo menciona como intangibles el derecho a la vida (Art. 6), la prohibición de la tortura y malos tratos (Art. 7), la prohibición de esclavitud y servidumbre (Art. 8), el principio de legalidad e irretroactividad (Art. 15), el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 16) y libertad de conciencia y religión (Art. 16) y la prohibición de ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual (Art. 11).

Por su parte el artículo 4 de la LEEE recoge todos los anteriores derechos, pues menciona expresamente como intangibles bajo los estados de excepción los siguientes: el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles y el derecho al habeas corpus18. Igualmente prevé que no podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La jurisprudencia constitucional también ha señalado que el principio de intangibilidad de derechos también se extiende a otros derechos distintos a los señalados en los artículos 27 de la CADH y 4º del PIDCP. Esta extensión se origina por tres vías:

* La primera, cuando el contenido de los derechos expresamente excluidos de restricción excepcional involucra no uno, sino un conjunto de prerrogativas que guardan relación entre sí, todas éstas quedan cobijadas por la salvaguarda.

* La segunda, dada la prohibición que tienen los Estados de proferir medidas de excepción incompatibles con otras normas internacionales, se amplía también el número de derechos excluidos, a menos que en los instrumentos suscritos existan previsiones sobre su suspensión en los mismos términos de los artículos 27 de la Convención y 4º del Pacto.

* Y la tercera, dada la vigencia de las garantías judiciales en los estados de excepción, ellas, en especial los recursos de amparo y de hábeas corpus, también están excluidas de la restricción de su ejercicio. En torno a este punto, si bien la Convención Americana, al enumerar en el artículo 27 los derechos intangibles durante los estados de excepción no hizo referencia expresa a los artículos 7.6 y 25.1, su ejercicio tampoco puede restringirse por tratarse de garantías judiciales indispensables para la efectiva protección de los derechos19.

Prohibición de desmejorar los derechos sociales de los trabajadores. Adicionalmente a la prohibición de suspender derecho y libertades fundamentales el artículo 215 señala expresamente que el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos expedidos en virtud de la declaratoria del estado de emergencia económica, social o ecológica. Sobre este extremo en la sentencia C-179 de 1994, con motivo del examen de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria de los estados de excepción, se señaló: “Los derechos sociales son entonces aquellos derechos subjetivos colectivos que se establecen en favor de grupos o sectores de la sociedad dentro de los cuales podemos citar, a manera de ejemplo, el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud, el derecho al trabajo, el derecho a la educación, etc. Dichos derechos se caracterizan por la existencia de un interés común y solidario, destinado a asegurar un vivir libre y digno. En nuestra Carta Política no se permite desmejorar, mediante los decretos legislativos dictados con fundamento en el estado de emergencia económica, social y ecológica, los derechos sociales que tal Estatuto confiere a los trabajadores, algunos de los cuales se encuentran consagrados en el capitulo 2o. del Título II, v.gr.: el derecho de huelga, el de negociación colectiva, etc.”.

Otros principios rectores de los estados de excepción. De las disposiciones constitucionales, de los tratados internacionales de derechos humanos y de la LEEE se derivan una serie de principios que rigen los estados de excepción y que por lo tanto son

aplicables al estado de emergencia económica, social y ecológica, tales como los principios de necesidad, proporcionalidad, temporalidad, legalidad y proclamación cuyo contenido se expone a continuación.

El principio de necesidad tiene origen en el derecho internacional de los derechos humanos y hace relación a la entidad de la perturbación que pueda dar lugar a la declaratoria de un estado de excepción por un Estado y, por ende, a la posibilidad de hacer uso de la cláusula de suspensión de obligaciones convencionales. De este modo, sólo se entiende legítima la proclamación de un estado de excepción cuando se encuentra motivada en una situación de grave peligro de la vida de la Nación, según el artículo 4 del PIDCP, o, en términos de la Convención Americana, una amenaza a la independencia o seguridad del Estado. El artículo 213 constitucional recoge este principio en materia del estado de conmoción interior cuando exige que la perturbación del orden público que de lugar a la declaratoria sea grave y que atente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana. Por su parte el artículo 2 LEEE se ocupa también de este principio al prever que las facultades excepcionales sólo podrán ser empleadas bajo "circunstancias extraordinarias hagan imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios del Estado".

El principio de proporcionalidad "impone que las medidas tomadas bajo el amparo del estado de excepción se limiten estrictamente a enfrentar idóneamente la amenaza que se cierne sobre el Estado"20 . En materia del derecho internacional de los derechos humanos está expresamente señalado por el artículo 4 del PIDCP cuando señala que las disposiciones adoptadas por los Estados para conjurar las situaciones excepcionales deben estar "estrictamente limitadas a la exigencia de la situación", previsión similar a la consagrada en el artículo 27 de la CADH. La LEEE atribuye al principio de proporcionalidad el siguiente contenido: "Las medidas expedidas durante los Estados de Excepción deberán guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar" (Art. 13).

La doctrina europea ha precisado el alcance de este principio, la cual ha tenido cierta aplicación en el ámbito interamericano21. Se considera que las medidas serán legítimas si (i) no es posible establecer otras menos gravosas, (ii) son aptas para contribuir en la solución del hecho que dio origen a la amenaza, (iii) la perturbación no puede conjurarse con procedimientos ordinarios y (iv) no exista otra medida de excepción que genere un impacto menor en términos de protección de derechos y garantías22.

El principio de temporalidad apunta a que los estados de excepción han de tener una vigencia temporal limitada, el término estrictamente requerido para superar el hecho que configura la situación excepcional. Expresamente señalado en el artículo 27 de la CADH, fue recogido por el artículo 215 de la Carta cuando señala que el estado de emergencia económica, social o ecológica será declarado por períodos de hasta 30 días, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

El principio de legalidad tiene dos acepciones, desde la perspectiva del derecho interno supone la obligación del Estado de actuar de conformidad con las disposiciones

constitucionales y legales que rigen la declaratoria de un estado de emergencia y el otorgamiento de poderes excepcionales.

Desde la perspectiva del derecho internacional público implica que las suspensiones o derogaciones de derechos adoptadas en virtud e la declaratoria de un estado de excepción no deben ser incompatibles con otras obligaciones bajo el derecho internacional, incluido el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional.

Según el principio de proclamación o de declaración pública todo Estado que va a hacer uso de las medidas excepcionales debe manifestar expresamente las razones que fundamentan su decisión, esto es, las circunstancias que motivan la amenaza a la vida de la nación que sirve como base para la suspensión de garantías. La notificación, de otra parte, consiste en el deber del Estado de informar, a través del Secretario General del organismo multilateral respectivo y en caso que vaya a hacer uso de la facultad de restricción de garantías, las disposiciones que se propone restringir, el motivo de su restricción y la fecha en la cual se haya dado por terminada dicha limitación23.

Sistema de control. Como se destacó en el acápite precedente de esta decisión la Constitución Política de 1991 estableció un sistema eficaz de controles orientado a garantizar la salvaguardia del cuerpo normativo que regula los estados de excepción. Doctrinal y jurisprudencialmente se distinguido entre el control político y el control jurídico, sin embargo, “estos controles no son excluyentes pues los actos emitidos con base en el derecho constitucional de excepción, como todos los actos del poder público, son actos jurídicos sólo que se proyectan políticamente. Como actos jurídicos, están sometidos a controles jurídicos. No obstante, en virtud de su proyección, pueden estar también sometidos a controles políticos”24.

El control político es ejercido por el Congreso de la República. Debido a su naturaleza, si bien se trata de un control institucionalizado, esto es, de un control jurídicamente regulado, tiene un carácter subjetivo en cuanto a su ejercicio está determinado en cada caso por la voluntad del Congreso, pues depende de esa voluntad la iniciación de una actuación de control, su trámite, su decisión y la imposición o no de una sanción al órgano controlado25.

El propósito de este control es deducir la responsabilidad política del presidente y de los ministros por la declaratoria del estado de emergencia económica, social o ecológica sin la ocurrencia de los supuestos contemplados en los preceptos constitucionales, o por el abuso en el ejercicio de las facultades excepcionales (Art. 215 C. P.). La Constitución regula el control político y señala que el Gobierno, en el decreto que declare el estado de emergencia, convocará al Congreso si no se hallare reunido para los diez día siguientes al vencimiento de la declaratoria, y que si no fuere convocado el Congreso se reunirá por derecho propio, con el propósito de examinar el informe motivado que le presentara el Presidente sobre las razones que determinaron la declaración y las medidas adoptadas (Art. 215 C. P.)26. El Congreso debe pronunciarse expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las medidas adoptadas en virtud de la declaratoria.

A la Corte Constitucional corresponde el control jurídico, el cual recae sobre los actos jurídicos producidos por el ejecutivo en virtud de los estados de excepción, comprende por lo tanto el decreto de declaratoria del estado de excepción, como los decretos legislativos mediante los cuales se adoptan medidas dirigidas a conjurar la situación excepcional y los decretos de prórroga.

A diferencia del control político se trata de un control objetivo que tiene como parámetro normativo indisponible conformado por los preceptos constitucionales, los tratados internacionales de derechos humanos y la LEEE, el cual constituye un referente obligatorio, preexistente al órgano controlado y al órgano de control y ajeno a su voluntad. De allí que en esta sede, a diferencia del control político, no se trate de oponer la voluntad del ejecutivo a la voluntad del órgano de control sino de una labor de cotejo entre el acto emitido y el parámetro normativo de control. Ello explica que se trate también de un juicio jurídico, en el que se esgrimen razones de derecho para afirmar o negar la validez constitucional del acto controlado27.

Con el mismo ánimo diferenciador esta Corporación ha resaltado que el control jurídico no depende de la voluntad del órgano de control, pues la Constitución Política impone a la Corte Constitucional el deber de pronunciarse de manera automática sobre la validez constitucional de los actos dictados para declarar los estados de excepción y para adoptar las medidas que ellos hacen viables, "[l]a Corte se encuentra ante la obligación ineludible de defender la supremacía e integridad del Texto Superior, y de esa obligación hace parte el deber de excluir del ordenamiento aquellos actos que la desconozcan"28.

De esta manera los rasgos distintivos del control jurídico también han sido definidos por la Constitución: (i) el objeto de control son el decreto mediante el cual se declara el estado de excepción, los decretos legislativos mediante los cuales se adoptan medidas para conjurar la situación extraordinaria, y los decretos de prórroga de los estados de excepción; (ii) se trata de un control automático y el Gobierno tiene el deber de enviar a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos declaratorios y los decretos legislativos de desarrollo que dicte en uso de las facultades extraordinarias para que decida definitivamente sobre su constitucionalidad, en caso de incumplimiento del deber de remisión del Gobierno, la Corte oficiosamente aprehenderá su conocimiento de manera inmediata; (iii) es un control integral porque que se verifica que los decretos examinados reúnan los requisitos formales y materiales señalados por los preceptos constitucionales; (iv) es un control definitivo pues una vez la Corte se pronuncia sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos estos no pueden ser objeto de un posterior examen vía acción pública de inconstitucionalidad, (v) es un control participativo pues los ciudadanos podrán intervenir defendiendo o atacando la constitucionalidad de los decretos objeto de control, (vi) el Procurador General de la nación deberá rendir concepto (Arts. 214.6, 241.7 y 242 constitucionales).

5. El control de los decretos declaratorios de los estados de excepción por la Corte Constitucional.

A partir de 1991, la Corte Constitucional asumió tanto el control formal como material de

los decretos declaratorios y de los que se dictaran en desarrollo de las facultades de los estados de excepción. Esta postura quedó sentada en la sentencia C-004 de 1992, mediante la cual se revisó el Decreto 333 de febrero 24 de 1992, declaratorio del estado de emergencia social29.

En dicha providencia esta Corporación precisó que el control jurisdiccional ejercido sobre los decretos dictados por el gobierno al amparo de alguno de los estados de excepción debía ser tanto formal como material y tal control debía aplicarse tanto a los decretos declaratorios como a los decretos legislativos de desarrollo. Sostuvo textualmente:

"… el ejercicio de un control integral sobre los actos de los poderes constituidos asegura la primacía de la Constitución como Norma de Normas que manda la regla 4a. del Estatuto Máximo y la misión confiada a su guardiana de preservar su "supremacía e integridad" por el constituyente en el artículo 215 superior. Si el gobierno decreta la emergencia sin que existan hechos sobrevinientes, graves o inminentes que perturben el orden económico, social o ecológico o amenacen perturbarlo, no está acaso violando la integridad de la Constitución?. Un decreto con esas características sería abiertamente inconstitucional y no tendría razón de ser que ello no pudiera establecerse por el órgano creado para tal fin, esto es, la Corte Constitucional. Si así no se hiciere, se estaría violando la integridad de la Constitución por la misma entidad a la cual le fue confiada su guarda.

Dicho de otro modo, si la Corte elude el control material de los decretos que declaran un estado de excepción, ello significaría que las facultades del Presidente de la República en esta materia serían supraconstitucionales. Y más aún: que esta Corte podría tolerar la actividad inconstitucional del Ejecutivo renunciando así a su deber de restablecer el imperio del Estatuto Supremo."

A partir de entonces esta sería la línea jurisprudencial mayoritaria, seguida tanto en las sentencias mediante las cuales se ejerció el control de la declaratoria del estado de emergencia económica, social o ecológica sentencias C-447 de 1992, C-366 de 1994, C-122 de 1997, C-122 de 1999 y C-216 de 1999.

En todas las anteriores decisiones se siguió un mismo modelo para abordar el juicio de constitucionalidad del decreto declaratorio del estado de emergencia económica, social o ecológica interior, cuyos lineamientos principales serán reiterados a continuación. Como punto de partida es menester indicar que el examen de este tipo de decretos tiene dos partes: la verificación de los requisitos formales y la verificación de los requisitos materiales de la declaratoria.

El estudio de los requisitos formales comprende la verificación que el decreto reúna los siguientes presupuestos: (i) lleve la firma de Presidente y de todos sus ministros, (ii) contenga una parte motiva en la cual se expongan las circunstancia excepcionales que originaron la declaratoria del estado de conmoción interior, (iii) señala el límite temporal de la vigencia del estado de excepción, (iii) indique el lapso durante el cual se hará uso de as facultades extraordinarias y,(iv) determine el ámbito territorial que cobija la declaratoria.

El examen de los requisitos materiales es mucho más complejo pues implica el análisis de los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción a la luz del artículo 215 constitucional. Se debe constatar por lo tanto que la situación invocada para la adopción de la medida excepcional se trate de una perturbación o una amenaza de perturbación grave e inminente del orden social, económico o ecológico o de una grave calamidad pública que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de estatales.

En esa medida, el examen de los requisitos materiales comprende el estudio del (i) presupuesto fáctico, (ii) el presupuesto valorativo y (iii) el juicio de suficiencia sobre las medidas ordinarias, los cuales serán descritos a continuación.

1. El presupuesto fáctico. Según el tenor literal del artículo 215 constitucional el estado de conmoción interior requiere se declarará "cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 constitucional que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico o que constituyan grave calamidad pública".

El presupuesto fáctico es susceptible de un juicio objetivo de existencia por parte del juez constitucional, quien debe determinar si los hechos invocados tuvieron ocurrencia. Se tiene entonces que la metodología que debe ser empleada es una verificación positiva de los hechos, por lo tanto, si efectivamente ocurrieron, el juicio objetivo de existencia se resuelve de manera positiva y en consecuencia la declaratoria del estado de conmoción interior, en lo atinente a ese primer presupuesto, es legítima; empero si el presupuesto fáctico no ha tenido lugar, esta primera constatación será negativa y en ausencia de ese presupuesto, la declaratoria deviene en inconstitucional.

Empero encuentra esta Corporación que el presupuesto fáctico no se agota con el examen de ocurrencia de los hechos, sino adicionalmente con la constatación de su carácter sobreviniente. Esta segunda consideración se desprende del tenor literal del artículo 215 constitucional, disposición que textualmente señala "cuando sobrevengan hechos (…)". El juicio sobre el carácter sobreviniente los hechos invocados tiene también un carácter objetivo, pues supone verificar si éstos tienen un carácter anormal y excepcional, tal como ha determinado la jurisprudencia de esta Corporación. No se confunde, por otra parte, con el presupuesto valorativo que será expuesto en el acápite siguiente de esta providencia porque no significa un examen sobre el juicio valorativo del Presidente de la República sobre la gravedad de la perturbación del orden público, tampoco implica un juicio sobre la suficiencia de las facultades ordinarias en cabeza del Presidente para conjurar la crisis.

El hecho sobreviniente que habilita al Presidente para apelar a las facultades especiales que se derivan de la declaración de emergencia, no puede, en consecuencia, ser de cualquier naturaleza. Desde distintos aspectos la Constitución Política y la ley estatutaria, lo califican. En realidad, no podía ser de otra manera si se repara en los efectos jurídicos que se asocian al mismo, los que tienen que ver con la temporal asunción de la función legislativa por parte del Gobierno y el virtual poder que de ello se sigue para restringir las libertades y garantías constitucionales. El estado de

emergencia puede, en este sentido, autorizar al ejecutivo a regular materias íntimamente ligadas a la representación política y a la deliberación democrática, como son las relativas al presupuesto y a la imposición de tributos.

2. Se comprende que sólo ante hechos sobrevinientes de carácter extraordinario cuyos efectos perturbadores o amenazantes del orden económico, social o ecológico, sean graves e inminentes, y que no puedan enfrentarse mediante los poderes ordinarios del Estado, se pueda acudir al método excepcional de gobierno monocrático de la economía que se conoce con el nombre de estado de emergencia (negrillas añadidas).

Adicionalmente, como se desprende de la anterior trascripción, los hechos sobrevinientes han de ser extraordinarios. Esta segunda consideración se desprende de una lectura sistemática del artículo 2º de la LEEE al igual que del alcance de los principios de necesidad y proporcionalidad a los cuales previamente se hizo alusión. En efecto a la luz del artículo 2º de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción el uso de las facultades excepcionales está condicionado a la existencia de circunstancias extraordinarias que no puedan ser atendidas mediante los poderes ordinarios del Estado. El juicio sobre el carácter extraordinario de los hechos invocados tiene también un carácter objetivo, pues supone verificar si éstos tienen un carácter anormal y excepcional, tal como ha determinado la jurisprudencia de esta Corporación30. No se confunde, por otra parte, con el presupuesto valorativo que será expuesto en el acápite siguiente de esta providencia porque no significa un examen sobre el juicio valorativo del Presidente de la República sobre la gravedad de la perturbación del orden público, tampoco implica un juicio sobre la suficiencia de las facultades ordinarias en cabeza del Presidente para conjurar la crisis.

Por último, de conformidad con lo señalado en el artículo 215 constitucional los hechos invocados para declarar el estado de emergencia económica, social y ecológica deben ser distintos a los que dan lugar a la declaratoria del estado de guerra exterior o al estado de conmoción interior.

Ahora bien, mientras que la diferenciación de los supuestos fácticos que dan lugar a la declaración del estado de guerra exterior y del estado de emergencia económica, social o ecológica son fácilmente diferenciables, en la medida que el hecho generador del primero es la agresión de una potencia extranjera; la diferenciación entre los hechos generadores del estado de conmoción interior y el estado de emergencia económica, social o ecológica no resulta tan sencilla porque como es sabido el concepto de orden público -cuya alteración es el presupuesto para la declaratoria del estado de conmoción interior- comprende también elementos relacionados con la conservación del orden económico y social propios de la emergencia económica y social.

Piénsese por ejemplo en la situación generada por el cese de actividades de los servidores públicos, la cual ha sido considerada por el Gobierno Nacional como supuesto fáctico generador de la declaratoria del estado de emergencia social (Decreto 333 de 1992) y de la declaratoria del estado de conmoción interior (Decreto 3929 de 2008). En esa medida considera esta Corporación que en este apartado también ha de serle reconocido un margen de apreciación al Presidente de la República para evaluar cual

es el estado de excepción que se ajusta de mejor manera a la situación fáctica que se presenta, sin que en todo caso se trate de una facultad discrecional.

2. El presupuesto valorativo está previsto por la misma disposición constitucional cuando más adelante señala que los hechos deben perturbar o amenazar de forma "grave e inminente" el orden económico, social o ecológico o deben constituir una grave calamidad pública.

Se tiene entonces que cualquier perturbación del orden económico, social o ecológico o que cualquiera calamidad pública no da lugar a la declaratoria de un estado de emergencia, pues según el tenor literal del precepto constitucional ésta ha de ser grave. Atribuirle esta especial calificación no corresponde al ejercicio discrecional de una atribución presidencial pues debe corresponder a una percepción objetiva de la intensidad de la perturbación.

Adicionalmente, la perturbación o amenaza debe ser inminente, de manera que no ha de tratarse de un peligro eventual o remoto para los bienes protegidos por el artículo 215 constitucional sino de un riesgo efectivo que puede materializarse en cualquier momento, de un peligro potenciado por su inmediatez temporal.

A pesar de tratarse de un presupuesto valorativo, ello no impide que la valoración pueda ser objeto de un juicio objetivo que permita determinar si fue arbitraria o fruto de un error manifiesto. Es decir, el hecho que se trate de un presupuesto valorativo no impide su ponderación a partir de las implicaciones objetivas del presupuesto fáctico que generó la declaratoria y de las necesidades de protección que demande el orden económico, social o ecológico. Bajo este marco, el presupuesto valorativo del estado de emergencia da lugar a que juez constitucional realice un juicio objetivo de ponderación con el objeto de determinar si la valoración realizada por el Presidente de la República de la gravedad de los hechos es o no arbitraria y si en ella incurrió o no en un error manifiesto de apreciación.

3. El último presupuesto material es el juicio sobre la suficiencia de las medidas ordinarias. Este presupuesto se desprende de los principios de necesidad y de proporcionalidad contenidos en la LEEE, y ha sido ampliamente reconocido por la jurisprudencia constitucional.

Conforme con este presupuesto sólo se puede acudir al estado de emergencia cuando las herramientas jurídicas ordinarias a disposición de las autoridades estatales no permitan conjurar la grave perturbación del orden económico, social o ecológico.

No basta entonces, para la declaratoria del estado de emergencia la ocurrencia de hechos graves, pues como ha señalado esta Corporación: "[s]e comprende que sólo ante hechos sobrevinientes de carácter extraordinario cuyos efectos perturbadores o amenazantes del orden económico, social o ecológico, sean graves e inminentes, y que no puedan enfrentarse mediante los poderes ordinarios del Estado, se pueda acudir al método excepcional de gobierno monocrático de la economía que se conoce con el nombre de estado de emergencia" (negrillas añadidas).

Corresponde por lo tanto al Presidente apreciar la suficiencia o insuficiencia de las atribuciones de las entidades estatales para conjurar la crisis. Sin embargo, esa facultad no es absoluta ni arbitraria ya que debe sujetarse al marco normativo de los estados de excepción, conformado por la Constitución Política, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y la Ley Estatutaria sobre los Estados de Excepción.

Se trata, en todo caso, de un análisis global y no detallado de la suficiencia de los poderes ordinarios para conjurar la situación de crisis pues de lo contrario quedaría sin objeto el control que la Corte debe emprender posteriormente sobre cada uno de los decretos legislativos de desarrollo. No es por lo tanto un examen de cada una de las medidas que se anuncien en el decreto declaratorio, sino de determinar, desde el ámbito de validez de ese decreto, si se puede inferir que la crisis no se supera con el solo ejercicio de las atribuciones ordinarias de policía.

6. El examen de constitucionalidad del Decreto 4333 de 2008.

Antes de abordar el examen de constitucionalidad del Decreto 4333 de 2008 es preciso señalar que el estado de emergencia social fue declarado por un período de treinta (30) días el cual ya expiró, empero lo anterior no tiene como consecuencia que esta Corporación haya perdido competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad del decreto mediante el cual se declaró el estado de emergencia social o sobre los decretos legislativos mediante los cuales se adoptaron medidas para conjurar las circunstancias extraordinarias.

En efecto, baste recordar que las medidas adoptadas en virtud de la declaratoria del estado de emergencia social aún están vigentes y tienen vocación de vigencia temporal permanente, por lo tanto esta Corporación conserva su competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad del Decreto 4333 de 2008.

6.1. El examen de los requisitos formales de la declaratoria del estado de conmoción interior.

El Decreto 4333 de 2008 reúne los requerimientos formales exigidos por el artículo 215 de la Constitución y por la LEEE para la declaratoria del estado de emergencia social.

En efecto, el decreto consigna en su parte considerativa las razones que dieron lugar a declarar el estado de emergencia social, cumple por lo tanto con el requisito constitucional según el cual la adopción de esta medida excepcional debe ser motivada. Igualmente, lleva la firma del Presidente de la República y de todos los ministros. También señala el ámbito territorial de la declaratoria pues indica que el estado de conmoción interior se decreta en todo el territorio nacional. Finalmente, el artículo 1° del Decreto establece el período para el cual se declaró, el cual se ajusta al término límite de 30 días permitido para el efecto por el artículo 215 de la Carta Política. Adicionalmente, el Gobierno en el artículo 2º del señala el término por el cual hará uso de las facultades extraordinarias a que se refiere el artículo 215 constitucional.

6.2. La verificación de la notificación de la declaración del estado de emergencia social.

Mediante sendas comunicaciones dirigidas al Secretario General de las Naciones Unidas y al Secretario General de la Organización de estados Americanos el Presidente de la República dio cumplimiento a la obligación señalada en la LEEE.

6.3. Examen de los presupuestos materiales.

El Decreto 4333 de diecisiete (17) de noviembre de 2008 está conformado por un parte motiva integrada por 15 considerandos, no numerados, y por una parte resolutiva integrada por tres artículos.

A continuación se agrupan en un cuadro, precedidos por el ordinal correspondiente, los considerandos inherentes a la motivación del Decreto y la clasificación que de cada uno de ellos puede hacerse teniendo en cuenta los presupuestos materiales de la declaratoria del estado de emergencia social:

Presupuesto fáctico

Presupuesto valorativo

Juicio de suficiencia de las medidas ordinarias de policía

3. Han venido proliferando de manera desbordada en todo el país, distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados bajo sofisticados sistemas que han dificultado la intervención de las autoridades

5. Tales actividades llevan implícito un grave riesgo y amenaza para los recursos entregados por el público, toda vez que no están sujetas a ningún régimen prudencial y carecen de las garantías y seguridades que ofrece el sector financiero autorizado por el Estado

8. Frente a la presencia de dichos captadores o recaudadores de dineros del público en distintas regiones del Territorio Nacional, mediante operaciones no autorizadas se han adoptado acciones y medidas por parte de distintas autoridades judiciales y administrativas

4. Con base en las falsas expectativas generadas por los inexplicables beneficios ofrecidos, un número importante de ciudadanos ha entregado sumas de dinero a captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas, y han comprometido su patrimonio

6. Con dichas modalidades de operaciones, se generan falsas expectativas en el público en general, toda vez que no existen negocios lícitos cuya viabilidad financiera pueda soportar de manera real y permanente estos beneficios o rendimientos, y en tal sentido los niveles de riesgo asumidos están por fuera de toda razonabilidad financiera

9. Se hace necesario adoptar procedimientos ágiles, mecanismos abreviados y demás medidas tendientes, entre otras, a restituir a la población afectada por las mencionadas actividades, especialmente a la de menores recursos, los activos que sean

recuperados por las autoridades competentes

10. Las actividades no autorizadas han dejando a muchos de los afectados en una precaria situación económica, comprometiendo así la subsistencia misma de sus familias, lo cual puede devenir en una crisis social.

12. Dada la especial coyuntura que configuran los hechos sobrevinientes descritos, que están amenazando con perturbar en forma grave el orden social, se hace necesario contrarrestar esta situación en forma inmediata

8. Frente a la presencia de dichos captadores o recaudadores de dineros del público en distintas regiones del Territorio Nacional, mediante operaciones no autorizadas se han adoptado acciones y medidas por parte de distintas autoridades judiciales y administrativas

11. Las actividades no autorizadas han dejando a muchos de los afectados en una precaria situación económica, comprometiendo así la subsistencia misma de sus familias, lo cual puede alterar el orden público

13. Se hace necesario ajustar las consecuencias punitivas de los comportamientos

14. Se hace necesario profundizar los mecanismos de acceso para las personas de bajos recursos al sistema financiero

15. Se hace necesario dotar a las autoridades locales de mecanismos expeditos con miras a evitar la pérdida de los recursos que puedan afectar el interés de la comunidad

Como puede advertirse, en los considerandos 3, 4 y 7 se indican los hechos generadores de la perturbación del orden social y en razón de los cuales se declara el estado de conmoción interior; en los considerandos 5, 6, 10 y 11 se hacen manifestaciones fruto de la valoración que de esos hechos ha realizado el Presidente de la República y, finalmente, en los considerandos 8, 9, 12, 13, 14 y 15 se hace referencia a la insuficiencia de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales para contrarrestar la alteración del orden público.

Dentro de la anterior tabla no fueron incluidos los considerandos 1 y 2 del Decreto 4333 de 2008 porque simplemente son una reiteración de los artículos 215 y 335 constitucionales.

A continuación se analizará si los motivos invocados en el decreto se ajustan a los presupuestos materiales constitucionalmente establecidos para la declaratoria del Estado de conmoción interior.

6.4.1. Presupuesto fáctico

6.4.1.1. Determinación de los hechos invocados.

Inicialmente se precisará cuales fueron los hechos invocados en el Decreto 4333 de 2008

para justificar la declaratoria del estado de conmoción interior. De acuerdo con los considerandos antes anotados la perturbación del orden público que dio lugar a la declaratoria del estado de emergencia social se originó en los siguientes hechos:

1. Han venido proliferando de manera desbordada en todo el país, distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados bajo sofisticados sistemas que han dificultado la intervención de las autoridades (considerando 3).

2. Con base en las falsas expectativas generadas por los inexplicables beneficios ofrecidos, un número importante de ciudadanos ha entregado sumas de dinero a captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas, y han comprometido su patrimonio (considerando 4).

3. La inclinación de muchos ciudadanos por obtener beneficios desorbitados, los ha llevado a depositar sus recursos en estas empresas cuyas operaciones se hacen sin autorización, desconociendo las reiteradas advertencias del Gobierno Nacional (considerando 7).

De la anterior presentación se despende que los hechos contenidos en los considerandos 4 y 7 son muy similares por tal razón serán examinados de manera conjunta.

Determinados, entonces, los hechos a los que remite el presupuesto fáctico considerado por el Presidente de la República para la declaratoria del estado de emergencia social, procede la Corte a realizar sobre ellos el juicio de existencia correspondiente.

6.4.1.2. Verificación de la ocurrencia de los hechos.

En este numeral se determinará la efectiva ocurrencia de los hechos invocados por el Presidente de la República.

El primer hecho invocado es que han venido proliferando de manera desbordada en todo el país, distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados bajo sofisticados sistemas que han dificultado la intervención de las autoridades. Este hecho resulta corroborado por la información aportada por distintas autoridades públicas, así por ejemplo según el informe de la Superintendencia de Sociedades a dieciséis (16) de enero de 2009, se han intervenido con la medida de toma de posesión 56 personas jurídicas y 82 personas naturales que desarrollaban actividades de captación de recursos del público no autorizadas. En el mismo sentido el Ministerio del Interior y de Justicia y el Ministerio de hacienda y Crédito Público hacen referencia a datos aportados por la Policía Nacional según los cuales en el mes de noviembre de 2008 se cerraron en todo el país 68 establecimientos dedicados a la captación no autorizada de recursos del público.

Otros hechos invocados hacen referencia a que un número importante de ciudadanos ha entregado sumas de dinero a captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas, y han comprometido su patrimonio. Según la información aportada por la Superintendencia de Sociedades, ante esta entidad se habían presentado 621.765 reclamaciones por un

valor de $708.271.103.030 pesos. Igualmente la Fiscalía informa que el total de los recursos captados ilegalmente ascendía la suma $322.894 millones de pesos y el número de personas afectadas era de trescientas treinta y ocho quinientas cuatro (338.504). Cualquiera que sean las cifras que se acojan se tiene que un número significativo de habitantes había entregado sus recursos a los captadores ilegales y que igualmente el monto de los recursos en riesgo era muy considerable.

De lo anterior resulta que todos los hechos invocados para justificar la declaratoria del estado de emergencia social pueden ser corroborados por las pruebas allegadas al expediente.

6.4.1.3. Carácter extraordinario de los hechos invocados en el Decreto 3929 de 2008.

Como antes se consignó de la interpretación sistemática de los artículo 215 constitucional y el artículo 2º de la LEEE se desprende que los hechos invocados en la declaratoria de un estado de emergencia social deben tener la doble calificación de sobrevivientes y extraordinarios.

De los hechos anteriormente constatados, tanto la proliferación de distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizados, como la circunstancia fáctica que un número importante de ciudadanos haya entregado cuantiosas sumas de dinero a captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas, y de esta manera haya comprometido su patrimonio, tienen el carácter de sobreviniente y extraordinario.

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

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

palabras, el esquema piramidal de funcionamiento de los sistemas de captación masiva e ilegal de recursos del público, propició que un número cada vez mayor de personas y de ahorros se viera incorporado a tales esquemas, lo que le confirió un carácter excepcional a la situación.

Las anteriores razones son suficientes para considerar que los hechos invocados para justificar la declaratoria del estado de excepción tenían el carácter de sobrevinientes y extraordinarios.

6.4.1.4. Los hechos invocados son distintos a los previstos en los artículos 212 y 213 constitucional.

En el caso concreto los hechos invocados guardan todos relación con la captación masiva y habitual de los recursos del público, adelantada por personas naturales y jurídicas no autorizadas, estos hechos claramente no encajan dentro de los supuestos fácticos de la declaratoria del estado de guerra exterior porque no se relacionan con un conflicto armado internacional o con la agresión de una potencia extranjera. Igualmente aunque la actividad de los captadores ha generado disturbios públicos y hechos violentos, razón por la cual podría argumentarse que la medida excepcional adoptada debió ser la declaratoria del estado de conmoción interior, ha de tenerse presente que los hechos generadores consistieron en la actividad de captación masiva y habitual no autorizada de los recursos públicos y no los disturbios y asonadas causados por tal actividad, razón por la cual la decisión de acudir al estado de emergencia social para conjurar la crisis no resulta manifiestamente errada o arbitraria.

6.4.2. Presupuesto valorativo.

Una vez determinados los hechos aludidos para justificar la declaratoria del estado de emergencia social y verificada su ocurrencia, de conformidad con el esquema de análisis propuesto en la presente decisión, debe examinarse el presupuesto valorativo de la declaratoria. Como antes se dijo este presupuesto gira en torno a la figura del margen de apreciación del Presidente sobre la gravedad de la perturbación o la amenaza de perturbación del orden social suscitada por los hechos invocados. Corresponde entonces a esta Corporación determinar cuales fueron las razones expuestas para calificar las circunstancias fácticas generadoras de la crisis y luego ponderar si se incurrió en una apreciación arbitraria o en un error manifiesto al realizar tal valoración.

6.4.2.1. Determinación.

La valoración realizada por el Presidente de la República sobre la intensidad y las consecuencias de la perturbación al orden social se evidencia en las siguientes afirmaciones que se hacen en la motivación del decreto declaratorio y que se presentan como implicaciones de tal alteración:

1. Las actividades de captación no autorizada llevan implícito un grave riesgo y amenaza para los recursos entregados por el público, toda vez que no están sujetas a

ningún régimen prudencial y carecen de las garantías y seguridades que ofrece el sector financiero autorizado por el Estado.

2. Con dichas modalidades de operaciones, se generan falsas expectativas en el público en general, toda vez que no existen negocios lícitos cuya viabilidad financiera pueda soportar de manera real y permanente estos beneficios o rendimientos, y en tal sentido los niveles de riesgo asumidos están por fuera de toda razonabilidad financiera.

4. Muchos de los afectados por la captación ilegal quedaron en una precaria situación económica, comprometiendo así la subsistencia misma de sus familias, lo cual puede alterar el orden público.

Como puede observarse la valoración expuesta en el decreto gravita esencialmente sobre dos ejes principales: (i) las operaciones de captación no autorizada suponen un grave riesgo para los recursos entregados por el público y (ii) las actividades de captación masiva y habitual no autorizada han afectado a muchas personas lo que puede provocar una inminente crisis social y ocasionar inminentes perturbaciones del orden público.

6.4.2.2. Ponderación de la valoración de los hechos contenida en el Decreto 4333 de 2008.

En primer lugar se analizará si la valoración contenida en el Decreto 4333 de 2008 en el sentido que las operaciones de captación masiva y habitual que motivaron la declaratoria del estado de emergencia social suponen una grave perturbación del orden social resulta manifiestamente errada o arbitraria y; en segundo lugar, si la valoración que las actividades de captación masiva y habitual han afectado a muchas personas razón por la cual implicaban una inminente alteración del orden social y del orden público resulta manifiestamente errada o arbitraria.

Sobre el primer extremo cabe señalar que la valoración presidencial sobre la gravedad de la perturbación del orden social no resulta errada por las dimensiones que el fenómeno había alcanzado. En efecto, aunque la Fiscalía y la Superintendencia de sociedades presentan datos discordantes sobre el monto de los recursos captados, éstos en todo caso eran superiores a 300.000 millones de pesos, cifra que por sí sola refleja la gravedad alcanzada por la situación. Igualmente el número de personas involucradas, más de 400.000 depositantes, también permite calificar la situación como grave. En otras palabras la sola dimensión cuantitativa del fenómeno de la captación ilegal permite apreciar su gravedad.

Adicionalmente según la valoración presidencial la situación era grave porque los recursos captados del público estaban en riesgo, estimación que tampoco resulta errada o arbitraria, pues se trataba de una suposición fundamentada en distintas apreciaciones consignadas en la parte motiva del decreto: (i) los recursos depositados en los esquemas de captación ilegal carecen de las garantías y seguridades que ofrece el sector financiero autorizado por el Estado, (ii) no existen negocios lícitos cuya viabilidad financiera pueda soportar de manera real y permanente los beneficios o rendimientos ofrecidos a los depositantes.

Por otra parte de conformidad con los informes relacionados en el acápite probatorio la perturbación del orden social y del orden público no era inminente sino que ya se comenzaba a concretar en malestar social, asonadas, hechos violentos y disturbios. Baste citar aquí la descripción del Ministerio del Interior y de Justicia de la situación anterior a la declaratoria:

* En nueve municipios se habían adoptado medidas de excepción para conservar el orden público como el toque de queda (Villagarzón y Mocoa, en Putumayo; Pasto y Tumaco, en Nariño; Florida, Buga y Caicedonia en el Valle; Santander de Quilichao y Popayán en Cauca).

* Se habían presentado marchas, protestas con disturbios y asonada en Pasto, Tuluá, Buga, Caicedonia, Santander de Quilichao, Popayán y en Sibundoy (Putumayo).

* Se habían presentado disturbios de menor entidad en quince ciudades importantes entre las cuales se cuentan Neiva, Armenia, Ibagué, Pereira, Cúcuta, y en municipios pequeños tales como Tangua, Túquerres y Ricaurte en el departamento de Nariño.

* Los departamentos más afectados por alteraciones al orden público fueron los de Nariño, Putumayo, Valle, Cauca y Putumayo. En Nariño en la ciudad de Pasto se decretó el toque de queda y en el municipio de Ricaurte los manifestantes bloquearon la carretera al mar. En los trece municipios del Putumayo se decretó el toque de queda, la ley seca y restricción al porte de armas, además se incendiaron vehículos en Orito y Sibundoy, los manifestantes intentaron atacar el Comando de policía de Mocoa. En el Cauca donde se decreto el toque de queda en Popayán y en Santander de Quilichao. En el Valle en los municipios de Caicedonia, Buga y Florida se decretó el toque de queda, en este último municipio los manifestantes retuvieron a trabajadores de D. R. F E.

No resulta por lo tanto errada ni manifiestamente arbitraria la apreciación que la actividad de captación masiva y habitual de los recursos del público afectaba de manera grave e inminente el orden social del país.

6.4.3. Juicio sobre la suficiencia de los poderes ordinarios de las autoridades estatales.

6.4.3.1. Determinación.

En la parte considerativa del Decreto 4333 de 2008 se consignan las siguientes manifestaciones acerca de la insuficiencia de las competencias de las autoridades estatales para conjurar la crisis ocasionada por la parálisis en la administración de justicia:

1. Las autoridades judiciales y administrativas habían adoptado diferentes medidas contra los captadores o recaudadores no autorizados de dineros del público;

2. No obstante, era necesario adoptar procedimientos ágiles, mecanismos abreviados

y demás medidas tendientes, entre otras, a restituir a la población afectada por las mencionadas actividades, especialmente a la de menores recursos, los activos que sean recuperados por las autoridades competentes;

3. Que dada la especial coyuntura que configuran los hechos sobrevinientes descritos, que están amenazando con perturbar en forma grave el orden social, se hace necesario contrarrestar esta situación en forma inmediata;

4. Que se hace necesario ajustar las consecuencias punitivas de los comportamientos señalados en el presente decreto;

5. Que se hace necesario profundizar los mecanismos de acceso para las personas de bajos recursos al sistema financiero;

6. Que se hace necesario dotar a las autoridades locales de mecanismos expeditos con miras a evitar la pérdida de los recursos que puedan afectar el interés de la comunidad.

Como puede observarse el punto de partida de las consideraciones anteriores es que las autoridades administrativas y judiciales estaban actuando dentro del marco de sus competencias pero que éstas resultaban insuficientes para resolver la crisis generada por la proliferación de los captadores ilegales, razón por la cual era necesario adoptar mecanismos que permitieran contrarrestar de forma inmediata la situación.

6.4.3.2. Ponderación.

Para realizar el juicio de ponderación sobre la valoración presidencial sobre la suficiencia de los medios ordinarios es necesario describir el marco normativo que regulaba las competencias de las entidades administrativas y judiciales para combatir la captación ilegal.

Adicionalmente en virtud del artículo 82 y siguientes de la Ley 222 de 199536 y del artículo 2º del Decreto Ley 1080 de 199637, la Superintendencia de Sociedades ejerce el control subjetivo de las sociedades comerciales dirigido a la verificación de mínimos legales en materia de constitución, funcionamiento, estados financieros y situación económica de las empresas. En ejercicio de las facultades de supervisión la Superintendencia tiene atribuciones para verificar que las empresas no ejerzan actividades ajenas a su objeto social. En esa medida dicha entidad aunque no estaba facultada expresamente para investigar y sancionar la captación masiva y habitual por parte de sociedades comerciales no autorizadas –porque la Superintendencia de Sociedades carece de competencias para ejercer el control respecto de personas naturales- podía en todo caso ejercer controles para que la actividad de las sociedades comerciales se ajustara a sus estatutos y llevaran en debida forma la información contable y financiera.

Finalmente, algunos enunciados normativos contenidos en el Código Nacional de Policía, en el Decreto 522 de 1970 y en el Código de Régimen Municipal podían ser interpretados en el sentido que asignaban a los alcaldes competencias para controlar la captación no autorizada de recursos del público, sobre todo cuando estas actividades eran

desarrolladas por personas naturales mediante establecimientos de comercio. Se puede citar el artículo 82 de Código Nacional de Policía precepto según cuyo tenor los jefes de policía pueden dictar mandamiento escrito para el registro y allanamiento de domicilio de sitios abiertos al público para obtener pruebas sobre la existencia de casa de juego o de establecimientos que funcionen contra la ley o el reglamento. También los artículos 30 y 57 del Decreto 522 de 1971 que adicionan el Código Nacional de Policía, el primero de los cuales establece como contravención especial ejercer ilegalmente profesión u oficio y sanciona esta conducta con arresto de uno a doce meses, mientras que el segundo prevé como contravención especial, sancionable con pena de arresto, abusar con fines de lucro de la ignorancia, la superstición o la credulidad ajena. Finalmente de conformidad con el numeral 10 del artículo 132 del Código de Régimen Municipal a los alcaldes les compete inspeccionar con frecuencia los establecimientos públicos de los municipios para que marchen con regularidad. Empero, es menester señalar que se trata en todo caso de disposiciones que no establecen competencias claras y expresas en la materia, razón por la cual tendrían que ser objeto de interpretaciones extensivas para ser consideradas como fundamento de la competencia de las autoridades locales para intervenir, controlar y sancionar la captación no autorizada, interpretaciones extensivas que como es sabido enfrentan serios reparos constitucionales debido al alcance del principio de legalidad en materia de potestad sancionadora de la administración.

Por otra parte correspondía a las autoridades judiciales perseguir el ejercicio ilegal de la captación de recursos del público, conducta tipificada como un delito económico en el ordenamiento jurídico colombiano desde la expedición del Decreto 2920 de 1982 el cual proscribió la conducta de captar dineros del público, en forma masiva y habitual, sin contar con la previa autorización de la autoridad competente38. Posteriormente mediante el Decreto 3227 del mismo año se preciso el alcance del concepto de "captación masiva y habitual" en el sentido que se trataba de dineros recibidos "a título de mutuo o a cualquier otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes y servicios". Ante el surgimiento de nuevas modalidades delictivas relacionadas con la captación ilegal de dineros, el Decreto 1981 de 198839 complementó el tipo penal antes descrito al definir de manera más precisa cuales eran las conductas que configuraban la captación ilegal.

Esta última disposición era aplicada tanto por la Superintendencia Financiera como por los fiscales y los jueces penales de conocimiento para investigar y sancionar, administrativa y penalmente, la captación ilegal, por tratarse de la disposición jurídica vigente que definía los alcances de esta actividad. En esa medida para poder demostrar la responsabilidad administrativa o penal era necesario acreditar: (i) el elemento subjetivo, según el cual para que se verifique la conducta sancionable los dineros recibidos deben provenir de terceros y no de personas que estén vinculadas íntimamente con el captador o que tengan una relación de confianza con el receptor de los dineros; (ii) el elemento objetivo exige que los dineros sean recibidos a título de mutuo, de mandato, de operaciones de reporto, o de cualquier otro negocio jurídico sin que exista la obligación por parte del captador de suministrar al depositario de los recursos bienes o servicios como contraprestación del dinero recibido; (iii) un elemento cuantitativo de conformidad con el cual el pasivo para con el público del captador estuviera compuesto por obligaciones

con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta (50) obligaciones contraídas directamente o a través de interpuesta persona, o que el captador hubiera celebrado en un período de tres (3) meses consecutivos más de veinte (20) contratos de 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; (iv) un elemento cuantitativo y operacional de conformidad con el cual se requiere que las operaciones de captación de recursos sobrepasa el 50% del patrimonio líquido del captador o receptor de los dineros.

Descrito el marco jurídico vigente al momento de la declaratoria del estado de emergencia social se podría argumentar que en el ordenamiento jurídico existían suficientes mecanismos en cabeza tanto de autoridades administrativas como judiciales para conjurar la crisis originada por la captación masiva y habitual realizada por parte de personas jurídicas y naturales no autorizadas. No obstante, cobran aquí importancia otros argumentos esgrimidos por el Gobierno Nacional, el aparte motiva del Decreto 4333 de 2008, para justificar la insuficiencia de los poderes estatales ordinarios: (i) la afirmación que las modalidades de captación y recaudo masivo de dineros del público operaban bajo sofisticados sistemas que dificultaban la actuación de las autoridades, (ii) la necesidad de establecer una legislación especial que regulara el procedimiento de devolución de los dineros captados, (iii) la necesidad de ajustar las consecuencias punitivas de los comportamientos señalados en el presente decreto; (iv) la necesidad de profundizar los mecanismos de acceso para las personas de bajos recursos al sistema financiero y (v) la necesidad de dotar a las autoridades locales de mecanismos expeditos con miras a evitar la pérdida de los recursos que puedan afectar el interés de la comunidad.

En efecto, aunque cada una de estas razones será examinada a continuación, en general todas apuntan a la misma dirección: señalar la insuficiencia de la legislación vigente al momento en que se adopta la medida excepcional para conjurar la grave perturbación al orden social causada por la masiva captación ilegal. Nótese que el decreto contiene una valoración cualitativa, pues se reconoce que existen medios ordinarios pero se afirma que estos no son suficientes para conjurar la grave perturbación del orden público.

Respecto del primer argumento consistente en que la sofisticación de los medios empleados por los captadores dificultaba la actuación de las autoridades estatales, aunque el Decreto 4333 de 2008 no explica en que estriba la susodicha sofisticación este extremo ha sido ampliamente explicado por los intervinientes y en los informes relacionados en el acápite probatorio. Así, en el informe presentado por el Superintendente Financiero se expone que los mecanismos empleados por los captadores para ocultar sus operaciones eran en extremo sofisticados, creados precisamente para eludir la definición de captación ilegal contenida en el Decreto 1981 de 1988. De conformidad con esta normativa para que se configure la captación ilegal es preciso que los dineros se reciban sin tener como contraprestación el suministro de bienes o servicios, razón por la cual los captadores no autorizados acudieron a figuras tales como la venta de programas o proyectos turísticos, la venta de tarjetas prepago, la promoción o publicidad voz a voz, los contratos de cuentas en participación, la venta de proyectos turísticos e inmobiliarios, entre otras.

De este modo la sofisticación de los medios empleados consistía precisamente en acudir a sistemas ideados especialmente para engañar el público, disfrazar la actividad de captación y dificultar la labor de control estatal. Se diseñaron formas contractuales atípicas que permitían encubrir la real naturaleza del recaudo de dineros del público, a la vez que mediante expertos asesores legales se defendían interpretaciones poco ortodoxas del ordenamiento jurídico para darle un manto de legalidad a la actividad de las empresas captadoras. También se crearon empresas fachadas debidamente registradas en la cámara de comercio con objetos societarios vagos e indefinidos que permitían difuminar las operaciones de captación. La sofisticación de los medios empleados hacía necesaria la adopción de mecanismos de excepción que permitieran enfrentar la captación masiva no autorizada, valoración que a juicio de esta Corporación no resulta manifiestamente errada ni arbitraria.

En segundo lugar se afirma en el Decreto 4333 de 2008 que era necesario diseñar procedimientos ágiles para la devolución de los dineros recuperados una vez fueran intervenidos los captadores, este segundo extremo también ha sido aclarado por los numerosos informes e intervenciones presentados, en los cuales se ha destacado que según el artículo 19 de la Ley 35 de 1993, reglamentado por el Decreto 1228 de 1996, las autoridades competentes para la devolución de los dineros recuperados por operaciones de captación no autorizada eran los jueces de circuito, los cuales actuaban según el procedimiento señalado por el Título II del Libro sexto del Código de Comercio. Se argumenta entonces que este procedimiento no era efectivo por su larga duración cuando se trataba de devoluciones masivas, debido a reclamaciones presentadas por miles de depositantes, valoración que a juicio de esta Corporación no resulta manifiestamente errada ni arbitraria.

El argumento según el cual era necesario ajustar las consecuencias punitivas previstas para la captación masiva no autorizada de los recursos del público no será analizado en la presente decisión pues será objeto de examen en las providencias que se ocupen de los decretos legislativos mediante los cuales se adoptaron medidas de naturaleza penal.

Los otros dos argumentos empleados por el ejecutivo para sustentar el juicio valorativo sobre la insuficiencia de la legislación ordinaria son la necesidad de profundizar los mecanismos de acceso para las personas de bajos recursos al sistema financiero y la necesidad de dotar a las autoridades locales de mecanismos expeditos con miras a evitar la pérdida de los recursos que puedan afectar el interés de la comunidad. Ninguna de esta valoraciones sobre la insuficiencia de los mecanismos ordinarios resulta manifiestamente errada o arbitraria, porque por una parte, no carece de asidero razonar que la población más pobre resulta más afectada con la pérdida de los recursos invertidos en actividades de captación no autorizadas, en esa medida aunque ya existieran en el ordenamiento jurídico mecanismos dirigidos a facilitar su acceso al sistema financiero, éstos en todo caso resultarían insuficientes para atender la especial coyuntura que genero la declaratoria de la emergencia social. Por otra parte, como previamente se señaló la legislación ordinaria vigente no establecía competencias claras en cabeza de las autoridades locales para perseguir la captación ilegal, de manera tal que la insuficiencia de los medios ordinarios en este caso parece evidente.

Por las anteriores razones encuentra esta Corporación que el juicio valorativo sobre la suficiencia de los poderes ordinarios en cabeza de las autoridades estatales no resulta manifiestamente errado o arbitrario y en consecuencia la declaratoria del estado de emergencia social se ajusta a los requisitos materiales establecidos en la Constitución, la LEEE y los tratados internacionales de derechos humanos.

7. Conclusión

1. Del análisis del presupuesto fáctico se concluye que se logró acreditar la ocurrencia de los hechos, su carácter sobreviniente y extraordinario y que no correspondían a los presupuestos para la declaratoria del estado de guerra exterior o de conmoción interior.

2. Del examen del presupuesto valorativo del Decreto 4333 de 2008 se tiene que no se incurrió en un error manifiesto o en una valoración arbitraria cuando se consideró que la perturbación ocasionada por las actividades de captación no autorizada de los recursos del público afectaba de manera grave e inminente el orden social.

3. La valoración sobre la suficiencia de los medios ordinarios en cabeza de los poderes estatales no fue manifiestamente errada o arbitraria.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Declarar exequible el Decreto 4333 de 2008 “por medio del cual se declara el estado de emergencia social”.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

Con Salvamento de Voto

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Magistrado

MAURICIO GONZALEZ CUERVO Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA Magistrado

CLARA ELENA REALES GUTIERREZ Magistrada (e)

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

IVAN ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General Ad hoc

1 Esta disposición señala:

“Artículo 1° El artículo 1° del Decreto 3227 de 1982, quedará así:

“Artículo 1° 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 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.

“Parágrafo 2. No quedarán comprendidos dentro de los cómputos a que se refiere el presente artículo las operaciones realizadas con el cónyuge o los parientes hasta el 4° grado de consanguinidad, 2° de afinidad y único civil, o con los socios o asociados que, teniendo previamente esta calidad en la respectiva sociedad o asociación durante un período de seis (6) meses consecutivos, posean individualmente una participación en el capital de la misma sociedad o asociación superior al cinco por ciento (5%) de dicho capital.

“Tampoco se computarán las operaciones realizadas con las instituciones financieras definidas por el artículo 24 del Decreto 2920 de 1982″.

2 Esta disposición señala:

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

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.

2. Operaciones prohibidas. Las compañías de compra de cartera (factoring) no podrán

realizar en forma masiva y habitual captaciones de dinero del público.

3. Autorización estatal para desarrollar la actividad aseguradora. Sólo las personas previamente autorizadas por la Superintendencia Bancaria se encuentran debidamente facultadas para ocuparse de negocios de seguros en Colombia. En consecuencia, se prohíbe a toda persona natural o jurídica distinta de ellas el ejercicio de la actividad aseguradora.

Los contratos y operaciones celebrados en contravención a lo dispuesto en este numeral no producirán efecto legal, sin perjuicio del derecho del contratante o asegurado de solicitar el reintegro de lo que haya pagado; de las responsabilidades en que incurra la persona o entidad de que se trate frente al contratante, al beneficiario o sus causahabientes, y de las sanciones a que se haga acreedora por el ejercicio ilegal de una actividad propia de las personas vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

4. Organismos cooperativos que presten servicios de previsión y solidaridad. En ningún caso los organismos de carácter cooperativo que presten servicios de previsión y solidaridad que requieran de una base técnica que los asimile a seguros, podrán anunciarse como entidades aseguradoras y denominar como pólizas de seguros a los contratos de prestación de servicios que ofrecen.

5. Utilización de la palabra ahorros. Ningún banco, individuo, sociedad, compañía colectiva o corporación distinta de una entidad debidamente autorizada para usar la palabra ahorros, podrá hacer uso de las palabras "ahorro" o "ahorros", o sus equivalentes, en sus negocios o poner cualquier aviso o señal escrita que contenga las palabras "ahorro" o "ahorros", o sus equivalentes ni podrá ninguna persona natural o jurídica distinta de una entidad debidamente autorizada solicitar o recibir en forma alguna depósitos de ahorros.

3 Esta disposición señala:

"4o. Facultades de supervisión. La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes facultades de supervisión:

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

4 El inciso en cuestión señala: "La liquidación de operaciones realizadas ilegalmente por personas naturales o jurídicas carentes de autorización para desarrollar actividades exclusivas de instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria, se adelantarán conforme a los procedimientos establecidos en el Título Segundo del Libro Sexto de Código del Comercio. Para este efecto, la Superintendencia Bancaria o el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, según el caso, deberán dar traslado inmediato al

juez competente de los negocios, bienes y haberes de la persona intervenida".

5 Esta disposición prevé lo siguiente: "ARTICULO 1o. Para los efectos del inciso tercero del artículo 19 de la Ley 35 de 1993 y el literal e) numeral 5 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, una vez se ordenen las medidas cautelares previstas en los literales b) y c) del artículo 108 del mismo Estatuto se deberá dar traslado al juez civil del circuito especializado, a falta de éste, al juez civil del circuito que corresponda al domicilio de la persona objeto de las medidas para que adelante la liquidación de operaciones realizadas ilegalmente por personas naturales o jurídicas carentes de autorización para desarrollar actividades excluidas de instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria, conforme al procedimiento establecido en el título II del libro sexto del Código de Comercio y a partir de la entrada en vigencia de la Ley 222 de 1995 conforme al procedimiento señalado en su capítulo III del título II."

6 Antioquia, Boyacá, Caldas, Cundinamarca, Bogotá, Huila, Meta, Nariño, Quindío, Tolima, Valle del Cauca y Putumayo.

7 En la sentencia C-802 de 2002 se hace amplia referencia a las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente en materia de la regulación de los estados de excepción. Se cita por ejemplo el Informe – Ponencia para primer debate en plenaria "Normas de Excepción. El Estado de Sitio y el Estado de Excepción. La Emergencia Económica y Social", preparado por los constituyentes Antonio Navarro Wolff, Antonio Galán Sarmiento, Fabio Villa Rodríguez y José Matías Ortiz, documento en el cual textualmente se afirma: "el estado de excepción no es ni puede ser un estado de hecho. Es una de las expresiones del estado de derecho. Por lo tanto debe ser normado. Tiene como objeto el reforzamiento de la facultad defensiva del Estado para recuperar la normalidad dentro del estado de derecho" Cfr. Gaceta Constitucional No. 76 del 18 de mayo de 1991, páginas 12 a 16. También se hace alusión a la ponencia "Suspensión de Derechos y Libertades en Estado de Excepción" coordinada por el delegatario Jaime Ortiz Hurtado. En este documento se pone de manifiesto la necesaria sujeción de las facultades excepcionales a la intangibilidad de de derechos tales como la vida, la integridad personal, la prohibición de esclavitud y servidumbre, la prohibición de discriminación, el derecho a la personalidad jurídica, los derechos de nacionalidad, los derechos políticos, el principio de legalidad y retroactividad, las libertades de conciencia y de religión, la protección a la familia y los derechos del niño Cfr. Gaceta Constitucional No. 107 del 24 de junio de 2002, páginas 6 y 7.

8 Cfr. Clara Elena Reales Gutiérrez, "El control de los decretos declaratorios de los estados de excepción" en Teoría Constitucional y políticas públicas, Manuel José Cepeda – Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 624.

9 Artículo 212. El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Guerra Exterior. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad. | La declaración del Estado de Guerra Exterior sólo procederá una vez el

Senado haya autorizado la declaratoria de guerra, salvo que a juicio del Presidente fuere necesario repeler la agresión. | Mientras subsista el Estado de Guerra, el Congreso se reunirá con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales, y el Gobierno le informará motivada y periódicamente sobre los decretos que haya dictado y la evolución de los acontecimientos. | Los decretos legislativos que dicte el Gobierno suspenden las leyes incompatibles con el Estado de Guerra, rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad. El Congreso podrá, en cualquier época, reformarlos o derogarlos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara.

10 Artículo 213. En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Conmoción Interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República. | Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos. | Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de Conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El Gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más. | Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del Estado de Conmoción, el Congreso se reunirá por derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales. El Presidente le pasará inmediatamente un informe motivado sobre las razones que determinaron la declaración. | En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar.

11 Articulo 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. | Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. | Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente. | El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término. | El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la

conveniencia y oportunidad de las mismas. | El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo. | El Congreso, si no fuere convocado, se reunirá por derecho propio, en las condiciones y para los efectos previstos en este artículo. | El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia. | El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo. | Parágrafo. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliere con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.

12 Cfr. Clara Elena Reales Gutiérrez., Loc. Cit., p. 633.

13 Así por ejemplo el Decreto 195 de 1999 declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica por grave calamidad pública sólo para los municipios afectados por el terremoto del Eje Cafetero.

14 C-802 de 2002.

15 Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8, párrafo 18.

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.

17 Artículo 27 – Suspensión de garantías:

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la

independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

18 El texto original de la LEEE señalaba también como intangible el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados, sin embargo esta previsión quedo derogada en virtud del Acto Legislativo 1º de 1997.

19 Sobre el particular la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado: "Como ha quedado dicho, en condiciones de grave emergencia es lícito suspender temporalmente ciertos derechos y libertades cuyo ejercicio pleno, en condiciones de normalidad, debe ser respetado y garantizado por el Estado pero, como no todos ellos admiten esa suspensión transitoria, es necesario que también subsistan "las garantías judiciales indispensables para (su) protección ". E1 artículo 27.2 no vincula esas garantías judiciales a ninguna disposición individualizada de la Convención, lo que indica que lo fundamental es que dichos procedimientos judiciales sean indispensables para garantizar esos derechos. La determinación de qué garantías judiciales son "indispensables" para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos, será distinta según los derechos afectados. Las garantías judiciales " indispensables " para asegurar los derechos relativos a la integridad de la persona necesariamente difieren de aquéllas que protegen, por ejemplo, el derecho al nombre, que tampoco se puede suspender. A la luz de los señalamientos anteriores deben considerarse como indispensables, a los efectos del artículo 27.2, aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud". Ibídem, párrafos 27 a 28.

20 Sentencia C-802 de 2002.

21 O'Donell, David. Protección Internacional de los Derechos Humanos. Comisión Andina de Juristas. pág. 406 y ss.

22 El efecto vinculante de los principios de necesidad y proporcionalidad es expuesto de forma esclarecedora por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Observación al artículo 4 del Pacto Internacional, así: "...un requisito fundamental de cualesquiera disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto, conforme a lo establecido en el párrafo 1 del artículo 4, es que esas disposiciones se adopten en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. Este requisito guarda relación con la duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción y de cualesquiera disposiciones excepcionales aplicadas en razón de la emergencia. La suspensión de algunas de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto en situaciones de excepción es claramente distinta de las restricciones o limitaciones permitidas aun en circunstancias normales conforme a diversas disposiciones del Pacto. Sin embargo, la obligación de limitar cualesquiera suspensiones a las estrictamente necesarias según las exigencias de la situación refleja un principio de proporcionalidad común a las facultades de suspensión y de limitación. Es más, el solo hecho de que una suspensión permisible de la aplicación de una determinada disposición pueda de por sí justificarse por las exigencias de la situación no elimina el requisito de que deba mostrarse que las medidas concretas adoptadas como consecuencia de esa suspensión son necesarias en razón de las exigencias de la situación. En la práctica, esto asegurará que ningún artículo del Pacto, por válida que sea su suspensión, sea completamente inaplicable al comportamiento de un Estado Parte". De otro lado, también los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, proferidos en el marco de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, acogen el principio de necesidad en los estados de excepción al señalar, haciendo referencia a las cláusulas de limitación del Pacto Internacional, que "siempre que, conforme a las disposiciones del Pacto, se exija que una limitación sea "necesaria", este término implicará que la limitación: a. Se basa en uno de los motivos que justifican las limitaciones reconocidas por el artículo pertinente del Pacto; b) responde a una necesidad pública o social apremiante; c) Responde a un objetivo legítimo, y; d) Guarda proporción con este objetivo.

23 Un sector de la doctrina clasifica en formales y materiales las garantías contenidas en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Las garantías formales son el principio de proclamación y el principio de notificación. Y las garantías materiales son el principio que debe tratarse de una amenaza excepcional, el principio de proporcionalidad, el principio de no discriminación, el principio de intangibilidad de ciertos derechos fundamentales y el principio de compatibilidad con las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional. Zobatto, Daniel. Ob. cit. p.87 y ss.

24 Sentencia C-802 de 2002.

25 Aragón Reyes, Manuel. Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999. p.107 y s.s.

26 Precepto desarrollado por el artículo 39 de la LEEE cuyo tenor es el siguiente:

“Si dentro de los tres días siguientes a la declaratoria del Estado de Conmoción Interior, el Congreso no se halla reunido, lo hará por derecho propio y el Gobierno le rendirá inmediatamente un informe sobre las razones que determinaron la declaración. También deberá presentarle un informe cuando sea necesario prorrogar el Estado de Conmoción Interior.

Cada una de las Cámaras dispondrá de un plazo máximo de 15 días para pronunciarse sobre los informes de que trata el presente artículo.

Mientras subsista la Conmoción Interior, el Gobierno enviará cada treinta días un informe sobre la evolución de los acontecimientos, las medidas adoptadas, su evaluación, así como de las investigaciones en curso sobre eventuales abusos en el uso de las facultades.

Cuando haya lugar, las Comisiones de Derechos Humanos y Audiencias, presentarán ante la respectiva Cámara las recomendaciones que juzguen convenientes y necesarias”.

27 Ibidem, p.70 y ss.

28 Sentencia C-802 de 2002.

29 Declaratorio de un estado de emergencia social en todo el territorio nacional, debido a una significativa perturbación del clima laboral en el sector oficial originada en la falta de alza oportuna de salarios -en razón del tránsito del régimen constitucional- y de la falta de un instrumento legal adecuado, que tornaba en grave amenaza perturbadora del funcionamiento de la administración pública y el orden social del país.

30 Sentencias C-466 de 1995 y C-802 de 2002.

31 Esta disposición señala:

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

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.

2. Operaciones prohibidas. Las compañías de compra de cartera (factoring) no podrán realizar en forma masiva y habitual captaciones de dinero del público.

3. Autorización estatal para desarrollar la actividad aseguradora. Sólo las personas previamente autorizadas por la Superintendencia Bancaria se encuentran debidamente facultadas para ocuparse de negocios de seguros en Colombia. En consecuencia, se prohíbe a toda persona natural o jurídica distinta de ellas el ejercicio de la actividad aseguradora.

Los contratos y operaciones celebrados en contravención a lo dispuesto en este numeral no producirán efecto legal, sin perjuicio del derecho del contratante o asegurado de solicitar el reintegro de lo que haya pagado; de las responsabilidades en que incurra la persona o entidad de que se trate frente al contratante, al beneficiario o sus causahabientes, y de las sanciones a que se haga acreedora por el ejercicio ilegal de una actividad propia de las personas vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

4. Organismos cooperativos que presten servicios de previsión y solidaridad. En ningún caso los organismos de carácter cooperativo que presten servicios de previsión y solidaridad que requieran de una base técnica que los asimile a seguros, podrán anunciarse como entidades aseguradoras y denominar como pólizas de seguros a los contratos de prestación de servicios que ofrecen.

5. Utilización de la palabra ahorros. Ningún banco, individuo, sociedad, compañía colectiva o corporación distinta de una entidad debidamente autorizada para usar la palabra ahorros, podrá hacer uso de las palabras “ahorro” o “ahorros”, o sus equivalentes, en sus negocios o poner cualquier aviso o señal escrita que contenga las palabras “ahorro” o “ahorros”, o sus equivalentes ni podrá ninguna persona natural o jurídica distinta de una entidad debidamente autorizada solicitar o recibir en forma alguna depósitos de ahorros.

32 Esta disposición señala:

“4o. Facultades de supervisión. La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes facultades de supervisión:

a) Practicar visitas de inspección cuando exista evidencia atendible sobre el ejercicio irregular de la actividad financiera, obtenida de oficio o suministrada por denuncia de parte, a los establecimientos, oficinas o lugares donde operan personas naturales o

jurídicas, no sometidas a vigilancia permanente, examinar sus archivos y determinar su situación económica, con el fin de adoptar oportunamente, según lo aconsejen las circunstancias particulares del caso, medidas eficaces en defensa de los intereses de terceros de buena fe, para preservar la confianza del público en general"

33 Esta disposición prevé:

ARTICULO 36. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE LA ECONOMIA SOLIDARIA. Son facultades de la Superintendencia de la Economía Solidaria para el logro de sus objetivos:

23. Ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control en relación con las entidades cooperativas de ahorro y crédito y las multiactivas o integrales con sección de ahorro y crédito en los mismos términos, con las mismas facultades y siguiendo los mismos procedimientos que desarrolla la Superintendencia Bancaria con respecto a los establecimientos de crédito, incluyendo dentro de ellas, las atribuciones relacionadas con institutos de salvamento y toma de posesión para administrar o liquidar.

34 Este precepto señala:

35 El inciso final señala:

"Otras funciones. Además de las funciones señaladas en los numerales anteriores del presente artículo, corresponderán a la Superintendencia de la Economía Solidaria las funciones actualmente asignadas a la Superintendencia Bancaria que no se encuentren establecidas en el presente Decreto, así como las que se le asignen a dicha entidad en el futuro, y que sean aplicables a las organizaciones de la economía solidaria con actividad financiera vigiladas por la Superintendencia de la Economía Solidaria".

36 Estas disposiciones consignan textualmente:

ARTICULO 82. COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. El Presidente de la República ejercerá por conducto de la Superintendencia de Sociedades, la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales, en los términos establecidos en las normas vigentes.

También ejercerá inspección y vigilancia sobre otras entidades que determine la ley. De la misma manera ejercerá las ficciones relativas al cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera, inversión colombiana en el exterior y endeudamiento externo.

ARTICULO 83. INSPECCION. La inspección consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria o sobre operaciones específicas de la misma.

Superintendencia de Sociedades, de oficio, podrá practicar investigaciones administrativas a estas sociedades.

ARTICULO 84. VIGILANCIA. La vigilancia consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá en forma permanente.

Estarán sometidas a vigilancia, las sociedades que determine el Presidente de la República. También estarán vigiladas aquellas sociedades que indique el Superintendente cuando del análisis de la información señalada en el artículo anterior o de la práctica de una investigación administrativa, establezca que la sociedad incurre en cualquiera de las siguientes irregularidades:

a. Abusos de sus órganos de dirección, administración o fiscalización, que impliquen desconocimiento de los derechos de los asociados o violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias;

b. Suministro al público, a la Superintendencia o a cualquier organismo estatal, de información que no se ajuste a la realidad;

c. No llevar contabilidad de acuerdo con la ley o con los principios contables generalmente aceptados.

d. Realización de operaciones no comprendidas en su objeto social.

Respecto de estas sociedades vigiladas, la Superintendencia de Sociedades, además de las facultades de inspección indicadas en el artículo anterior, tendrá las siguientes:

1. Practicar visitas generales, de oficio o a petición de parte, y adoptar las medidas a que haya lugar para que se subsanen las irregularidades que se hayan observado durante la práctica de éstas e investigar, si es necesario, las operaciones finales o intermedias realizadas por la sociedad visitada con cualquier persona o entidad no sometida a su vigilancia.

2. Autorizar la emisión de bonos de acuerdo con lo establecido en la ley y verificar que se realice de acuerdo con la misma.

3. Enviar delegados a las reuniones de la asamblea general o junta de socios cuando lo considere necesario.

4. Verificar que las actividades que desarrolle estén dentro del objeto social y ordenar la suspensión de los actos no comprendidos dentro del mismo.

5. Decretar la disolución, y ordenar la liquidación, cuando se cumplan los supuestos previstos en la ley y en los estatutos, y adoptar las medidas a que haya lugar.

6. Designar al liquidador en los casos previstos por la ley.

7. Autorizar las reformas estatutarias consistentes en fusión y escisión.

8. Convocar a reuniones extraordinarias del máximo órgano social en los casos previstos por la ley.

9. Autorizar la colocación de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto y de acciones privilegiadas.

10. Ordenar la modificación de las cláusulas estatutarias cuando no se ajusten a la ley.

11. Ordenar la inscripción de acciones en el Libro de Registro correspondiente, cuando la sociedad se niegue a efectuarla sin fundamento legal.

ARTICULO 85. CONTROL. El control consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia, cuando así lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular.

En ejercicio del control, la Superintendencia de Sociedades tendrá, además de las facultades indicadas en los artículos anteriores, las siguientes:

1. Promover la presentación de planes y programas encaminados a mejorar la situación que hubiere originado el control y vigilar la cumplida ejecución de los mismos.

2. Autorizar la solemnización de toda reforma estatutaria.

3. Autorizar la colocación de acciones y verificar que la misma se efectúe conforme a la ley y al reglamento correspondiente.

4. Ordenar la remoción de administradores, revisor fiscal y empleados, cuando se presenten irregularidades que así lo ameriten.

5. Conminar bajo apremio de multas a los administradores para que se abstengan de realizar actos contrarios a la ley, los estatutos, las decisiones del máximo órgano social o junta directiva, o que deterioren la prenda común de los acreedores u ordenar la suspensión de los mismos.

6. Efectuar visitas especiales e impartir las instrucciones que resulten necesarias de acuerdo con los hechos que se observen en ellas.

7. Convocar a la sociedad al trámite de un proceso concursal.

8. Aprobar el avalúo de los aportes en especie.

PARAGRAFO. Las sociedades sujetas a la vigilancia o control por determinación del Superintendente de Sociedades, podrán quedar exonerados de tales vigilancia o control, cuando así lo disponga dicho funcionario.

37 Precepto cuyo tenor es el siguiente:

ARTÍCULO 2o. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. La

Superintendencia de Sociedades desarrollará las atribuciones administrativas y jurisdiccionales que le corresponden, mediante el ejercicio de las siguientes funciones:

1. Dar apoyo en los asuntos de su competencia al sector empresarial y a los organismos del Estado;

2. Actuar como conciliadora en los conflictos que surjan entre los socios y entre éstos y la sociedad con ocasión del desarrollo o ejecución del contrato social;

3. Organizar un Centro de Arbitraje para la solución de conflictos que surjan entre los socios o entre éstos y la sociedad, con ocasión del desarrollo o cumplimiento del contrato social;

4. Solicitar, continuar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica o administrativa de cualquier sociedad no vigilada por la Superintendencia Bancaria, o sobre operaciones específicas de la misma;

5. Velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras Superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la Ley y a los estatutos;

6. Disponer, mediante acto administrativo de carácter particular, el control de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra Superintendencia, y ordenar los correctivos necesarios para subsanar las situaciones críticas de orden jurídico, contable, económico o administrativo de esa compañía;

7. Ejercer las funciones que para los casos de inspección, vigilancia o control le asignan los artículos 82, 83, 84 y 85 de la Ley 222 de 1995;

8. Adoptar las medidas administrativas a que haya lugar, respecto de las sociedades no vigiladas por la Superintendencia Bancaria o de Valores, cuando as! lo solicite un administrador de la sociedad o socios que representen no menos del diez por ciento (10%) del capital social;

9. Ejercer la inspección y vigilancia de las sociedades de servicios técnicos o administrativos no sometidas al control de la Superintendencia de Valores;

11. Ejercer las funciones que establece la ley respecto de los Clubes con Deportistas Profesionales;

12. Someter a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades a cualquier sociedad no vigilada por otra Superintendencia, cuando establezca que la sociedad incurre en cualquiera de las siguientes irregularidades:

a. Abusos de sus órganos de dirección, administración o fiscalización, que impliquen desconocimiento de los derechos de los asociados o violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias.

b. Suministro al público, a la Superintendencia o a cualquier organismo estatal, de información que no se ajuste a la realidad.

c. No llevar contabilidad de acuerdo con la ley o con los principios contables generalmente aceptados.

d. Realización de operaciones no comprendidas en su objeto social.

13. Ejercer la inspección, vigilancia y control, en lo pertinente, sobre las empresas unipersonales, en los casos que determine el Presidente de la República;

14. Unificar las reglas de contabilidad a que deben sujetarse las sociedades comerciales sometidas a su inspección, vigilancia y control;

15. Ejercer las funciones relacionadas con el cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera en Colombia, inversión colombiana en el exterior por parte de personas naturales y jurídicas, así como sobre las operaciones de endeudamiento externo efectuadas por empresas o sociedades públicas o privadas;

16. Desarrollar las funciones de policía judicial que la Ley determine;

18. Absolver las consultas que se formulen en los asuntos de su competencia;

19. Reconocer, de oficio o a solicitud de parte, la ocurrencia de los presupuestos que den lugar a la sanción de ineficacia en los casos señalados en el Libro Segundo del Código de Comercio, en relación con sociedades no sometidas a la vigilancia o control de otra Superintendencia;

20. Autorizar la disminución del capital en cualquier sociedad, cuando la operación implique un efectivo reembolso de aportes;

21. Aprobar las reservas o cálculos actuariales en los casos en que haya lugar;

22. Ejercer respecto de las matrices, subordinadas y grupo empresarial, las contempladas en la Ley 222 de 1995, referentes a:

a. Comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados y ordenar la suspensión de tales operaciones, si lo considera necesario.

b. Determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan.

c. Declarar, de oficio o a solicitud de parte, la situación de vinculación y ordenar la inscripción en el registro mercantil, en los casos en que se configure una situación de control que no haya sido declarada ni presentada para su inscripción, e imponer las sanciones a que haya lugar por dicha omisión.

d. Constatar la veracidad del contenido de los informes especiales que los administradores de sociedades controladas y los de sociedades controlantes deberán presentar ante sus asambleas o juntas de socios y, si fuere del caso, adoptar las medidas a que

hubiere lugar.

23. Desarrollar en relación con el derecho de retiro de socios ausentes o disidentes, las señaladas en la Ley 222 de 1995, tales como:

a. Determinar la improcedencia del decreto de retiro, cuando se establezca que el reembolso afecta sustancialmente la prenda común de los acreedores.

b. Establecer plazos adicionales a dos meses, pero no superiores a un año, para que la sociedad reembolse las cuotas, acciones o partes de interés a quien hubiere ejercido el retiro de la sociedad.

c. Adelantar el trámite correspondiente en caso de discrepancia sobre la existencia de la causa¡ de retiro.

24. Exigir la preparación y difusión de estados financieros de períodos intermedios y ordenar la rectificación de los estados financieros o las notas que no se ajusten a las normas legales;

25 Resolver las controversias que se susciten en relación con el derecho de inspección e impartir la orden respectiva, cuando considere que hay lugar al suministro de información;

26. Remover a los administradores o al revisor fiscal, en los casos a que hubiere lugar;

27. Determinar que los titulares de las acciones con dividendo preferencia¡ y sin derecho a voto participen con voz y voto en la asamblea general de accionistas, mientras se presenten las irregularidades que dieren lugar a dicha medida;

28. Interrogar bajo juramento a cualquier persona cuyo testimonio se requiera para el examen de hechos relacionados con la dirección, administración o fiscalización de las sociedades sobre las cuales ejerce inspección, vigilancia o control;

29. Imponer multas, sucesivas o no, hasta de doscientos salarios mínimos legales mensuales cada una, a quienes. incumplan las órdenes de la Superintendencia, quebranten las leyes o sus propios estatutos, respetando el derecho de defensa y el debido proceso;

30. Fijar el monto de las contribuciones que las sociedades sometidas a su vigilancia o control deben pagar, en los términos del artículo 88 de la Ley 222 de 1995, y recaudar los dineros por tal concepto;

31. Ejercer las funciones que en materia de jurisdicción coactiva le asigne la Ley;

32. Enviar delegados a las asambleas y juntas directivas no presenciales, 33. Las demás que le asigne la Ley.

38 Conducta que antes de la declaratoria del estado de emergencia social estaba tipificada por el artículo 316 del Código Penal en los siguientes términos:

ARTICULO 316. CAPTACION MASIVA Y HABITUAL DE DINEROS. Quien capte dineros del público, en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

39 Esta disposición señala:

"Artículo 1° El artículo 1° del Decreto 3227 de 1982, quedará así:

"Artículo 1° 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 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.

"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.

"Parágrafo 2. No quedarán comprendidos dentro de los cómputos a que se refiere el presente artículo las operaciones realizadas con el cónyuge o los parientes hasta el 4° grado de consanguinidad, 2° de afinidad y único civil, o con los socios o asociados que, teniendo previamente esta calidad en la respectiva sociedad o asociación durante un período de seis (6) meses consecutivos, posean individualmente una participación en el capital de la misma sociedad o asociación superior al cinco por ciento (5%) de dicho capital.

"Tampoco se computarán las operaciones realizadas con las instituciones financieras definidas por el artículo 24 del Decreto 2920 de 1982".