SENTENCIA C-145-09

Referencia: expediente RE-137.

Revisión constitucional del Decreto 4334 del 17 de noviembre de 2008, "Por el cual se expide un procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008".

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., marzo doce (12) de dos mil nueve (2009).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Mediante oficio PS 3729 del 18 de noviembre del año en curso, recibido en la Corte Constitucional el mismo día, se remitió a esta corporación copia auténtica del Decreto 4334 del 17 de noviembre de 2008, "Por el cual se expide un procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008", expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994 y en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 4333 del 17 de noviembre del corriente año, "Por el cual se declara el estado de emergencia social".

Avocado el conocimiento, el Magistrado sustanciador, mediante providencia de noviembre 27 de 2008, decretó la práctica de algunas pruebas y así ordenó oficiar al Superintendente de Sociedades, con el fin de que informara sobre los motivos por los cuales se adoptaron las medidas contenidas en el Decreto 4334 de 2008, con explicación sobre el significado y alcance de las mismas y su relación de finalidad, necesidad y

proporcionalidad con el estado de emergencia social, declarado mediante Decreto 4333 del 17 de noviembre del corriente año.

Vencido el período probatorio se dio traslado del expediente al Procurador General de la Nación, quien emitió el concepto de rigor dentro del término legal correspondiente y así, una vez agotados los trámites respectivos, procede la Corte a examinar la constitucionalidad del Decreto sometido a su revisión.

II. TEXTO DEL DECRETO EN REVISIÓN

El texto del Decreto 4334 de noviembre 17 de 2008, tal como aparece publicado en el Diario Oficial N° 47.176 de la misma fecha, es el siguiente:

"DECRETO 4334 DE 2008

Por el cual se expide un procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las atribuciones que le otorga el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994 y en desarrollo a lo dispuesto en el Decreto número 4333 del 17 de noviembre de 2008,

CONSIDERANDO:

Que se han presentado conductas y actividades sobrevinientes por parte de personas naturales y jurídicas que atentan contra el interés público protegido por el artículo 335 de la C. P., en tanto que por la modalidad de captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones, generan abuso del derecho y fraude a la ley al ocultar en fachadas jurídicas legales, el ejercicio no autorizado de la actividad financiera, causando graves perjuicios al orden social y amenazando el orden público, tal como fue expresado en el decreto de Declaratoria de Emergencia, razón por la cual, el Gobierno Nacional debe adoptar urgentes medidas con fuerza de ley que intervengan de manera inmediata las conductas, operaciones y el patrimonio de las personas

involucradas y en las de quienes amenazan con desarrollarlas en adelante,

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. INTERVENCIÓN ESTATAL. Declarar la intervención del Gobierno Nacional, por conducto de la Superintendencia de Sociedades, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera, en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal, conforme a la ley, para lo cual se le otorgan a dicha Superintendencia amplias facultades para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado.

ARTÍCULO 2o. OBJETO. La intervención es el conjunto de medidas administrativas tendientes, entre otras, a suspender de manera inmediata las operaciones o negocios de personas naturales o jurídicas que a través de captaciones o recaudos no autorizados, tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones masivas, generan abuso del derecho y fraude a la ley al ejercer la actividad financiera irregular y, como consecuencia, disponer la organización de un procedimiento cautelar que permita la pronta devolución de recursos obtenidos en desarrollo de tales actividades.

ARTÍCULO 3o. NATURALEZA. El presente procedimiento de intervención administrativa se sujetará exclusivamente a las reglas especiales que establece el presente decreto y, en lo no previsto, el Código Contencioso Administrativo. Las decisiones de toma de posesión para devolver que se adopten en desarrollo del procedimiento de intervención tendrán efectos de cosa juzgada erga omnes, en única instancia, con carácter jurisdiccional.

ARTÍCULO 4o. COMPETENCIA. La Superintendencia de Sociedades, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera será la autoridad administrativa competente, de manera privativa, para adelantar la intervención administrativa a que alude este decreto.

ARTÍCULO 5o. SUJETOS. Son sujetos de la intervención las actividades, negocios y operaciones de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, establecimientos de comercio, sucursales de sociedades extranjeras, representantes legales, miembros de juntas directivas, socios, factores, revisores fiscales, contadores, empresas y demás personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente, distintos a quienes tienen exclusivamente como relación con estos negocios el de haber entregado sus recursos.

ARTÍCULO 6o. SUPUESTOS. La intervención se llevará a cabo cuando existan hechos objetivos o notorios que a juicio de la Superintendencia de Sociedades, indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas, directamente o a través de intermediarios, mediante la modalidad de operaciones de captación o recaudo en operaciones no autorizadas tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones semejantes a cambio de bienes, servicios o rendimientos sin explicación financiera razonable.

ARTÍCULO 7o. MEDIDAS DE INTERVENCIÓN. En desarrollo de la intervención administrativa, la Superintendencia de Sociedades podrá adoptar las siguientes medidas:

a) La toma de posesión para devolver, de manera ordenada, las sumas de dinero aprehendidas o recuperadas;

b) La revocatoria y reconocimiento de ineficacia de actos y negocios jurídicos, celebrados con antelación a la toma de posesión;

c) La devolución de bienes de terceros, no vinculados a la actividad no autorizada,

d) En caso de que a juicio de la Superintendencia se presente una actividad con la cual se incurra en alguno de los supuestos descritos en el presente decreto, por parte de una persona natural o jurídica y ésta manifieste su intención de devolver voluntariamente los recursos recibidos de terceros, esta Entidad podrá autorizar el correspondiente plan de desmonte. En el evento que dicho plan se incumpla se dispondrá la adopción de cualquiera de las medidas previstas en este decreto, sin perjuicio de las actuaciones administrativas y penales a que hubiere lugar;

e) La suspensión inmediata de las actividades en cuestión, bajo apremio de multas sucesivas, hasta de dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. Esta medida se publicará en un diario de amplia circulación nacional indicando que se trata de una actividad no autorizada;

f) La disolución y liquidación judicial de la persona jurídica o de cualquier contrato u otra forma de asociación que no genere personificación jurídica, ante la Superintendencia de Sociedades, independientemente a que esté incursa en una situación de cesación de pagos.

g) La liquidación judicial de la actividad no autorizada de la persona natural sin consideración a su calidad de comerciante;

h) Cualquier otra que se estime conveniente para los fines de la intervención.

PARÁGRAFO 1o. La providencia que ordena las medidas anteriores surte efectos desde su expedición y se ordenará su inscripción en el registro de la Cámara de Comercio del domicilio principal del sujeto de intervención, de sus sucursales y agencias, y contra la misma no procederá recurso alguno.

PARÁGRAFO 2o. Se entenderán excluidos de la masa de la liquidación los bienes de la intervenida hasta concurrencia de las devoluciones aceptadas a quienes hayan entregado sus recursos.

PARÁGRAFO 3o. Para la ejecución de las medidas de que trata este artículo, la Superintendencia de Sociedades o la Superintendencia Financiera de Colombia, cuando a ésta le corresponda, cuando las circunstancias lo ameriten, podrá ordenar a los comandantes de policía de los lugares en donde se realicen las actividades no autorizadas, aplicar las medidas de policía necesarias para cerrar los establecimientos o lugares donde se realicen las actividades no autorizadas, la colocación de sellos, los cambios de guarda, y demás medidas precautelativas para proteger los derechos de terceros y para preservar la confianza del público en general.

PARÁGRAFO 4o. La Superintendencia de Sociedades o el agente interventor podrán celebrar los convenios que consideren necesarios para el ejercicio de las funciones

señaladas en este decreto.

ARTÍCULO 8o. PROVIDENCIA QUE ORDENA LA TOMA DE POSESIÓN. Si los alcaldes informan a la Superintendencia de Sociedades sobre la necesidad de adopción de medidas establecidas en el artículo 7o de este decreto, esta entidad consultará la base de datos de las Superintendencias Financiera y de Economía Solidaria, si se encuentra autorizada la persona jurídica objeto de intervención.

Si procede la intervención, la Superintendencia de Sociedades expedirá la providencia de toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de la persona natural o jurídica y designará en la misma providencia el agente interventor.

En la providencia ordenará consignar el efectivo aprehendido o incautado en cuenta de depósitos judiciales del Banco Agrario, a nombre de la Superintendencia de Sociedades.

ARTÍCULO 9o. EFECTOS DE LA TOMA DE POSESIÓN PARA DEVOLUCIÓN. La toma de posesión para devolución conlleva:

1. El nombramiento de un agente interventor, quien tendrá a su cargo la representación legal, si se trata de una persona jurídica, o la administración de los bienes de la persona natural intervenida y la realización de los actos derivados de la intervención que no estén asignados a otra autoridad.

2. La remoción de los administradores y revisor fiscal, salvo que en razón de las circunstancias que dieron lugar a la intervención, la Superintendencia decida no removerlos.

3. Las medidas cautelares sobre los bienes del sujeto intervenido y la orden de inscripción de la medida en la Cámara de Comercio del domicilio principal y de sus sucursales, si las hubiere, respecto de aquellos sujetos a esa formalidad.

4. La inmediata guarda de los bienes, libros y papeles de la persona natural o jurídica intervenida, para lo cual tendrá las facultades necesarias para impartir las órdenes pertinentes a la fuerza pública, incluso previas a la diligencia de toma de posesión.

5. La congelación de cualquier activo y a cualquier título en instituciones financieras de la

persona intervenida, los cuales quedarán a disposición inmediata del agente interventor, quien podrá disponer de los mismos para los fines de la intervención.

6. La fijación de un aviso por el término de tres (3) días que informe acerca de la medida, el nombre del agente interventor y el lugar donde los reclamantes deberán presentar sus solicitudes, así como el plazo para ello. Copia del aviso será fijada en la página web de la Superintendencia de Sociedades.

7. La exigibilidad inmediata de todos los créditos a favor de la persona intervenida.

8. El levantamiento de las medidas cautelares de que sean objeto los bienes de la persona intervenida, para lo cual la autoridad de que trata el artículo 2o de este decreto, librará los oficios correspondientes. Una vez recibidos los mismos, inmediatamente deberá inscribirse dicho levantamiento por parte de las personas o autoridades encargadas de los registros correspondientes.

9. La suspensión de los procesos de ejecución en curso y la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta clase contra la persona o entidad objeto de toma de posesión con ocasión de obligaciones anteriores a dicha medida, para lo cual se enviará comunicación a los jueces de la República y a las autoridades que adelanten procesos de jurisdicción coactiva. Igualmente advertirá sobre la obligación de dar aplicación a las reglas previstas en la Ley 1116 de 2006.

10. La prohibición de iniciar o continuar procesos o actuación alguna contra la intervenida sin que se notifique personalmente al agente interventor, so pena de ineficacia.

11. La obligación de quien tenga en su poder activos de propiedad de la persona intervenida, de proceder de manera inmediata a entregarlos al agente interventor.

12. La facultad al agente interventor para poner fin a cualquier clase de contratos existentes al momento de la toma de posesión, si los mismos no son necesarios.

13. La obligación a los deudores de la intervenida de sólo pagar al agente interventor, siendo inoponible el pago hecho a persona distinta.

14. El depósito de las sumas aprehendidas que pertenezcan a la persona intervenida en el Banco Agrario de Colombia, a disposición del agente interventor.

15. Se presumirá que todos los recursos aprehendidos son de propiedad de la persona objeto de la intervención y producto de la actividad mencionada en los artículos 1o y 6o de este decreto.

ARTÍCULO 10. DEVOLUCIÓN INMEDIATA DE DINEROS. Este procedimiento se aplicará por la Superintendencia de Sociedades cuando previamente haya decretado la toma de posesión. En este caso se aplicará el siguiente procedimiento:

b) En el mismo aviso, el Agente Interventor convocará a quienes se crean con derecho a reclamar las sumas de dinero entregadas a la persona natural o jurídica intervenida, para que presenten sus solicitudes en el sitio o sitios que señale para el efecto, dentro de los diez (10) días siguientes a la publicación del aviso;

c) La solicitud deberá hacerse por escrito con presentación personal ante el interventor, acompañado del original del comprobante de entrega de dinero a la persona intervenida;

d) El Agente Interventor, dentro de los veinte (20) días siguientes al vencimiento del término anterior, expedirá una providencia que contendrá las solicitudes de devolución aceptadas y las rechazadas, la cual será publicada en la misma forma de la providencia de apertura. Contra esta decisión procederá el recurso de reposición que deberá presentarse dentro de los tres (3) días siguientes a la expedición de esta providencia. Las devoluciones aceptadas tendrán como base hasta el capital entregado;

e) La interposición de los recursos no suspenderá el pago de las reclamaciones aceptadas, las cuales serán atendidas dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de la ejecutoria de la providencia, por conducto de entidades financieras, previo endoso del título de depósito judicial de la Superintendencia de Sociedades a favor del Agente Interventor;

f) Los recursos de reposición serán resueltos dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del plazo de presentación, luego de lo cual se atenderán las devoluciones aceptadas dentro de los dos (2) días siguientes a la fecha de la decisión y el saldo, si lo

hubiere, acrecerá a todos los beneficiarios de la devolución a prorrata de sus derechos;

PARÁGRAFO 1o. Criterios para la devolución.- Para la devolución de las solicitudes aceptadas, el Agente Interventor deberá tener en cuenta los siguientes criterios:

a) Se atenderán todas las devoluciones aceptadas dividiendo por el número de solicitantes, hasta concurrencia del activo y hasta el monto de lo aceptado;

b) En caso de que sean puestos a disposición o aparezcan nuevos recursos, se aplicará el procedimiento anteriormente señalado para el pago de devoluciones aceptadas insolutas;

c) En el evento en el que se demuestre que se han efectuado devoluciones anteriores a la intervención a cualquier título, estás sumas podrán ser descontadas de la suma aceptada por el agente interventor.

PARÁGRAFO 2o. Los días señalados en el presente procedimiento se entenderán comunes.

PARÁGRAFO 3o. Los honorarios del Agente Interventor y los gastos propios de la intervención, serán cancelados con cargo al patrimonio de la intervenida y, en su defecto, del fondo cuenta que para el efecto sea constituido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Sociedades.

ARTÍCULO 11. EL AGENTE INTERVENTOR. El Agente Interventor deberá tomar posesión ante el Superintendente de Sociedades y podrá ser una persona natural o jurídica e incluso ser un servidor público.

ARTÍCULO 12. DECLARATORIA DE TERMINACIÓN DE LA TOMA DE POSESIÓN PARA DEVOLUCIÓN. Efectuados los pagos el Agente Interventor informará de ello a la Superintendencia de Sociedades y presentará una rendición de cuentas de su gestión.

Declarada la terminación de la toma de posesión para devolución por la Superintendencia de Sociedades, ésta tendrá la facultad oficiosa para que, cuando lo considere necesario aplique otras medidas de intervención.

ARTÍCULO 13. ACTUACIONES EN CURSO EN LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. Las actuaciones en curso que viene conociendo la Superintendencia Financiera se someterán a las siguientes reglas:

a) Las actuaciones administrativas respecto de las cuales ya se haya realizado visita de inspección se continuarán conociendo conforme a la regla del artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Una vez notificado el acto administrativo que determina la actividad no autorizada, se remitirá la actuación a la Superintendencia de Sociedades para lo de su competencia, sin perjuicio de que la Superintendencia Financiera resuelva los recursos que procedan;

La interposición del recurso de reposición no suspende la ejecución de la medida.

b) Los casos que están pendientes de investigación, o respecto de los cuales aún no se ha determinado si la actividad que se adelanta se encuentra autorizada, deberán ser evaluados a la luz de los supuestos contemplados en el artículo 6o de este decreto. Una vez adoptadas las medidas correspondientes se remitirá la actuación administrativa a la Superintendencia de Sociedades, para lo de su competencia;

PARÁGRAFO. En los eventos a que se refiere este artículo, la Superintendencia Financiera podrá aplicar cualquiera de las medidas establecidas en el artículo 7o del presente decreto, y las mismas se notificarán por aviso.

ARTÍCULO 14. ACTUACIONES REMITIDAS A JUECES CIVILES DE CIRCUITO. Las actuaciones remitidas a los jueces civiles de circuito por la Superintendencia Financiera de Colombia, en donde no se hubiere avocado conocimiento, trasladados con ocasión de lo previsto en el Decreto 1228 de 1996, deberán ser enviadas a la Superintendencia de Sociedades para que asuma competencia en los términos de este decreto.

ARTÍCULO 15. REMISIONES. En lo no previsto en el presente decreto, se aplicarán, en lo pertinente, supletivamente las reglas establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para la toma de posesión y en el Régimen de Insolvencia Empresarial.

ARTÍCULO 16. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

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

III. INTERVENCIONES

1. Intervención ciudadana

1.1. Miguel Antonio Cuesta Monroy, considera inconstitucional la función jurisdiccional atribuida en el Decreto 4334 de 2008 a la Superintendencia de Sociedades, para aplicar un procedimiento de intervención, que comprende el conocimiento y resolución en única instancia con efecto de cosa juzgada, de las controversias que se susciten a cuenta de la intervención ordenada en el artículo 1° del mismo decreto legislativo (modificado por el artículo 1° del Decreto Legislativo 4705 de 2008),

En su parecer la prerrogativa para administrar justicia corresponde a los Jueces y Magistrados, no obstante que el artículo 116 de la Carta permite que excepcionalmente la ley atribuya función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas, siempre y cuando no se trate de adelantar la instrucción de sumarios ni el juzgamiento delitos.

Indica que el ejercicio jurisdiccional por autoridad no judicial es una excepción al reparto general de funciones entre las ramas del poder público, pues en su criterio su aplicación es restrictiva y debe indicar las materias precisas respecto de las cuales ello es posible.

Para el interviniente la trasgresión resulta evidente, si se advierte que la Superintendencia en funciones jurisdiccionales, podría incurrir en vías de hecho o desconocimiento de derechos fundamentales, sin que contra ello opere acción alguna dado el carácter exclusivo y excluyente, que se abroga el Gobierno en esta materia.

Señala que resulta contrario a la Constitución que a los actos llevados a cabo en el ejercicio de una aplicación no judicial del derecho, se les niegue, por extraordinarios que sean, el control ex post de los jueces; al otorgárseles exclusividad con prescindencia de los principios y reglas generales definidos en la Constitución y la ley.

Expresa que el artículo 5° del Decreto 4334 de 2008 es inconstitucional, porque al señalar los sujetos de intervención extiende a los trabajadores la responsabilidad en la constitución, administración y representación de los comercios tachados, a la par con las empresas, establecimientos de comercio, sucursales, representantes legales, miembros de juntas directivas, socios, factores, revisores fiscales, contadores o simplemente personas naturales presuntamente implicadas.

Se refiere a la situación fáctica de los trabajadores del nivel operativo de la empresa DMG Grupo Holding, quienes están vinculados directamente a la intervenida mediante contratos de trabajo a término indefinido, personas que se obligaron a prestar un servicio personal bajo dependencia o subordinación a cambio de un salario, sin ser por ello responsables del rol económico, comercial o financiero del cual se acusa a la intervenida.

Manifiesta que el literal b) del artículo 7° del Decreto Legislativo 4334 de 2008, es inconstitucional en la medida en que contra expresa prohibición de la Carta otorga facultades a la Superintendencia de Sociedades para declarar la revocatoria e ineficacia de los actos y negocios jurídicos, celebrados con antelación a la toma de posesión, lo cual afecta los contrato de trabajo de los empleados del nivel operativo.

En su criterio también es inconstitucional el articulo 9°, que entre los efectos de la toma de posesión para devolución prevé la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta clase contra la persona o entidad objeto de toma de posesión, ya que impide a los trabajadores el legítimo derecho del acceso a la administración de justicia, lo cual transgrede los artículos 29, 86, 87, 89, 92, 93, 94, 215 inciso 9° y 229 de la Constitución.

1.2. Manuel Andrés Rodríguez Martínez, impugna la constitucionalidad del Decreto 4334 de 2008, por considerar que faculta a una autoridad administrativa para que sin que exista un debido proceso que desvirtúe la presunción de inocencia del implicado, adopte una decisión partiendo del supuesto de la comisión de un delito (captación ilegal), que tiene efectos de cosa juzgada erga omnes, en única instancia, con carácter jurisdiccional, y contra la que no procede recurso alguno.

Explica que el decreto limita desproporcionada e injustificadamente el derecho fundamental al debido proceso, la presunción de inocencia, la defensa, la doble instancia

y a ser juzgado por autoridad competente, porque en su sentir no es evidente que sea estrictamente necesario limitar esos derechos fundamentales trascendentales en un Estado Social de Derecho, para evitar las captaciones de recursos no autorizadas.

Señala que el crecimiento de las captaciones de dinero no autorizadas, tiene como causa la negligencia y omisión del Gobierno y de la Fiscalía, porque a pesar de que existían herramientas jurídicas penales y administrativas para contrarrestarlas, asumieron una actitud pasiva y permisiva que generó confianza en la ciudadanía.

En su opinión, en virtud del Decreto en revisión, los individuos pueden ser juzgados por autoridades administrativas sin un procedimiento previo, sin que se les haya permitido ejercer el derecho a la defensa, sin que el Estado haya probado los hechos que se les imputan, en ausencia total de su presunción de inocencia y sin que finalmente puedan apelar o controvertir la decisión adoptada.

Concluye que mediante el Decreto en revisión el Gobierno asume la función legislativa del Congreso de la República y pretende también asumir la función de los jueces de la República, sin adelantar un proceso garante de los derechos fundamentales de los implicados; como se trataría de decisiones judiciales y no de actos administrativos, dichas decisiones no tendrían control judicial, porque se consagran como procesos de única instancia.

1.3. Jaime Andrés Salazar Ramírez, estima que el Decreto Legislativo 4334, generaliza y da por sentado que toda venta de tarjetas prepago o de servicios constituyen captación masiva de dineros sin permiso de autoridad competente, con lo cual cualquier actividad económica que tenga la función de venta de servicios mediante tarjetas prepago podría ser catalogada como captación masiva de dineros.

Señala que al no estar prohibida por el ordenamiento jurídico, la venta de cargas de tarjetas prepago para comprar bienes y servicios, no puede una norma con fuerza de ley intervenir personas jurídicas con tal objeto social, por cuanto quebranta el artículo 6° superior, ya que los particulares sólo son responsables por infringir la Constitución y la ley y con el ejercicio de esa actividad comercial, amparada como acto mercantil no se vulnera la normatividad vigente.

Afirma que en nuestro país toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, y las personas jurídicas que se dedican a la actividad mercantil lícita en comento, ven trasgredido ese derecho fundamental, por cuanto de manera arbitraria el Decreto impugnado faculta a la superintendencia de sociedades para que las intervenga y ordene su disolución y liquidación, quebrantando así el artículo 14 superior.

Reconoce que existen personas jurídicas y naturales que se dedican a la captación masiva e ilegal de dineros del público que han sido denominada como "pirámides", y con sólo ese objeto social, más no otras personas jurídicas que sí tienen un objeto social legal y permitido como la venta de cargas de tarjetas prepago, para servicios de telefonía celular o fija, internet y compra de bienes y servicios en establecimientos de comercio.

Sostiene que al no hacer el Decreto tal diferencia, quebranta el núcleo esencial del derecho fundamental a la igualdad, porque establece un trato discriminatorio, al castigar y contemplar sanciones administrativas, tanto para quienes ejercen actividades ilegales como las denominadas pirámides, como para quienes ejercen actividades mercantiles no prohibidas y por tanto permitidas en nuestro país, como la venta de cargas de tarjetas prepago.

En su sentir el Decreto 4334 de 2008, vulnera el derecho fundamental de la libertad de asociación (art. 38 Const.), por cuanto autoriza la automática suspensión de las actividades para la cuales se constituyeron las personas jurídicas, que es la venta de tarjetas prepago y la consecuente disolución y liquidación de las asociaciones comerciales (personas jurídicas), por parte de la Superintendencia de Sociedades, cuando no existe ningún fundamento para ello, ya que son actividades comerciales permitidas y no prohibidas y deben continuar ejerciendo sus constitucionales y legales actividades mercantiles.

Estima que el citado Decreto transgrede el artículo 84 superior, puesto que si la actividad de venta de cargas de tarjetas prepago, no ha sido reglamentada o regulada por el legislador ordinario o extraordinario, no puede ser objeto de sanciones, ni recibir talanqueras o establecer requisitos adicionales, hasta tanto se tenga por ley

prohibido o regulado.

En su parecer, el Decreto transgrede el artículo 214-2 de la Carta, que prohíbe expresamente suspender en los estados de excepción los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, al limitar los derechos fundamentales de asociación y libre empresa; además establece una confiscación prohibida por el artículo 34 ibídem, pues no puede limitarse el dominio sobre los bienes legales que se encuentren en manos de personas jurídicas que ejerzan actividades mercantiles no prohibidas y los que son fruto de la misma actividad, ya que no existe razón jurídica suficiente para ello, por lo cual el Decreto vulnera los principios de proporcionalidad y no discriminación consagrados en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción.

2. Superintendencia de Sociedades

El Superintendente Delegado para los Procedimientos Mercantiles de esa Superintendencia, defiende la constitucionalidad del Decreto 4334 de 2008, señalando que desde su creación ese organismo supervisa las sociedades comerciales con el propósito de que en su constitución, funcionamiento y en desarrollo de su objeto social, se acomoden a la ley y a los estatutos, competencias que involucran una verificación de su información jurídica, económica, contable y financiera.

Explica que las facultades ordinarias de la entidad, están relacionadas con lo que ha dado en calificarse como un control subjetivo, dirigido a la verificación de mínimos legales en materia de constitución, funcionamiento, estados financieros y verificación de la situación económica de las empresas, sin que le sea posible regular la actividad misma de las empresas, es decir que no tiene control objetivo, como sí existe en otros entes de supervisión.

Indica que la Superintendencia de Sociedades es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, mediante el cual el Presidente de la República ejerce las funciones administrativas de inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 8° y siguientes de la Ley 222 de 1995, el Decreto Ley 1080 de 1996 y el Decreto 4350 de 2006, y agrega que con respecto al desarrollo del objeto social de las empresas, sólo tenía atribuciones para verificar que en desarrollo de su objeto social no desbordaran su

capacidad jurídica, es decir que no ejercieran actividades ajenas a su objeto social.

Sostiene que de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política, los artículos 90 y 214 de la Ley 222 de 1995 otorgan funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades para conocer de manera privativa del trámite de los procesos concursales de todas las sociedades comerciales, sucursales de sociedades extranjeras y empresas unipersonales, siempre que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación.

Expresa que la Ley 550 de 1999, otorgó facultades especiales a la Superintendencia para actuar como nominador en procesos de reestructuración empresarial, procesos universales híbridos de naturaleza concursal, en los cuales participan el nominador, el promotor y la asamblea de acreedores, con carácter erga omnes, en la búsqueda de fórmulas de salvamento empresarial; además la Ley 1116 de 2006, otorgó a la Superintendencia competencia para conocer del nuevo Régimen de Insolvencia en función jurisdiccional, en la cual se reiteró la asignación de funciones jurisdiccionales a ese organismo administrativo, como reconocimiento a su trayectoria en la administración de procesos concursales, en los cuales se ventila el pago ordenado de las acreencias del empresario insolvente o la reorganización de la empresa, frente a una universalidad de intervinientes, de procesos jurídicos y de derechos y obligaciones.

Afirma que sólo hasta la expedición del Decreto Legislativo 4334, la Superintendencia de Sociedades recibió expresas facultades extraordinarias, otorgadas al amparo de la emergencia social, para declarar la intervención, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera, en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal, con atribuciones suficientes para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado.

A continuación el interviniente hace una exposición sobre la actuación administrativa adelantada con respecto a la sociedad DMG, en ejercicio de la función de inspección, vigilancia y control, precisando que hasta el otorgamiento de las facultades señaladas en el Decreto 4334 de 2008, se ordenó la intervención de dicha sociedad.

Aduce que la Superintendencia de Sociedades tiene experiencia en el manejo de procesos concursales, de reorganización y de liquidación de empresas, principalmente por razones de insolvencia, los cuales forman parte de una nueva rama del Derecho, que es el Derecho Concursal, fundamentada en unos principios especiales y comprende una elaboración sistemática, independiente y autónoma de principios, reglas, instituciones, normas, autoridades, doctrinas, jurisprudencias, soluciones y consecuencias que la individualizan y diferencian de las demás ramas del derecho.

Asegura que en las disposiciones que comprenden el derecho de la insolvencia, independientemente que se trate de trámites jurisdiccionales, administrativos o de cualquier otro orden, subyace un común denominador, pues son de orden público y, por tanto, de obligatorio cumplimiento por tratarse especialmente de normas de procedimiento que afectan la órbita de derechos y obligaciones de los intervinientes e interesados, en las cuales y a partir de sus dictados, terminan los derechos de unos y comienzan los derechos de otros.

Señala que el proceso de intervención regulado en el Decreto 4334 de 2008 no es de carácter liquidatorio, pues su objetivo no consiste en liquidar el patrimonio de la empresa intervenida por captación no autorizada de recursos del público; se trata de un proceso que de la presunción de que todos los bienes, negocios y dineros aprehendidos no son propiedad de la empresa intervenida, sino que son de propiedad del público que entregó cuantiosos recursos en una operación no autorizada de captación masiva.

Explica que por tal motivo, el objetivo de ese procedimiento de intervención consiste en disponer de un mecanismo ordenado, cierto, ágil y expedito para restituir en el menor tiempo posible a la población los dineros que entregó al captador, sin causar mayores traumatismos en el orden social, para lo cual toma algunas estructuras de los procesos concursales, dentro de ellas el carácter universal de sus decisiones, que vinculan jurídicamente en un solo momento a todos los interesados, presentes, ausentes y disidentes, para que haya certeza en las oportunidades y requisitos para presentar reclamaciones y que en cabeza de una sola autoridad se pueda definir el derecho de cada cual.

Por tal motivo, señala, las decisiones de vinculación de terceros al procedimiento de

intervención tienen carácter jurisdiccional, "erga omnes", no sujetas a recursos, y las de devolución de dineros tienen carácter de cosa juzgada, en cuanto que comportan la definición de derechos, como así ocurre en los procesos concursales.

Sostiene que el procedimiento de intervención aludido es de naturaleza híbrida, pues participan autoridades administrativas en función jurisdiccional y auxiliares de la justicia como el agente interventor, con trámites administrativos como la gerencia de la empresa intervenida; además define unas etapas para la devolución de dineros aprehendidos, concede facultades para realizar los bienes y aumentar la masa de los recursos a restituir, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe que hubiesen podido resultar afectados con la medida de intervención.

Explica que la cosa juzgada "erga omnes" y el carácter jurisdiccional de las decisiones de toma de posesión (art. 3° Decreto 4334/08), guardan relación con estructuras de procesos concursales, necesarias para preservar el principio de igualdad entre los afectados por la captación masiva no autorizada y le imprime certeza a la definición de derechos y relaciones jurídicas.

En relación con el "plan de desmonte" (lit. d art. 7°), indica que consiste en la autorización que pueden impartir la Superintendencia Financiera de Colombia o la Superintendencia de Sociedades, antes de la toma de posesión, a la persona natural o jurídica incursa en una actividad no autorizada de captación masiva de dineros del público, que manifiesta su deseo de devolver voluntariamente los recursos, para que proceda de conformidad con un plan de gestión que debe ser avalado por una de las entidades de supervisión.

Sobre la facultad de la Superintendencia para "ordenar" a los comandantes de policía el cierre y sellamiento inmediato de los establecimientos en los cuales se realice la actividad de captación no autorizada (parágrafo 3° art. 7°), afirma que en ese evento la Policía Nacional no puede irrumpir en las instalaciones de la empresa intervenida, ni manipular los bienes y haberes que allí se encuentren.

En relación con el significado y alcance de la "presunción" consagrada en el último inciso del artículo 9° del Decreto 4334 de 2008, sostiene que está establecida en beneficio del público y protege el interés público previsto en el artículo 335 de la

Constitución; agrega que con base en ella los bienes encontrados en la empresa intervenida son separados jurídicamente de su patrimonio y se destinan a responder por la restitución de los recursos captados indebidamente, hasta concurrencia de la cuantía de los mismos, pudiendo iniciarse un proceso de liquidación judicial sobre el remanente, en los términos de la Ley 1116 de 2006; en su parecer, tal presunción es desvirtuable por terceros de buena fe, cuyos bienes pudieren resultar afectados por las medidas de intervención.

Por último se refiere al significado y alcance de los criterios para la devolución, previstos en el parágrafo 1° del artículo 10° y al pago de honorarios al interventor regulado en el parágrafo 3° de la misma disposición, indicando que dichos criterios involucran en su esencia el principio de igualdad, partiendo de los recursos disponibles y del número de solicitantes en todo el país, según corresponda a cada empresa intervenida.

En cuanto a los honorarios del interventor y los gastos que su gestión ocasione en materia de mantenimiento, servicios personales, compra de equipo, publicaciones, viáticos, arrendamientos, etc., el interviniente explica que corresponde al patrimonio de la intervenida responder por su cancelación, pero como se presume que todos los bienes aprehendidos no hacen parte del patrimonio de la persona intervenida, sino que están afectos a la devolución de dineros, corresponderá al Fondo Cuenta del Ministerio de Hacienda sufragar inicialmente los mismos y luego tales gastos quedarán representados como un crédito a ser atendido en el evento que se inicie un proceso de liquidación judicial de la persona intervenida.

3. Ministerio del Interior y de Justicia

El Ministro del Interior y de Justicia, intervino para defender la constitucionalidad del Decreto 4334 de 2008, para explicar los motivos por los cuales se adoptaron las medidas allí contenidas y su relación de finalidad, necesidad y proporcionalidad con el estado de emergencia social, declarado mediante Decreto 4333 de 2008.

Indica que en el Decreto 4333 de 2008, se señala como fundamento de dicha determinación que, conforme a las normas constitucionales y legales, las únicas entidades autorizadas para captar de manera masiva recursos 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.

Expresa que no obstante lo anterior, en todo el país proliferaron, en forma inusitada y desbordada, diferentes modalidades, no autorizadas, de captación o recaudo masivo de dineros del público, aunadas a sofisticados sistemas que dificultaban la intervención de las autoridades y hacían necesaria la adopción de medidas urgentes, mediante el uso de los instrumentos extraordinarios.

Informa que ante las falsas expectativas generadas con respecto a exorbitantes beneficios que se les ofrecían para atraerlos, que además, eran inexplicables en términos de racionalidad económica, un significativo número de ciudadanos entregaron sumas de dinero a los captores o recaudadores, en operaciones no autorizadas, comprometiendo su patrimonio, todo lo cual reflejaba un grave riesgo y amenaza para los mismos recursos entregados por el público, que requerían, para conjurar dicha situación, de procedimientos eficaces y abreviados, con los cuales se pudieran enfrentar los hechos sobrevinentes descritos que amenazaban con perturbar en forma grave el orden público y social.

Señala que en razón de los motivos expresados, se hizo necesario dotar a las autoridades locales de instrumentos excepcionales, con la finalidad de evitar la pérdida de los recursos que pudiesen afectar el interés de los ciudadanos y de la comunidad en general; así el Decreto 4334, dictado en desarrollo del anterior, otorgó la facultad a la Superintendencia de Sociedades, para que de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera, ordenara la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal, con la finalidad de preservar y restablecer el interés público notoriamente amenazado con la nefasta situación presentada a la que se ha venido haciendo referencia, y fijó, así mismo, un procedimiento expedito para la pronta devolución de los recursos obtenidos por las personas naturales o jurídicas en desarrollo de las actividades de captación masiva no autorizadas.

Sostiene que a la Superintendencia de Sociedades se le otorgaron facultades para declarar la intervención, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera, en los

negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal, con atribuciones suficientes para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado.

En su parecer, las facultades de que ordinariamente dispone ese organismo eran insuficientes para contrarrestar la situación que originó la declaratoria de emergencia y de ahí que la finalidad del Decreto 4334 de 2008 sea establecer un procedimiento de intervención que permita de una manera ordenada, ágil y expedita, restituir en el menor tiempo posible a la población, los dineros entregados al captador, y con ello, evitar que se ocasionara una conflagración social de consecuencias impredecibles, de los cuales existen antecedentes infortunados como fue lo ocurrido en Albania, de ingrata recordación.

Para el señor Ministro los factores anotados, constituyen hechos sobrevinientes perturbadores o constitutivos de amenaza de perturbación del orden, de que trata el artículo 215 de la Constitución y de ahí la necesidad de la expedición del Decreto 4334 de 2008, pues dada la coyuntura de connotación social y económica, aquellos tenían la virtualidad de alterar el orden público y social, de manera que el instrumento excepcional llamado a utilizarse por el ejecutivo era el consagrado en el citado precepto constitucional.

Aduce que esa medida resulta igualmente proporcional con el estado de emergencia, declarado mediante el Decreto 4333, en razón de los hechos sobrevinientes perturbadores en forma grave del orden igualmente social y económico en el país, que constituyen un presupuesto objetivo del decreto materia de revisión constitucional.

Concluye que el Decreto 4334 hace posible la toma de posesión de bienes de manera ágil y eficaz, ya que bajo el marco normativo ordinario la Superintendencia de Sociedades, efectuaba un control de legalidad formal de las sociedades sometidas a su órbita, sin la facultad requerida para intervenir actividades de captación de recursos no autorizadas por la ley, lo cual se logra con el citado Decreto que señala las medidas cautelares y de devolución de recursos para impedir la continuación de las operaciones ilegales y facilitar

la devolución de los recursos por un procedimiento expedito.

4. Presidencia de la República

A través de apoderado, el señor Presidente de la República intervino para defender la constitucionalidad del Decreto 4334 de 2008, al encontrar que formal y materialmente cumple con las exigencias señaladas en la Carta Política, para su expedición.

Explica que el Decreto 4334 de 2008 forma parte del conjunto de medidas adoptadas por el Gobierno Nacional, con el fin de conjurar la situación sobreviniente que con ocasión de las actividades de recaudo de dineros del público sin autorización legal, motivó la declaratoria de emergencia social.

En cuanto al alcance de la medida, explica que el fenómeno de recaudo masivo y habitual de dineros del público ha trascendido del ámbito privado de los ciudadanos y se ha convertido en un fenómeno que afecta los derechos más importantes de las personas, llegando así al punto de comprometer diversos intereses públicos.

Sostiene que la pérdida de recursos patrimoniales que ha ocurrido, que no era posible prever que sucediera como consecuencia del recaudo mencionado, afecta la capacidad de los ciudadanos para sustentar sus necesidades básicas y vivir en condiciones dignas, situación que atenta contra el interés público de lograr el bienestar de la población, pues causó disturbios y revueltas sociales, en perjuicio de la seguridad de diversas zonas del país.

Afirma que el requisito de imprevisibilidad también se encuentra acreditado, ya que en el pasado los eventos de recaudo masivo se habían limitado a situaciones esporádicas, en su mayoría de sociedades comerciales que luego de ejercer su actividad comercial excedían su objeto social incursionando en actividades de captación, como sucedió en el año 1982 con fenómenos de captación masiva y habitual por parte de un grupo específico de sociedades comerciales, las cuales no presentaban los grados de informalidad y apoyo del público registrado en las actuales circunstancias.

En su criterio, era imprevisible que esta conducta indebida tuviera las proporciones registradas en la actualidad y afectara un número tan grande de la población, incluyendo

personas de escasos recursos; igualmente resultaba imprevisible que el fenómeno del recaudo masivo de dineros del público no autorizado se escondiera con ingeniosos ropajes jurídicos diseñados para entorpecer la actuación de las autoridades.

Explica que si bien el concepto de captación masiva y habitual existía en la legislación colombiana desde 1982, el fenómeno actual resulta sobreviniente, pues no se tenían antecedentes de la ocurrencia de esta conducta ilegal en una proporción tan amplía, ni una afectación de la ciudadanía en la magnitud ahora registrada; agrega que la masiva defraudación al público por parte de recaudadores sin autorización, constituyó un hecho sobreviniente pues, a pesar del auge que lograron dichos actos indebidos en los últimos meses, no puede considerarse como una situación que normalmente se presente en el discurrir de la actividad de la sociedad.

Señala que la normatividad existente al momento de la declaratoria de Emergencia Social y de la expedición del Decreto 4334 de 2008 no ofrecía de manera efectiva, ágil y eficaz, la posibilidad de reaccionar preventivamente frente a las actividades a que se refiere el Decreto 4333 de 2008, comoquiera que el procedimiento previsto de manera general para la intervención y el cierre de los establecimientos que deben estar sometidos al control de la Superintendencia de Sociedades, evidenció una clara insuficiencia traducida en términos extensos que hacían difícil responder de manera oportuna, así como la necesidad de garantizar la devolución de los dineros recaudados en el menor tiempo posible.

Afirma la apoderada que con la expedición del Decreto 4334 de 2008 se estableció un marco para las actuaciones administrativas asignadas a las Superintendecias Financiera y de Sociedades, respecto de las personas naturales y jurídicas que captan o recaudan de manera no autorizada, con los siguientes objetivos: evitar que personas no autorizadas realicen operaciones que impliquen el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos del público, con lo cual se evita que personas de buena fe puedan perder sus recursos y ejecutar un procedimiento expedito para la devolución de los recursos entregados a esas entidades que no contaban con la debida autorización para captar o recaudar dineros del público.

Para la interviniente, la facultad de la Superintendencia de Sociedades de intervenir

respecto de las actividades de captación o recaudo de dineros sin contar con la debida autorización, aumenta las posibilidades de intervención estatal, a nivel de policía administrativa, en la medida que dicha competencia se otorga en adición a la que tiene la Superintendencia Financiera.

Asevera que al otorgarle a ese organismo funciones jurisdiccionales el Decreto Legislativo se aviene a la Carta, como quiera que las radica en una autoridad administrativa que goza de la independencia e imparcialidad de un juez, observando las facultades y deberes de los jueces, previa consideración de las diferencias respecto de la rutina judicial reconocidas a la Superintendencia.

Explica que la actuación administrativa de las Superintendencias Financiera y de Sociedades no requiere la prueba de una serie de circunstancias de tipo contable y financiero, como se establecía para la actuación de la Superintendencia Financiera en concordancia con lo dispuesto por el Decreto 1981 de 1988, sino que basta la existencia de hechos objetivos o notorios que indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas que no cuenten o con la debida autorización.

Asegura que con el Decreto se agiliza la devolución de los dineros, al crear, en cabeza de la Superintendencia de Sociedades una medida encaminada exclusivamente a lograr la devolución ordenada de las sumas de dinero aprehendidas o recuperadas.

Expresa que las condiciones de realización de las operaciones que describe el Decreto responden a la magnitud que el fenómeno de recaudo de dineros del público sin autorización alcanzó en el último año, permitiendo que las Superintendencias realicen la intervención con base en cualquier medio probatorio que las llevara a concluir la existencia de la captación o recaudo, sin imponer un conocimiento detallado de la operación, como sucedía al aplicar el Decreto 1981 de 1988.

Manifiesta que el Decreto 4334 de 2008 confirió a la Superintendencia de Sociedades la responsabilidad de intervenir en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal, dotándola de atribuciones suficientes para ordenar la toma de posesión de bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado.

Afirma que los procesos de que trata el Decreto forman parte del Derecho Concursal, cuyas disposiciones son de orden público, es decir, son de obligatorio cumplimiento por tratarse de normas de procedimiento que afectan derechos y obligaciones de los intervinientes e interesados.

Por último, acoge los planteamientos hechos por el interviniente de la Superintendencia de Sociedades, en el sentido de que el procedimiento que desarrolla el Decreto 4334 de 2008 no es un proceso liquidatorio, así como las explicaciones sobre el carácter erga omnes de las decisiones adoptadas por ese organismo (art. 3°), el plan de desmonte (art 7° lit. d) y la presunción establecida en relación con los recursos aprehendidos (art. 9-15).

A través de apoderado esa entidad defiende la constitucionalidad del Decreto 4334 de 2008, expresando que la actividad de captación de dineros del público, así como el manejo, administración e inversión de los mismos, en virtud de su connotación social y económica, sólo puede ser desarrollada por las entidades expresamente autorizadas por la Superintendencia Financiera, previo cumplimiento de los requisitos previstos por la ley; en ese sentido el bien jurídico que se busca tutelar con dicho ordenamiento es el interés público económico y la confianza en el sector financiero colombiano, presupuestos éstos que prevalecen sobre los intereses particulares.

Explica que para proteger los recursos del público, el legislador ha otorgado al Presidente de la República el deber de ejercer a través de la Superintendencia Financiera de Colombia las funciones de inspección, control y vigilancia sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo y aprovechamiento de los dineros captados del público, lo cual constituye el objeto principal y el marco de las funciones de dicha autoridad de supervisión, conforme a lo consagrado en los artículos 8° y 9° del Decreto 4327 de 2005; en ese sentido, las instituciones financieras vigiladas por esa Superintendencia están obligadas a someterse a un riguroso y exigente proceso de autorización previa, así como al cumplimiento permanente de exigibilidades de revelación contable y financiera, básicamente.

Advierte que a la luz de las normas vigentes cualquier inversión que se realice en una institución, establecimiento o sociedad no autorizada para captar dineros del público y, por ende, no sometida a la supervisión permanente por parte de la Superintendencia

Financiera o cualquier entrega de recursos a personas naturales, no cuenta con los mecanismos que tiene previstos la ley para proteger a los ahorradores y depositantes y reducir el nivel de riesgo de los usuarios del sistema financiero.

Sostiene que en vigencia de la normatividad existente antes de la declaratoria de emergencia social, la herramienta por excelencia que permitía determinar la configuración de la conducta de captación ilegal o recaudo de recursos era las visitas de inspección, destinadas a obtener las pruebas sobre la ocurrencia de la mencionada conducta.

Indica que por tratarse de actividades ilegales éstas se adelantan de manera informal, al punto que no existe en la mayoría de los casos libros y papeles del comerciante que permitan obtener evidencia sobre las transacciones y que constituyan plena prueba de cuanto en ellos esté contenido; tampoco los estados financieros son preparados conforme a la ley, ni cuentan con los soportes correspondientes y carecen de auditoría y además las transacciones se efectúan en efectivo, por lo cual no quedan rastros documentales para su seguimiento.

Expresa que una intervención de las autoridades competentes bajo las normas vigentes antes del estado de declaratoria de emergencia, implica sujetarse al cumplimiento de una rigurosidad probatoria y procedimental para establecer la existencia de una captación masiva y habitual e ilegal con el fin de blindar jurídica y probatoriamente los actos administrativos expedidos por el supervisor en esta materia.

Señala que en tal sentido, dada la presunción de inocencia y garantías constitucionales del debido proceso y derecho de defensa de la persona natural o jurídica objeto de la investigación, de las cuales no se puede sustraer la Superintendencia Financiera de Colombia, este organismo sólo podía actuar en el marco de la ley y en la medida en que pudiera probar, de modo fehaciente, cada uno de los supuestos normativos de la captación ilegal necesarios para entrar a determinar la configuración del delito de captación no autorizada de dineros del público.

Manifiesta que en el Decreto 4333 de 2008, se señala que la captación no autorizada también se realiza “bajo sofisticados sistemas que dificultaron la intervención de las autoridades”, aludiendo a los mecanismos utilizados para esconder sus operaciones tras

figuras y contratos aparentemente legales.

Aduce que de acuerdo con la Ley 35 de 1993 y el Decreto 1228 de 1996 la competencia para adelantar procesos de liquidación de las operaciones ilegales, o la liquidación del patrimonio social de la persona natural o jurídica, está asignada al juez civil del circuito del domicilio de la persona objeto de las medidas, lo cual torna demorado y complejo el proceso de devolución de los dineros captados del público en forma ilegal, toda vez que dichas autoridades deben aplicar el dilatado procedimiento concursal para la tramitación e impulso de todas las gestiones de pago y devolución de recursos.

Asegura que esas circunstancias justifican la necesidad de tomar medidas extraordinarias que, como las previstas en el Decreto 4334 de 2008, habilitan mecanismos ágiles y efectivos para reprimir desde lo administrativo la conducta de captación no autorizada de dineros, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado y crear de instrumentos para la pronta devolución de recursos obtenidos en desarrollo de esas actividades.

Según el interviniente el Decreto 4334 de 2008, establece el marco de las actuaciones administrativas asignadas a las Superintendecias Financiera de Colombia y de Sociedades, respecto de las entidades y personas que realizan actividades de captación o recaudo de dineros sin contar con la debida autorización estatal, actuaciones que tienen dos objetivos fundamentales: evitar que personas no autorizadas realicen operaciones que impliquen el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos del público para impedir que personas de buena fe puedan perder sus recursos y ejecutar un procedimiento expedito para la devolución de esos dineros.

Sostiene que en razón a la estrecha relación temática que existe entre los artículos 8° a 15 del Decreto 4334 de 2008 y el Decreto 4705 de 2008, se considera razonable que para efectos del estudio que adelanta esa entidad se tenga en cuenta dicha situación, y en virtud de la misma se disponga lo necesario a fin que el Decreto 4705 de 2008, que fue expedido al amparo de la Emergencia Social declarada el 15 de diciembre pasado, sea tomado en consideración en el análisis integral que debe realizar la Corte, en el marco del control automático de constitucionalidad sobre esas normas.

Considera que la facultad atribuida a la Superintendencia de Sociedades de intervenir

las actividades de captación o recaudo de dineros sin contar con la debida autorización legal, aumenta las posibilidades de intervención estatal, a nivel de policía administrativa, en la medida que dicha competencia se otorga en adición a la que tenía y tiene la Superintendencia Financiera para reprimir administrativamente dicho fenómeno, con la ventaja que ofrece la Superintendencia de Sociedades frente a la supervisión de sociedades comerciales ordinarias, dada su mayor presencia territorial y su vastísima experiencia en procesos concursales de diverso orden.

Asegura que la actuación de las Superintendencias Financiera y de Sociedades no requiere la prueba de una serie de circunstancias de índole contable y financiero, como se establecía para la actuación de la Superintendencia Financiera, sino que basta la existencia de hechos objetivos o notorios que indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas que no cuenten o con la debida autorización legal.

Expresa que el Decreto en revisión agiliza la devolución de los dineros, al crear, en cabeza de la Superintendencia de Sociedades una medida como la toma de posesión para la devolución de recursos, que es un mecanismo ordenado y expedito, encaminado exclusivamente a lograr la devolución de las sumas de dinero aprehendidas o recuperadas de manos de cualesquiera de los sujetos de la intervención.

Insiste en que la intervención es un procedimiento enmarcado en las funciones de policía administrativa y ejecutado de conformidad con las normas previstas en el Decreto 4334 de 2008, sin perjuicio del carácter judicial señalado para las decisiones adoptadas en el procedimiento de toma de posesión para devolución, tal como lo señalan el artículo 3° del Decreto 4334 de 2008 y el artículo 17 del Decreto 4705 del mismo año.

Explica que la entidad competente para disponer y llevar a cabo la intervención en el marco del Decreto 4334 en estudio es la Superintendencia de Sociedades, sin perjuicio de la facultad que tiene la Superintendencia Financiera de Colombia para adoptar medidas encaminadas a suspender de manera inmediata la realización de operaciones de captación por parte de entidades que no cuentan con la debida autorización estatal.

Considera pertinente precisar que para un cabal entendimiento del Decreto 4334 de 2008, éste sea analizado a luz de la modificación introducida por al artículo 1 ° del Decreto 4705 de 2008, en el sentido de señalar que tanto la Superintendencia de Sociedades

como la Superintendencia Financiera de Colombia son competentes a prevención, hasta la adopción de las medidas correspondientes, encaminadas a la protección de los recursos entregados en desarrollo de las operaciones de captación o recaudo adelantadas sin la debida autorización legal; además, dada la coexistencia de facultades por parte de las Superintendencias Financiera y de Sociedades, el mencionado Decretó señaló la necesidad de que ambas entidades implementen los mecanismos de coordinación orientados a evitar demoras y duplicidad de trámites.

Sostiene que la flexibilización de los presupuestos ordinarios de intervención, en orden a adecuarlos al discurrir vertiginoso de la conducta de captación, exigía implementar un procedimiento expedito, no tradicional, para la devolución de los dineros del público ilegal, ilegítima y artificiosamente captados, el cual no conculca las garantías mínimas de los implicados en la conducta, ya que lo expedito de un mecanismo no equivale a la arbitrariedad.

Asevera que la definición de los sujetos de intervención permite desarrollar el objeto complejo que el Decreto definió para la intervención estatal, al permitir dirigirse tanto a las personas y actividades como a la totalidad de los activos afectos a las mismas y abarcar así la generalidad de las manifestaciones propias del fenómeno.

Resalta el interviniente que el Decreto acoge los principios de universalidad del procedimiento e inembargabilidad de los recursos, al incorporar y mantener a disposición del mecanismo de intervención todos los activos, posibilitando la concurrencia de los posibles afectados al proceso, lo cual preserva la igualdad entre ellos al garantizar que tendrán la misma posibilidad de recuperación, en función exclusivamente de la disponibilidad de recursos.

Desarrollo del principio de universalidad, es, en su criterio, la presunción consagrada en el numeral 15 del artículo 9 del Decreto 4334 de 2008, de acuerdo con la cual los bienes aprehendidos son de propiedad de los captadores, medida razonable dada la poca información con que cuentan los agentes interventores.

En su parecer el Decreto es garantista, pues para la devolución de recursos es un trámite sencillo eficiente y expedito, que además participa del carácter jurisdiccional para resguardar en mejor modo el principio de igualdad entre los afectados por la conducta de

captación ilegal, por la certeza y firmeza en la definición de los derechos del ciudadano que desembolsó los recursos frente a quien ilegalmente los captó.

Señala que entre las medidas previstas en el Decreto 4334 y la declaratoria de Emergencia Social existe una relación de medio a fin, en la medida en que las disposiciones en revisión buscan facilitar la ejecución de acciones por parte de las Superintendencias Financiera y de Sociedades, de acuerdo con las atribuciones señaladas en el mencionado Decreto, las cuales están orientadas a la suspensión inmediata de las operaciones de captación o recaudo de dinero desarrolladas por personas que no cuentan con la debida autorización estatal, así como a la devolución expedita de los dineros entregados en dichas operaciones; además, la contundencia de las medidas adoptadas también es consecuente con el número de personas afectadas que ha alcanzado el fenómeno.

Indica que desde el punto de visto teleológico, el Decreto 4334 se encamina a dos objetivos básicos: conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, según lo dispone el artículo 215 superior; agrega que como la crisis se encuentra originada por la captación masiva ilegal de recursos del público por parte de entidades captadoras y por actividades y estructuras legales complejas tendientes a evitar el control e intervención por parte de las autoridades, ha de entenderse que las disposiciones del Decreto 4334 de 2008 buscan directamente conjurar la situación originada, mediante la implementación de nuevos mecanismos de intervención, así como a través de la tipificación de modalidades nuevas de captación de recursos del público.

Por último, expresa que el Decreto no afecta derechos intangibles ni tampoco suspende derechos fundamentales; así mismo cumple con los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad y no discriminación consagrados en la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, igualmente no afecta los derechos sociales de los trabajadores y en general es respetuoso de los derechos fundamentales y de los tratados que en materia de derechos humanos son aplicables para el Estado Colombiano.

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Para el señor Procurador General de la Nación el Decreto 4334 de 2008 no sólo cumple con los requisitos formales para su expedición, sino que también guarda una relación

directa de conexidad temática, sistémica y teleológica con el decreto declarativo que le sirve de fundamento, pues en su sentir sus disposiciones no hacen otra cosa que crear un procedimiento expedito para intervenir las conductas, operaciones y patrimonio de las personas involucradas en actividades de captación masiva y no autorizada de dineros, y garantizar la devolución de los dineros recibidos, principalmente a las personas de menores recursos, mediante la asignación de facultades especiales a la Superintendencia de Sociedades, atendiendo a sus competencias constitucionales y legales.

En su parecer las medidas contempladas en el decreto 4334 de 2008 están enmarcadas en los propósitos específicos de conjurar las causas de la crisis que derivó en la declaratoria de la emergencia social a través del Decreto 4333 de 2008; e impedir la extensión de sus efectos, en particular, la precaria situación económica en que han quedado los afectados por dichas actividades, llegando a comprometer la subsistencia de sus familias, lo cual puede devenir en alteraciones del orden público.

Advierte que el Decreto 4334 del 2008, guarda una relación directa de conexidad sustantiva entre su motivación y su contenido normativo por cuanto enuncia como sustento de sus disposiciones que por la modalidad de captadores o recaudadores de dinero en operaciones no autorizadas se ha generado abuso del derecho y fraude a la ley, al ocultar en fachadas jurídicas legales el ejercicio no autorizado de la actividad financiera, lo cual causa graves perjuicios al orden social y amenaza el orden público; y que en consecuencia, es imperativo adoptar medidas expeditas con fuerza de ley para intervenir de manera inmediata las conductas, operaciones y el patrimonio de las personas involucradas en el desarrollo de tales actividades ilegales.

Considera que al expedir el Decreto 4334 de 2008 el Gobierno reiteró y concretó las razones que invocó como fundamento fáctico de la declaratoria de emergencia social, a través del Decreto 4333 de 2008, de modo tal que son aplicables los mismos razonamientos que fueron expuestos atrás al analizar el tema de la conexidad externa, siendo forzoso concluir que también respetó el requisito de la conexidad interna del Decreto 4334 de dicho año.

Señala que de acuerdo con el Decreto 3227 de 1982 (modificado por el Decreto 1981 de

1988), la Ley 35 de 1993 y el Decreto 1228 de 1996, que conforman el marco jurídico ordinario para combatir la captación, sin autorización estatal, de dineros del público en forma masiva y habitual, la competencia para conocer los procesos de liquidación de las operaciones ilegales de esa clase o los de liquidación del patrimonio social de la persona natural o jurídica involucrada en ellas, estaba radicada en cabeza del juez civil del circuito del domicilio del demandado.

Expresa que esa situación derivó, en la práctica, en que la devolución de los dineros recaudados en forma ilegal resultara lenta y difícil, en la medida en que el impulso de ese tipo de procesos y las gestiones de pago respectivas se rigen por el trámite concursal, el cual no tiene en cuenta las especificidades propias de las distintas modalidades del ilícito en cuestión, de modo tal que, en muchos casos, los objetivos de proteger los derechos de terceros y de preservar la confianza del público, en general, derivaron en inocuos.

Estima que el Decreto también cumple con los criterios de finalidad y necesidad, en la medida en que responde a la insuficiencia y deficiencia de los mecanismos ordinarios para conjurar la presente crisis social, buscando suplir las falencias de aquellos, mediante la creación de un nuevo modelo de intervención del Estado para tomar posesión de los bienes, haberes y negocios de los captadores con el propósito de restablecer y preservar el interés general que reviste la actividad financiera, salvaguardando los ahorros del público.

Después de hacer unas precisiones conceptuales sobre la intervención del Estado en la economía y sobre el control, inspección y vigilancia estatal de la actividad financiera y, en concreto, de las operaciones de captación masiva de dineros, el Procurador encuentra que las normas del Decreto 4334 de 2008 no hacen parte de las que tienen reserva de ley marco, pues en su sentir no definen criterios y objetivos generales a los que debe sujetarse el Gobierno al intervenir la actividad financiera, sino que, al contrario, los desarrolla al consagrar un procedimiento expedito para la suspensión inmediata de las actividades de captación ilegal de recursos y para la devolución de los dineros recaudados bajo esa modalidad, lo mismo que para la imposición de sanciones administrativas a las personas involucradas en aquella.

Encuentra que el Decreto que se revisa es acorde con los mandatos Superiores que imponen al Estado y, en concreto, al Gobierno Nacional, el deber de proteger el interés general de los ciudadanos frente a los poderes sociales configurados a partir del manejo, aprovechamiento e inversión de dineros captados masivamente del público.

A continuación se refiere al ejercicio de facultades jurisdiccionales por la Superintendencia de Sociedades y señala que la función de intervención, otorgada a dicha entidad por el Decreto 4334 de 2008, es el extremo más contundente dentro de un conjunto de medidas que puede tomar frente a una persona natural o jurídica implicada en operaciones de recaudo masivo de dineros del público, sin autorización legal, como organismo de inspección, vigilancia y control, las cuales coexisten con las atribuciones jurisdiccionales que deberá asumir al ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de aquéllas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado.

Según su criterio, el Decreto 4334, al otorgar facultades de intervención a la Superintendencia de Sociedades, no está vulnerando ningún valor principio o derecho fundamental, pues en su lugar fortalece la colaboración armónica que debe imperar entre las distintas ramas y órganos del poder público, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales radicadas en cabeza del Presidente de la República.

No obstante las anteriores observaciones, para el Procurador la Corte debe declarar inexequibles las expresiones "erga omnes", e "indirectamente" contenidas en los artículos 3º y 5º, respectivamente del Decreto 4334 de 2008; considera que no puede otorgarse a las decisiones de la Supersociedades efectos erga omnes, pues además de tratarse de una condición extraña a la naturaleza de las sentencias, no tiene potestad jurídica para hacerlo, "al punto que en nuestro sistema normativo las únicas decisiones judiciales que revisten ese carácter son las dictadas en el curso de los procesos de control constitucional de las leyes, dado su carácter abstracto y concentrado, y por previsión del propio Constituyente primario".

Señala que el proceso de intervención previsto en el Decreto en mención debe ser abordado, ante todo, como una garantía para que cada ciudadano, en forma individual, pueda proteger sus derechos y libertades amenazados o vulnerados a partir de las

causas que motivaron la declaratoria de la emergencia social en que se funda; por ende, la Superintendencia, actuando como juez natural en esas causas, no pueden extralimitar los efectos de sus decisiones, "ya que lo que incomoda o agravia a un ciudadano, bien puede beneficiar o ser aceptado por otro, según las diversas valoraciones de cada situación en particular".

De otra parte, expresa que el artículo 5º del Decreto 4334 de 2008, que trata sobre los sujetos del proceso de intervención, incluye a las demás personas naturales o jurídicas vinculadas directa o "indirectamente", distintos a quienes tienen exclusivamente como relación con estos negocios haber entregado sus recursos, frente a lo cual considera que aún aceptando que el grupo de sujetos de intervención debe ser bastante amplio, para efectos de garantizar una mayor eficiencia en la labor de las autoridades encargadas de la judicialización de las personas involucradas en actividades de captación masiva y no autorizada de dineros del público y de la devolución de los dineros entregados a ellas en desarrollo de las mismas, "tal necesidad no puede ser llevada al extremo de servir como justificación para desbordar el objeto y fin de la legislación de emergencia en que se enmarca, ni de lesionar postulados Superiores como el de la buena fe que debe regir las relaciones entre los particulares y la Administración".

Afirma en ese sentido que al incluir dentro de los sujetos del proceso de intervención en cuestión a las personas vinculadas "indirectamente" con quienes están ejecutando dichos negocios, el Gobierno incurre en una "intromisión indebida en el goce y ejercicio del derecho fundamental a la libertad de empresa de las personas que perciben utilidades del ejercicio legítimo de actividades económicas lícitas, como una expresión de arbitrariedad, ajena al Estado de derecho".

Concluye manifestando que no es justo que el Ejecutivo persiga e investigue a quienes ninguna relación directa tienen con tales actividades ilícitas, "los cuales no son más que otras víctimas del engaño de las personas que se han lucrado captando dineros del público sin la correspondiente autorización legal".

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 214-6° y 241-7° de la Constitución Política, corresponde a la Corte Constitucional ejercer control oficioso de constitucionalidad sobre el Decreto 4334 de 2008, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política y en desarrollo del Decreto 4333 de 2008, por medio del cual se declaró el Estado de Emergencia Social.

2. Exigencias constitucionales de los decretos dictados en desarrollo de los estados de emergencia económica, social y ecológica.

Con base en lo dispuesto en los artículos 212 a 215 de la Constitución, el Presidente de la República puede decretar los estados de excepción -guerra, conmoción interior y emergencia-, cuando sobrevengan situaciones extraordinarias, tales como la agresión exterior, grave perturbación del orden público y hechos distintos a los anteriores que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país o que constituyan grave calamidad pública, respectivamente, con base en los cuales puede adoptar medidas destinadas a conjurar la crisis, medidas que al igual que el acto de declaración, se encuentran sujetas a control jurisdiccional, formal y material, por parte de la Corte Constitucional.

De manera reiterada, esta corporación ha expresado1 que la regulación constitucional de los estados de excepción obedece a la necesidad de asegurar la vigencia de la Constitución Política, aún en situaciones extraordinarias de anormalidad, en las que el Ejecutivo debe contar con instrumentos igualmente excepcionales para restablecer el orden público político o económico turbado, que concilien la eficacia de las medidas orientadas a conjurar las causas de la alteración, con la vigencia de los principios esenciales del Estado Social de Derecho, cuya primacía se ha de preservar2.

El artículo 215 de la Constitución faculta al Gobierno para expedir durante el estado de emergencia económica, social y ecológica decretos con fuerza de ley respecto de estrictas materias que originaron su declaratoria, pudiendo luego el Congreso derogarlos, modificarlos o adicionarlos, durante el año siguiente a la declaratoria, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno, y en todo tiempo si son de iniciativa de sus miembros.

La finalidad constitucional de esa atribución extraordinaria, consiste en permitir que el Gobierno adopte medidas normativas orientadas "exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos", además acordes con las causas que hayan determinado la declaratoria de emergencia, lo que supone la necesidad de que sean expedidas con prontitud y discreción, para así asegurar su efectividad en relación con la situación crítica que se pretende conjurar.

No puede el Gobierno en desarrollo del estado de emergencia desconocer las garantías fundamentales constitucionales ni ejercer atribuciones supra o extraconstitucionales, pues las facultades derivadas de esa situación extraordinaria tienen que ser ejercidas dentro del marco normativo de la Constitución para épocas de normalidad, de modo que su excepcionalidad no lo habilita para desconocer el ordenamiento superior sino para suplir transitoriamente la competencia legislativa del Congreso. Al respecto, la jurisprudencia ha puntualizado:

"El Presidente de la República, quien no tiene ordinariamente a su cargo el ejercicio de la tarea legislativa, toma prestadas del Congreso las atribuciones inherentes a la misma pero sólo con la justificación de la crisis existente, por causa y con ocasión de ella, y con el exclusivo propósito de atender con la prontitud y eficiencia requeridas el imperativo urgente e ineludible dentro de su quehacer constitucional, de ofrecer solución inmediata y real a la circunstancia específica objeto de alarma, por lo cual apenas puede asumir facultades restringidas, circunscritas a ese definido y delimitado propósito, preservándose en lo demás el principio constitucional que confiere al Congreso la potestad de expedir las leyes. En todo aquello que exceda los linderos que el propio Gobierno se traza en el decreto declaratorio del Estado de Emergencia, si ejerce de hecho la función legislativa, desplazando ilegítimamente al Congreso Nacional, invade la órbita propia de éste y vulnera la Constitución." 3

La Carta ha establecido precisos límites al ejercicio de las facultades del Gobierno durante el estado de emergencia, entre los cuales procede resaltar los siguientes:

a) El estado de emergencia se podrá declarar por períodos hasta de treinta días, en cada caso, que sumados no excederán noventa días en el año calendario.

b) En el decreto declarativo el Gobierno debe señalar el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias, y convocará al Congreso si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término.

c) Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, el Presidente con la firma de todos los ministros podrá dictar "decretos con fuerza de ley", destinados "exclusivamente a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos".

d) Los decretos legislativos que expida el Gobierno durante la emergencia, a diferencia de los dictados con fundamento en la declaratoria de conmoción interior, tienen vocación de permanencia4, es decir, pueden reformar o derogar la legislación preexistente y poseen vigencia indefinida, hasta tanto el poder legislativo proceda a derogarlos o reformarlos, salvo cuando se trata de normas relativas a la imposición de tributos o modificación de los existentes5, los cuales "dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente".

e) Los decretos legislativos que se dicten durante el estado de emergencia "deben 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, evento en el cual las medidas que se adopten dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso durante el año siguiente les otorgue carácter permanente.

Así, dentro del marco de la Carta de 1991, la competencia del Gobierno en materia de estados de emergencia es reglada y, con ello, política y jurídicamente responsabilizadora, estando sujeta a precisas pautas definidas en el ordenamiento superior que conducen, en lo que concierne al control jurídico de los decretos dictados bajo su amparo, a la realización por parte de la Corte Constitucional, de un examen que comprende juicios acerca de la conexidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, tal como se desprende del artículo 215 superior y de lo establecido en la Ley 137 de 1994, Estatutaria de Estados de Excepción, como pasa a explicarse.

El primero de tales juicios se orienta, en reiterados términos generales, a la constatación de un nexo causal entre las situaciones que de manera mediata e inmediata han dado

origen a la declaratoria del estado de excepción y la materia regulada por los decretos legislativos correspondientes.

Esa relación de causalidad, denominada "conexidad" por la jurisprudencia, es uno de los requisitos sin los cuales no puede predicarse la constitucionalidad de las medidas adoptadas por la normatividad de excepción, y consiste en determinar si los decretos legislativos observan una doble relación de causalidad, entre las causas que generan la declaratoria del estado de excepción y su finalidad (conexidad externa), y entre dichas causas y la materia regulada (conexidad interna)6.

Recuérdese, al respecto, que el artículo 215 en su incisos tercero y cuarto señala que los decretos deben estar destinados "exclusivamente" a superar la situación que hubiere determinado la declaratoria del estado de excepción y a impedir la extensión de sus efectos y deberán referirse a materias que tengan "relación directa y específica" con el estado de emergencia, lo cual refleja la intención del constituyente de perfilar ese instrumento para que sea utilizado ante reales fenómenos sobrevinientes y determinantes de la emergencia económica, social y ecológica.

En efecto, acepciones tales como "exclusivamente", apuntan a que los decretos de desarrollo del estado de emergencia no puedan tener otra finalidad que la mencionada, de conjurar la crisis que dio lugar a su declaración y evitar la propagación de sus consecuencias; la exigencia de una "relación directa", excluye la simple relación incidental, indirecta, tangencial entre los hechos causantes del estado de excepción y la materia que regulan; tal relación además debe ser "específica", es decir, de la misma clase, de igual naturaleza, de idéntica especie.

En ese sentido, el artículo 10° de la Ley 137 de 1994, dispone que las medidas adoptadas en los decretos legislativos deberán estar, así directa y específicamente, encaminadas a conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos.

Por su parte, el juicio de proporcionalidad se orienta a verificar la adecuación de los medios en que consisten las medidas adoptadas, con los fines propuestos tanto por la Constitución como por los decretos de excepción; dicho juicio se refiere a la necesidad, idoneidad y conducencia de los medios adoptados por el Ejecutivo, para realizar no sólo el

fin general de "conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos", sino también los fines específicos definidos por el respectivo decreto legislativo.

La medida de la proporcionalidad está dada por la mínima repercusión negativa que las medidas adoptadas para alcanzar el fin o los fines propuestos, tengan sobre otros principios igualmente fundamentales; y también por la conducencia e idoneidad de los medios para la consecución de los objetivos definidos por el legislador de excepción. En este sentido, los artículos 6°, 7° y 8° de la Ley 137 de 1994 disponen que cuando un derecho o libertad fundamental deba restringirse, o su ejercicio reglamentado mediante un decreto legislativo, no podrá afectarse su núcleo esencial y, en todo caso, el respectivo decreto deberá señalar los motivos por los cuales se impone cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales, 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.

Dichos decretos además "deberán expresar claramente las razones por las cuales cada una de las medidas adoptadas es necesaria para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción" (art. 11 ibídem); así mismo, las medidas expedidas durante los estados de excepción deberán guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar (art. 13 ibídem).

Las limitaciones a los derechos no podrán ser tan gravosas que impliquen la negación de la dignidad humana, la intimidad, la libertad de asociación, el derecho al trabajo, el derecho a la educación, la libertad de expresión y de los demás derechos humanos y libertades fundamentales, que no pueden ser suspendidos en ningún estado de excepción (art. 5°). Con tal fin se tendrá presente que de conformidad con el artículo 93 de la Carta, los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia prevalecen en el orden interno; así mismo, que de acuerdo con el artículo 214-2 de la Constitución, durante los estados de excepción en todo caso se respetarán las normas del derecho internacional humanitario.

Vale recordar al respecto, que de acuerdo con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles 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; los principios 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 corpus (art. 4°).

Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos y, de todas formas, se garantizarán los derechos consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política.

Igualmente, conforme al artículo 14 de la Ley 137 de 1994, las medidas adoptadas con ocasión de la vigencia de los estados de excepción no pueden entrañar discriminación alguna, por razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica; lo anterior no obsta para que se adopten medidas en favor de miembros de grupos rebeldes, para facilitar y garantizar su incorporación a la vida civil.

Al tenor del artículo 15 ibídem, dichas medidas no podrán a) suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales; b) interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado y c) suprimir ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento.

Estos límites al ejercicio de las facultades atribuidas al Ejecutivo, son a su vez precisos parámetros que ha de tomar en cuenta esta Corte para el examen de constitucionalidad de los decretos legislativos sometidos a control automático de constitucionalidad. No sobra precisar que ese examen respecto de los decretos sometidos a control se limita al ámbito estrictamente jurídico de las disposiciones estudiadas, sin que le corresponda efectuar análisis de conveniencia o de índole económica, sociológica o política, aspectos estos que se encuentran por fuera de su competencia.

Por último, los referentes normativos que la Corte debe tomar en cuenta para el ejercicio del control automático que ordena el artículo 214-6 superior, son el propio texto

constitucional, los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, las normas de derecho internacional humanitario, la ley estatutaria de los estados de excepción y el propio decreto que declara el estado de conmoción interior7.

Hechas las anteriores observaciones, procede la Corte a verificar el cumplimiento de los requisitos formales por parte del Decreto 4334 de 2008, para luego analizar su contenido material.

3. Verificación del cumplimiento de los requisitos formales por parte del Decreto 4334 de 2008

El Decreto 4334 de noviembre 17 de 2008 cumple los requisitos de forma previstos en los artículos 213 y 214 de la Carta Política, por las siguientes razones:

3.1. Fue expedido con fundamento en el Decreto 4333 de noviembre 17 de 2008, por el cual se declaró el estado de emergencia social, definido como exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-135 de 2009 (febrero 25), M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

3.2. Lleva la firma del Presidente de la República y de todos sus ministros, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 214 numeral 1° de la Constitución.

3.3. Fue remitido a la Corte Constitucional el día hábil siguiente al de su expedición, por el Presidente de la República, y recibido el mismo día en la Secretaría General de la Corte Constitucional, según lo dispuesto por el numeral 6° del artículo 214 ibídem.

3.4. El Decreto bajo examen se expidió dentro del término de los 30 días por el cual se declaró el estado de emergencia social.

3.5. Cumple con unos elementos mínimos de motivación.

4. Análisis material del Decreto Legislativo 4334 de 2008

Antes de abordar el análisis del Decreto 4334 de noviembre 17 de 2008, conviene precisar que estando en curso la presente revisión oficiosa de constitucionalidad el Presidente de la República, en desarrollo del estado de emergencia declarado a través

del Decreto 4333 del mismo año, expidió el Decreto 4705 del 15 de diciembre , también de la misma anualidad, por medio del cual adicionó y modificó algunas disposiciones del mencionado Decreto 4334 de 2008, circunstancia que no impide a esta Corte decidir definitivamente sobre su constitucionalidad, porque antes de la modificación, dichas normas pudieron producir efectos en el ordenamiento jurídico y por, tanto, es indispensable definir si esas consecuencias estaban o no amparadas por la Constitución Política.

4.1. Juicio de conexidad

En primer lugar, debe esta corporación determinar si existe nexo causal entre la materia regulada en el Decreto 4334 de 2008 y las situaciones que de manera mediata e inmediata originaron la declaratoria de la emergencia social por medio del Decreto 4333 de 2008, pues como se expuso en precedencia, conforme al artículo 214-1 superior, los decretos legislativos únicamente pueden apuntar, en relación "directa y específica", a superar la situación que hubiere determinado la declaratoria del estado de excepción. Con tal fin se recordará que la emergencia social declarada en el Decreto 4333 de 2008, tuvo origen, entre otros, en los siguientes hechos y circunstancias, según aparecen relacionados en las consideraciones de ese ordenamiento legal:

"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;

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 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 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;

… … …”

Es de repetir, que mediante sentencia C-135 de 2009 (febrero 25), M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, esta Corte encontró exequible el Decreto 4333 de 2008, en cuanto cumplió satisfactoriamente con los requisitos formales y materiales para su expedición.

Ahora bien, en las consideraciones del Decreto 4334 de 2008 bajo revisión, el Gobierno se refiere a los hechos que motivan su expedición expresando que “… se han presentado conductas y actividades sobrevinientes por parte de personas naturales y jurídicas que atentan contra el interés público protegido por el artículo 335 de la C. P., en tanto que por la modalidad de captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras

operaciones y negociaciones, generan abuso del derecho y fraude a la ley al ocultar en fachadas jurídicas legales, el ejercicio no autorizado de la actividad financiera, causando graves perjuicios al orden social y amenazando el orden público, tal como fue expresado en el decreto de Declaratoria de Emergencia, razón por la cual, el Gobierno Nacional debe adoptar urgentes medidas con fuerza de ley que intervengan de manera inmediata las conductas, operaciones y el patrimonio de las personas involucradas y en las de quienes amenazan con desarrollarlas en adelante".

Como puede apreciarse, existe coincidencia causal, temática y teleológica entre los hechos que invoca el Gobierno en el Decreto 4334 de 2008 bajo revisión y los que aparecen consignados en las consideraciones del Decreto 4333 del mismo año, que declaró el estado de emergencia social, pues ambos se refieren al advenimiento de modalidades de captación o recaudo masivo no autorizado de dineros del público, que por estar ocasionando graves perjuicios al orden social y amenazando el orden público, demandan la intervención inmediata del Gobierno.

Las medidas adoptadas por el Gobierno en el Decreto 4334 de 2008, además se refieren a materias que tienen relación directa y específica con la situación que determinó la declaración de la emergencia social, ya que están orientadas a hacer efectiva la intervención del Estado en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que captan dinero del público sin la debida autorización estatal, conforme a la ley, para lo cual se le otorgan a la Superintendencia de Sociedades amplias facultades para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado (art. 1°).

Tal intervención tiene dos objetivos fundamentales: (i) suspender de manera inmediata las operaciones o negocios de personas naturales o jurídicas que a través de captaciones o recaudos no autorizados, tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones masivas, "generan abuso del derecho y fraude a la ley"8

al ejercer la actividad financiera irregular; y (ii) disponer la organización de un procedimiento cautelar que permita la pronta devolución de recursos obtenidos en desarrollo de tales actividades (art. 2°).

Por lo anterior, encuentra esta Corte que el Decreto 4334 de 2008 guarda relación de conexidad externa con las causas que generaron la declaratoria del estado de emergencia social y su finalidad, pues como se ha visto, las medidas allí consagradas están destinadas a conjurar las causas de la crisis que derivó en la declaratoria de la emergencia social a través del Decreto 4333 de 2008, y a impedir la extensión de sus efectos, evitando la agudización y extensión de la crisis social que generó la captación y recaudo no autorizados de dineros del público.

También existe relación de conexidad interna entre la motivación del Decreto 4334 de 2008 y su contenido normativo, pues como se ha enunciado allí se adoptan medidas con fuerza de ley para intervenir la actividad que desarrollan captadores o recaudadores de dinero en operaciones no autorizadas, a fin de impedir que sigan afectando el orden social.

En ese sentido, el Decreto en revisión determina la naturaleza del procedimiento de intervención (art. 3°), asigna a la Superintendencia de Sociedades la competencia para realizarla (art. 4°); señala quienes son sujetos de intervención y bajo cuales supuestos (art. 5° y 6°); regula las medidas de intervención aplicables y fija el contenido de la providencia que ordena la toma de posesión (arts. 7° y 8°); indica los efectos de la toma de posesión para devolución (art. 9°), fija el procedimiento y los criterios para la devolución inmediata de dineros (art. 10°); establece la figura del agente interventor (art. 11); regula lo atinente a la declaratoria de terminación de la toma de posesión para devolución (art. 13); fija las reglas en los casos de actuaciones en curso en la Superintendencia Financiera y las remitidas a los jueces civiles del circuito (art. 14) y consagra la aplicación supletiva del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (art. 15).

4.2. Juicio de proporcionalidad

La realización de este juicio implica hacer evaluaciones sobre la necesidad, idoneidad y conducencia de los mecanismos adoptados por el Ejecutivo en el Decreto 4334 de 2008, y la repercusión que las medidas consagradas para alcanzar los fines propuestos, tengan sobre principios fundamentales.

(i) En cuanto respecta al análisis de necesidad, cabe recordar que según el artículo 11 de la Ley 137 de 1994 los decretos legislativos "deberán expresar claramente las razones por las cuales cada una de las medidas adoptadas es necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente".

Esta exigencia es cumplida por el Decreto 4334 de 2008, toda vez que en sus considerandos el Gobierno expresó que era indispensable "adoptar urgentes medidas con fuerza de ley que intervengan de manera inmediata las conductas, operaciones y el patrimonio" de las personas que bajo la modalidad de "captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones, generan abuso del derecho y fraude a la ley al ocultar en fachadas jurídicas legales, el ejercicio no autorizado de la actividad financiera, causando graves perjuicios al orden social y amenazando el orden público".

Vale recordar que al pronunciarse sobre la exequibilidad del Decreto 4333 de 2008 esta Corte en la mencionada sentencia C-135 de 2009, halló que los hechos invocados para justificar la declaratoria de emergencia social tenían el carácter de "sobrevinientes y extraordinarios", por lo cual no encontró errada ni arbitraria la apreciación que de la actividad de captación masiva y habitual de los recursos del público, afectaba de manera grave e inminente el orden social del país, por las dimensiones que el fenómeno había alcanzado y porque los recursos captados del público estaban en riesgo, todo lo cual urgía la pronta intervención del Estado; tampoco juzgó desatinada la evaluación del Gobierno en relación con la necesidad de intervenir y adoptar procedimientos ágiles, mecanismos abreviados y demás medidas tendientes a restituir los activos que sean recuperados por las autoridades competentes a la población afectada por la mencionada actividad.

Así mismo, resulta plausible la afirmación hecha por la Superintendencia Financiera, de que las medidas contenidas en el Decreto 4334 de 2008, son indispensables para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia social, dada la insuficiencia de los instrumentos ordinarios legales existentes, toda vez que para determinar la existencia de captación ilegal o recaudo de recursos, realiza visitas de

inspección a fin de recoger pruebas sobre la ocurrencia de la mencionada conducta, mecanismo que es inocuo cuando se trata de actividades ilegales adelantadas de manera informal, como las que pretende combatir el decreto legislativo (captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones), pues según el ente de control en estos casos no existen libros, estados financieros ni papeles del comerciante que permitan obtener evidencia sobre las transacciones, las cuales se efectúan en efectivo sin dejar rastros documentales para su seguimiento.

En el examen de la necesidad de las medidas en revisión, también es relevante la información que suministra la mencionada Superintendencia sobre la dificultad de aplicar en esos casos la Ley 35 de 1993 y el Decreto 1228 de 1996, que atribuyen a los jueces civiles del circuito competencia para adelantar bajo el procedimiento concursal la liquidación de las operaciones ilegales y del patrimonio social de la persona natural o jurídica involucrada en esas prácticas, pues ciertamente la complejidad de tal actuación generaría demora en el proceso de devolución de dineros captados del público en forma ilegal, ocasionando inmensos perjuicios a los afectados, que precisamente es lo que se busca evitar con las medidas consagradas en el Decreto bajo revisión.

Para esta Corte, las circunstancias anotadas revelan la necesidad de adoptar medidas extraordinarias, como las que están previstas en el Decreto 4334 de 2008, las cuales se encuentran orientadas, como se explicará en detalle más adelante, a la obtención de los objetivos propuestos en el Decreto 4333 del mismo año y, en especial, a hacer realidad los mandatos superiores (arts. 150-19-d, 189-24 y 335 Const.), que consagran la intervención del Estado en las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público, mediante la implementación de mecanismos ágiles y efectivos tendientes a suspender los “sofisticados sistemas” de captación o recaudo y buscar la pronta devolución de recursos obtenidos en desarrollo de tales actividades.

(ii) Por lo que respecta a la evaluación sobre la idoneidad, conducencia y posible afectación de garantías fundamentales por parte de las medidas previstas en el Decreto 4334 de 2008, encuentra esta Corte que resultan aptas para la consecución de los fines propuestos en el Decreto 4333 de 2008, y los que de manera específica están señalados

en el artículo 2° de aquella preceptiva, de suspender de manera inmediata las operaciones y negocios de las personas naturales o jurídicas que ejercen irregularmente la actividad financiera a través de captaciones o recaudos no autorizados, así como para establecer un procedimiento que garantice la pronta devolución de los recursos obtenidos en esas actividades.

1. El artículo 1°9 declara la intervención del Gobierno por conducto de la Superintendencia de Sociedades, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera, "en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal, conforme a la ley", para lo cual se le otorgan a dicha Superintendencia "amplias facultades para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado".

De esa manera, la norma bajo análisis delimita el ámbito de aplicación del régimen de intervención regulado en el Decreto 4334 de 2008, dotando al mencionado organismo de las más extensas atribuciones, lo cual se justifica constitucionalmente si se tiene presente que lo que busca el Gobierno es encarar una situación excepcional originada por la captación masiva y habitual de dineros del público, sin la debida autorización legal, como garantía de que esos acontecimientos no se repetirán y de ahí que sea indispensable que tales facultades no sean ejercidas arbitrariamente para fines distintos a los mencionados en dicha preceptiva.

Esa medida tiene además relación con las causas que generaron la declaratoria de emergencia social mediante el Decreto 4333 de 2008 y con el propósito fundamental del Decreto 4334 del mismo año en revisión de adoptar urgentes medidas con fuerza de ley para intervenir de manera inmediata las conductas, operaciones y el patrimonio de las personas involucradas en la captación masiva y habitual de dineros del público sin autorización estatal y las de quienes amenazan con desarrollarlas en adelante.

Para esta Corte tal determinación no es una decisión inapropiada o carente de sustento jurídico, pues a través de las superintendencias10

el Gobierno desarrolla la función constitucional de ejercer, de acuerdo con la ley, la

inspección, vigilancia y control, para el caso sobre las personas que realicen las actividades financiera, bursátil y aseguradora, y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, al igual que sobre cooperativas y sociedades mercantiles (art. 189-24 Const).

Así mismo, es imperativo constitucional que se realice intervención sobre las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación, que sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley (arts. 150-19-d, 189-24 y 335 Const.); al respecto conviene acotar que, ni en la Constitución ni en la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, se prohíbe ni limita la intervención del Estado en las mencionadas actividades. En relación con el significado de tal intervención, la jurisprudencia ha señalado:

"… el artículo 334 de la Constitución confía al Estado la dirección general de la economía y le ordena intervenir, por mandato de la ley -que no solamente puede serlo la expedida por el Congreso sino también la contenida en decretos legislativos expedidos por causa de grave emergencia-, para racionalizar aquélla, con el fin de conseguir, entre varios objetivos más, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, así como para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.

En igual sentido, el artículo 335 constitucional hace explícito el interés público de las actividades financiera, bursátil, aseguradora y de cualquiera otra relacionada con el manejo, el aprovechamiento y la inversión de los recursos de captación y del ahorro privado, y en consecuencia estatuye que se ejercerán previa autorización del Estado y conforme a la ley,'la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito'."11

2. Cobran así sentido los mandatos de los artículos 2° y 7° del Decreto 4334 de 2008, que establecen que la intervención sobre quienes participan en la actividad financiera sin la debida autorización del Estado, es un conjunto de medidas administrativas, que apuntan a los objetivos fundamentales de suspender inmediatamente las

operaciones o negocios de quienes ejercen dicha actividad y organizar un procedimiento cautelar orientado a lograr la pronta devolución de los dineros, medida que, por la razones antes indicadas no es desproporcionada ni irrazonable, ya que, se repite, es trasunto del deber de intervención estatal previsto en los artículos 333, 334 y 335 superiores; tampoco se observa que afecte garantías fundamentales, ya que, por el contrario, la determinación de esos objetivos busca proteger los derechos de los depositantes y el interés público ínsito en el manejo de los recursos de captación.

Asiste razón a la Superintendencia Financiera en la intervención efectuada a su nombre, en que con la asignación hecha a la Superintendencia de Sociedades aumentan las posibilidades de intervención estatal, en lo que al ejercicio de la función de policía administrativa concierne, ya que la legislación ordinaria no ofrece herramientas aptas para enfrentar las nuevas modalidades de captación y recaudo no autorizadas de dinero del público; así mismo, se amplía el espectro para supervisar también sociedades comerciales en todo el país, que al amparo de esa condición, irregularmente se dedican a dichas actividades, lo cual redunda a favor de los fines perseguidos con la declaratoria del Estado de Emergencia Social y con el Decreto Legislativo que se revisa.

3. El artículo 3° del Decreto 4334 de 2008 en revisión, dispone que el procedimiento de intervención administrativa que adelante la Superintendencia de Sociedades se sujetará "exclusivamente" a las reglas especiales de ese ordenamiento y, en lo no previsto, a las del Código Contencioso Administrativo, medida que no es irrazonable ni desproporcionada, toda vez que asegura que la actuación que adelante ese organismo se desarrolle de conformidad con el principio superior de legalidad de la función pública (arts. 6°, 90, 121, 122, 124, 209, 210 Const.), en virtud del cual la gestión de la administración debe someterse a normas previamente establecidas y cumplir los objetivos propuestos en ellas12, atendiendo el debido proceso allí regulado (art. 29 ibídem), del cual derivan los derechos de los administrados a conocer las actuaciones de la administración, a pedir y controvertir pruebas, a ejercer el derecho de defensa e impugnar los actos administrativos, básicamente.

Además, tal determinación está en consonancia con las causas que generaron la declaratoria de emergencia social mediante el Decreto 4333 de 2008 y con el propósito

fundamental del Decreto 4334 del mismo año, en revisión, de adoptar urgentes medidas "con fuerza de ley" para intervenir de manera inmediata las conductas, operaciones y el patrimonio de las personas involucradas en la captación masiva y habitual de dineros del público sin autorización estatal.

La norma bajo análisis estipula igualmente que las decisiones de toma de posesión "tendrán efectos de cosa juzgada erga omnes en única instancia y con carácter jurisdiccional", lo cual tampoco se observa contrario a la Constitución, por las siguientes razones:

3.1. El ejercicio de funciones jurisdiccionales por la Superintendencia de Sociedades encuentra fundamento en el artículo 116 superior, según el cual "excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas"; ha de entenderse que la acepción "ley" hace referencia no sólo a las normas que expide el Congreso en desarrollo de su función legislativa ordinaria, sino también a aquellas disposiciones que materialmente tienen tal carácter, como es el caso de los decretos legislativos de estados de emergencia social (art. 215 Const.), a los cuales la Carta expresamente atribuye "fuerza de ley".

Conviene recordar, al respecto, que la jurisprudencia de esta Corte ha avalado el desempeño de la función jurisdiccional por parte de la Superintendencia de Sociedades, como entidad administrativa nacional encargada de la inspección, vigilancia y control de sociedades no vigiladas por otras Superintendencias, en desarrollo de procesos de liquidación obligatoria de sociedades mercantiles, reconociendo que las decisiones que adopte en ese ámbito constituyen providencias judiciales13.

Además, la asignación de funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades armoniza con la materialidad de los asuntos de los que debe ocuparse esa entidad en desarrollo de la función de intervención, en particular la toma de posesión, que puede suscitar verdaderos conflictos de intereses con eventuales efectos jurídicos en otros procesos judiciales, dado que en el contexto del Decreto 4334 de 2008 esa medida tiene por finalidad asumir la administración de la intervenida para devolver los dineros captados irregularmente del público, adoptando decisiones para cumplir con ese objetivo,

las cuales, por su naturaleza jurisdiccional, escapan al ámbito de control de la justicia contenciosa administrativa.14

3.2. En lo que hace al carácter "erga omnes" de la cosa juzgada, no comparte la Corte la apreciación del Procurador de que tal medida es inconstitucional por ser una condición extraña a la naturaleza de las sentencias, pues en verdad se trata de un asunto propio del ámbito de configuración legislativa y además en la Carta no existe precepto alguno que prohíba al legislador de excepción atribuir tales efectos a las decisiones judiciales, los cuales además se justifican, para el caso, en función de los fines propuestos con la emergencia social y con el Decreto 4334 de 2008 que se revisa, de combatir eficazmente las perpetración de modalidades de captación y recaudo irregular de dineros del público y obtener la pronta devolución de los dineros invertidos.

Según explica quien interviene en representación de la Superintendencia de Sociedades, fue necesario diseñar un procedimiento "sui generis" que recoge elementos propios de los procesos concursales, como es el carácter universal de sus decisiones, las cuales deben vincular jurídicamente a todos los interesados, presentes, ausentes y disidentes, para que gocen de igualdad de oportunidades en la defensa y promoción de sus intereses; de ahí, que tales decisiones deban tener efectos generales o "erga omnes" en relación con tales sujetos, y además deban estar revestidas del valor de cosa juzgada, pues por razones de interés general y seguridad jurídica es indispensable que esa clase de causas judiciales sean resueltas en forma definitiva.

3.3. Tampoco vulnera la Constitución que las decisiones de toma de posesión sean adoptadas en única instancia15, pues como lo ha expresado en forma reiterada esta Corte16, el principio de la doble instancia no es absoluto y, por lo tanto, no rige para toda clase de actuaciones jurisdiccionales. Ahora bien, como es evidente que contra las decisiones que se adopten en esa actuación no proceden recursos, de llegar a presentarse vías de hecho el afectado podría acudir a la acción de tutela (art. 86 Const.), en procura de obtener el amparo judicial correspondiente.

3.4. El artículo 4° reitera que la Superintendencia de Sociedades, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera, será la autoridad administrativa competente, "de

manera privativa”17

, para adelantar la intervención administrativa consagrada en el Decreto 4334 de 2008, determinación que, según se explicó anteriormente, no es irrazonable ni desproporcionada, porque a través de esa entidad el Gobierno desarrolla la función constitucional de ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen las actividades financiera, bursátil y aseguradora, y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público (art. 189-24 Const.). Esa medida, además guarda relación de conexidad con el Decreto 4333 de 2008, por cuanto está orientada a la obtención de los objetivos propuestos en el Decreto 4333 del mismo año y, en especial, a hacer realidad los mandatos superiores (arts. 150-19-d, 189-24 y 335 Const.), que consagran la intervención del Estado en las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público.

4. El artículo 5° del Decreto que se revisa dispone que son sujetos de intervención las actividades, negocios y operaciones de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, establecimientos de comercio, sucursales de sociedades extranjeras, representantes legales, miembros de juntas directivas, socios, factores, revisores fiscales, contadores, empresas y demás personas naturales o jurídicas, vinculadas “directa o indirectamente, distintos a quienes tienen exclusivamente como relación con estos negocios el de (sic) haber entregado sus recursos”.

Advierte esta Corte que la anterior enunciación de las actividades, negocios, operaciones y personas que son sujetos de intervención se aviene a la Constitución Política, pues es una medida apta para alcanzar los fines de la intervención regulada en el Decreto 4334 de 2008, en cuanto permite delimitar el ámbito de actuación de la Superintendencia de Sociedades, así como el de la aplicación de las medidas de excepción que, como se ha explicado, están orientadas a combatir las actividades sobrevinientes de personas naturales y jurídicas que atentan contra el interés público mediante la captación masiva y habitual de dineros del público sin autorización del Estado.

Sin embargo, la expresión “o indirectamente” presenta problemas constitucionales, toda

vez que, como advierte el Procurador, puede ser interpretada en el sentido de hacer destinatarios de las medidas de excepción reguladas en el Decreto 4334 de 2008 a terceros de buena fe distintos de quienes entregaron recursos, v. gr. empleados y proveedores, que en ejercicio del derecho al trabajo o la libertad de empresa (arts. 25 y 333 Const.), o de sus actividades económicas correctas, legítimamente proveyeron bienes y/o servicios a los captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas. Por tal razón, se declarará su exequibilidad en el entendido de que no abarca a terceros proveedores de bienes y servicios que hayan procedido de buena fe, en el ámbito de sus actividades lícitas ordinarias o habituales.

5. El artículo 6° del Decreto 4334 de 2008, dispone que la intervención procede ante "hechos objetivos o notorios" (art. 6°) que "a juicio de la Superintendencia de Sociedades" indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas, directamente o a través de intermediarios, mediante las modalidades de captación o recaudo en operaciones no autorizadas, "tales como pirámides, tarjetas prepago, ventas de servicios y otras operaciones semejantes, a cambio de bienes, servicios o rendimientos sin explicación financiera razonable".

Hecho notorio es aquél cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo18; así mismo, según el artículo 177 del C. P. C., los hechos notorios no requieren prueba.

Lo anterior significa que cuando la Superintendencia de Sociedades decide intervenir a personas naturales o jurídicas que captan recursos sin autorización estatal, puede actuar sin tener que demostrar previamente la existencia de cualquiera de las modalidades que asume dicha actividad, las cuales real y objetivamente han de ser públicas y evidentes, en cuanto se supone que son conocidas por la generalidad de las personas, lo que no excluye la posibilidad de que esa Superintendencia también intervenga con base en la previa comprobación motivada de los hechos atinentes a la captación masiva y habitual de dineros del público sin autorización del Estado.

Considera la Corte que la medida en estudio resulta indispensable para los fines de la emergencia social y el ejercicio de la competencia atribuida a ese órgano de inspección,

control y vigilancia, ya que le permitirá actuar de manera ágil, expedita y eficaz sin necesidad de preconstituir pruebas contables sobre la existencia de esas circunstancias, que sería lo procedente si observara el trámite ordinario, lo cual representaría un obstáculo para la consecución de los propósitos establecidos con la emergencia social y en el Decreto Legislativo en revisión, según se explicó con anterioridad.

No obstante, la expresión "a juicio de la Superintendencia de Sociedades" del artículo 6° bajo revisión también involucra dificultad constitucional, pues podrían dar a entender que frente a hechos notorios que revelen captación de recursos del público sin autorización del Estado, la entidad estaría facultada para aplicar directamente y sin necesidad de sustentación apropiada el procedimiento de intervención regulado en el Decreto 4334 de 2008, bajo análisis, lo cual evidentemente resulta contrario al debido proceso (art. 29 Const.). Por tal motivo, la Corte declarará su exequibilidad, pero en el entendido de que la determinación de intervenir por parte de la Superintendencia de Sociedades debe ser sustentada y desarrollada con observancia del debido proceso.

Idéntica situación se presenta con las expresiones "tales como" e "y otras operaciones semejantes" de la misma disposición, pues por su amplitud e indeterminación podrían eventualmente provocar la intervención de la Superintendencia sobre operaciones, negocios o actividades que no están realmente vinculados a la actividad de captación masiva y habitual de recursos sin autorización del Estado, corriéndose el riesgo de que se vulneren garantías y se distorsione el significado y alcance de las medidas de excepción previstas en el Decreto 4334 de 2008. Por ello, serán declaradas exequibles en el entendido de que esas otras operaciones similares tengan relación directa y específica con actividades de captación masiva y habitual no autorizada de recursos del público, con potencialidad de incidir contra el orden social y amenazar el orden público.

6. El artículo 7° del Decreto 4334 de 2008, regula en los literales a) a h) las medidas que puede aplicar la Superintendencia de Sociedades en desarrollo de la intervención administrativa, a saber:

a) Toma de posesión para devolver, de manera ordenada, las sumas de dinero aprehendidas o recuperadas; b) revocatoria y reconocimiento de ineficacia de actos y

negocios jurídicos, celebrados con antelación a la toma de posesión19; c) devolución de bienes de terceros, no vinculados a la actividad no autorizada; d) plan de desmonte, cuando la persona natural o jurídica intervenida manifieste su intención de devolver voluntariamente los recursos recibidos de terceros, medida que debe aplicarse de preferencia sobre las demás, siempre y cuando se presente la circunstancia anotada; e) suspensión inmediata de actividades, bajo apremio de multas sucesivas, hasta de dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, medida que se publicará en un diario de amplia circulación nacional, indicando que se trata de una actividad no autorizada; f) disolución y liquidación judicial de la persona jurídica o de cualquier contrato u otra forma de asociación que no genere personificación jurídica, ante la Superintendencia de Sociedades, independientemente de que esté incursa en una situación de cesación de pagos; g) liquidación judicial de la actividad no autorizada de la persona natural, sin consideración a su calidad de comerciante.

Estas medidas también resultan idóneas para la consecución de los fines previstos con la emergencia social declarada en el Decreto 4333 de 2008 y en el Decreto 4334 del mismo año, que se revisa, toda vez que hacen posible la intervención de la Superintendencia de Sociedades en las actividades y negocios a que se refiere el artículo 5° de esta última preceptiva, permitiendo además que ese órgano de inspección, control y vigilancia pueda cumplir con los propósitos generales trazados en dicha disposición, de suspender inmediatamente esas operaciones no autorizadas y poner en marcha un procedimiento cautelar que asegure la pronta devolución de los recursos obtenidos en desarrollo de las mismas.

Esta Corte estima, sin embargo, que en la aplicación de tales medidas la Superintendencia de Sociedades debe asegurar a las personas naturales o jurídicas intervenidas el debido proceso (art. 29 Const.), con las garantías que le son inmanentes, tales como (i) el acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia; (ii) el juez natural; (iii) la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa, con los elementos para ser oído dentro del proceso; (iv) la razonabilidad de los plazos para el desarrollo del proceso; y, (v) la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces y autoridades.20

El literal h) del artículo 7° del Decreto 4334 de 2008, habilita a la Superintendencia de

Sociedades para aplicar "cualquier otra [medida] que se estime conveniente para los fines de la intervención", lo que evidentemente envuelve un alto grado de indeterminación, desconociendo los principios superiores de legalidad y proporcionalidad, razón por la cual se declarará inexequible ese literal.

6.1. El parágrafo 1° del artículo 7°21 en revisión dispone que la providencia que ordena las anteriores medidas surte efectos desde su expedición y será inscrita en el registro de la Cámara de Comercio del domicilio principal del sujeto de intervención y de sus sucursales y agencias, y no será susceptible de recursos, determinación que para esta corporación resulta idónea y conducente a efectos de la intervención en cabeza de la Superintendencia de Sociedades, ya que le imprime eficacia, celeridad y publicidad a esa actuación, lo cual está en consonancia con lo dispuesto en los artículos 209 superior y 3° del C.C.A., que somete la función administrativa al cumplimiento de esos principios.

Igualmente, tal determinación tiene relación directa de conexidad con los motivos del estado de emergencia social declarada a través del Decreto 4333 de 2008 y fundamentalmente con los propósitos de ese estado de excepción de adoptar "procedimientos ágiles" y "mecanismos abreviados", para obtener la pronta restitución de los recursos captados sin autorización estatal a la población afectada por esa actividad.

Vale precisar que la ausencia de recursos contra la mencionada providencia no conlleva violación de garantías fundamentales, pues, como se explicó anteriormente, la toma de posesión por parte de la Superintendencia de Sociedades es un procedimiento de única instancia; respecto de las demás decisiones también se justifica esa medida, por cuanto le imprime celeridad a la actuación que adelanta esa entidad, en procura de devolver en el menor tiempo posible los dineros a los afectados.

6.2. El parágrafo 2° dispone que se entenderán excluidos de la masa de liquidación, los bienes de la intervenida hasta concurrencia de las devoluciones aceptadas a quienes hayan entregado sus recursos, medida que también se juzga razonable si se atiende lo explicado por el interviniente de la Superintendencia de Sociedades, en el sentido de que los instrumentos de intervención anteriormente relacionados no buscan liquidar el patrimonio de la empresa intervenida por captación no autorizada de recursos del público, sino

adoptar un mecanismo ordenado y expedito para restituir en el menor tiempo posible a la población los dineros que entregó al captador, lo que garantiza que exista una separación entre los bienes de propiedad del captador ilegal y los dineros de quienes realizaron la inversión.

La medida en comento también cumple el presupuesto de guardar relación directa de conexidad con los motivos del estado de emergencia social que declaró el Decreto 4333 de 2008, en particular con el propósito de adoptar "procedimientos ágiles" y "mecanismos abreviados" para obtener la pronta restitución a la población afectada, de los recursos captados sin autorización estatal.

6.3. El parágrafo 3° autoriza a las Superintendencias de Sociedades y Financiera de Colombia para que, atendiendo las circunstancias, puedan "ordenar" a los Comandantes de Policía de los lugares donde se realicen actividades no autorizadas, la colocación de sellos, cambios de guarda y demás medidas precautelativas, para proteger derechos de terceros y precaver la confianza del público, medida que está en consonancia con los dictados de la Carta Política, en cuanto atiende a los propósitos de la emergencia social y los propios del decreto legislativo que se examina, de actuar con prontitud y eficacia frente a las manifestaciones objetivas y notorias de captadores y recaudadores ilegales.

No obstante, la expresión "ordenar" debe ser interpretada en el sentido de que no implica una orden de imperativo cumplimiento, sino de colaboración interinstitucional en desarrollo del mandato del artículo 113 superior, puesto que por mandato constitucional en materia de conservación del orden público los comandantes de policía local están sometidos a las instrucciones que en la materia imparte el alcalde como primera autoridad de policía del municipio (art. 315-2 Const.).

Así mismo, debe entenderse que ese deber de colaboración implica que el comandante de policía local al colocar sellos, realizar cambio de guardas y al aplicar las demás medidas precautelativas, debe actuar con sujeción a los derroteros trazados en el artículo 218 superior y a los principios de respeto a los derechos fundamentales y uso legítimo de la fuerza, establecidos en el Código Nacional de Policía (arts. 4° y 30)22.

6.4. El parágrafo 4° del artículo 7° bajo análisis23, dispone que la Superintendencia de

Sociedades o el agente interventor podrán celebrar los convenios que consideren necesarios para el ejercicio de las funciones señaladas en el Decreto en revisión, medida que se aviene a la Carta Política, ya que no sólo guarda conexidad con las causas del estado de emergencia social declarado en el Decreto 4333 de 2008, sino también con el objetivo fundamental de esa perceptiva de implementar un procedimiento expedito para lograr que los afectados obtengan la pronta devolución de los dineros entregados a los captadores de recursos sin autorización legal.

7. El artículo 8°24 establece en su inciso primero, que cuando los alcaldes informen a la Superintendencia de Sociedades sobre la necesidad de adoptar medidas de intervención, dicho organismo debe consultar en las bases de datos de las Superintendencias Financiera y de Economía Solidaria si el sujeto intervenido tiene autorización para ejercer la actividad, medida que se ajusta al ordenamiento superior, pues apunta a la realización del objetivo trazado en el Decreto 4333 de 2008 de intervenir en forma rápida y eficaz las distintas modalidades de captación y recaudo masivo de dineros del público no autorizadas, que generaron la crisis que dio lugar al estado de emergencia social declarado por medio del Decreto 4333 de 2008; así mismo, el mecanismo que se analiza permite la racionalización y uso efectivo de procedimientos de intervención, para que sean aplicados ante la real existencia de las actividades que se pretende combatir.

El inciso segundo del citado precepto señala que en caso de ser procedente la intervención, la Superintendencia de Sociedades debe expedir una providencia de toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de la persona natural o jurídica, donde además se designará al agente interventor y se dispondrá consignar el efectivo aprehendido o incautado en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Agrario a nombre de aquella entidad, determinaciones que para la Corte igualmente se ajustan a la Carta, no sólo porque resultan aptas y conducentes para lograr los propósitos ya mencionados, de asegurar la pronta devolución del dinero invertido por el público en esas actividades irregulares, mediante el trámite de un procedimiento expedito, sino también porque hacen efectivo el debido proceso administrativo y el principio de legalidad de la función pública (arts. 29 y 209 Const.).

8. El artículo 9° regula en 15 numerales los siguientes efectos de la toma de posesión para

devolución: 1) nombramiento de un agente interventor; 2) remoción de los administradores y revisor fiscal; 3) medidas cautelares; 4) inmediata guarda de los bienes, libros y papeles de la persona natural o jurídica intervenida; 5) congelación de cualquier activo y a cualquier título en instituciones financieras de la persona intervenida; 6) aviso que informe acerca de la medida; 7) exigibilidad inmediata de todos los créditos a favor de la persona intervenida; 8) levantamiento de las medidas cautelares25; 9) suspensión de los procesos de ejecución en curso e imposibilidad de admitir nuevos procesos contra la persona o entidad objeto de toma de posesión; 10) prohibición de iniciar o continuar procesos o actuación alguna contra la intervenida sin que se notifique personalmente al agente interventor, so pena de ineficacia; 11) obligación de entrega inmediata de propiedad de la persona intervenida al agente interventor; 12) facultad al agente interventor para poner fin a cualquier clase de contratos existentes al momento de la toma de posesión, si los mismos no son necesarios; 13) obligación a los deudores de la intervenida de sólo pagar al agente interventor, siendo inoponible el pago hecho a persona distinta; 14) depósito de las sumas aprehendidas que pertenezcan a la persona intervenida26. El 15) será analizado en punto subsiguiente.

Las anteriores medidas están conformes con la Carta Política, pues garantizan que la toma de posesión se desarrolle atendiendo el principio superior de legalidad de la función pública (arts. 6°, 90, 121, 122, 124, 209 y 210 Const.), que según se ha explicado, persigue que la administración someta sus actuaciones a normas previamente establecidas y respete el debido proceso.

Además, satisfacen las exigencias constitucionales de aptitud y conducencia, pues resultan idóneas para lograr los fines propuestos con la emergencia social de instaurar un procedimiento ágil con unos mecanismos abreviados para restituir el dinero a la población afectada por las mencionadas actividades, así como los objetivos propuestos en el Decreto Legislativo que se revisa, de obtener la inmediata suspensión de las actividades de captación y recaudo de dinero sin autorización y el pronto reintegro del dinero invertido en ellas; tampoco se advierte que las mismas restrinjan derechos fundamentales sin razón justificada.

9. El artículo 10° 27

del Decreto 4334 de 2008, en revisión, regula en sus literales a) a f) el procedimiento de devolución inmediata de dineros que debe aplicar la Superintendencia de Sociedades cuando previamente haya decretado la toma de posesión, el cual comprende, en términos generales, los siguientes pasos: 1) publicación del aviso en el cual se informe sobre la medida de intervención; 2) convocatoria en el mismo aviso a quienes se crean con derecho a presentar solicitudes de devolución de dinero y condiciones de la solicitud; 3) expedición de una providencia por parte del Agente Interventor, con la aceptación o rechazo de las solicitudes de devolución, la cual es susceptible de reposición; y 4) términos y condiciones para el pago de las reclamaciones aceptadas.

Este procedimiento se ajusta a la Constitución, pues asegura que la actuación de la Superintendencia de Sociedades se desarrolle con sujeción al principio superior de legalidad de la función pública (arts. 6°, 90, 121, 122, 124, 209 y 210 Const.), que según se ha explicado, persigue que la administración someta sus actuaciones a normas previamente establecidas y respete el debido proceso. Así mismo, guarda concordancia con los fines propuestos con la emergencia social de instaurar un procedimiento ágil para restituir el dinero a la población afectada por quienes se dedican a la captación habitual y masiva de recursos, sin autorización estatal.

10. El artículo 11 del Decreto 4334 de 2008 tampoco es inconstitucional, por cuanto sencillamente se limita a disponer que el Agente Interventor tome posesión ante el Superintendente de Sociedades, y que podrá ser una persona natural o jurídica e incluso ser servidor público, lo cual está en consonancia con lo preceptuado en los artículos 6°, 90, 122 y 209 superiores, que orientan el ejercicio de funciones administrativas. Además, es evidente que la norma en estudio está en consonancia con los fines propuestos con la declaratoria del estado de emergencia social y con los propios de la preceptiva que se revisa, de intervenir de manera inmediata con procedimientos expeditos a quienes captan de manera masiva y habitual dineros del público, sin autorización del Estado.

11. El artículo 12 del Decreto 4334 de 200828

, en revisión, dispone que efectuados los pagos, el Agente Interventor informará de ello a la Superintendencia de Sociedades y presentará una rendición de cuentas de su gestión;

agrega que, declarada la terminación de la toma de posesión para devolución por la Superintendencia de Sociedades, ésta tendrá la facultad oficiosa para que, cuando lo considere necesario, aplique otras medidas de intervención.

Para esta Corte la norma examinada se adecúa a los dictados superiores, pues su contenido normativo está orientado a que la Superintendencia de Sociedades someta sus actuaciones al principio de legalidad y al debido proceso, al tiempo que es acorde con los fines de la emergencia social, de instaurar un procedimiento ágil para restituir prontamente el dinero a la población afectada por quienes se dedican a la captación habitual y masiva de recursos, sin autorización estatal.

12. Los artículos 13 (actuaciones en curso en la Superintendencia Financiera); 14 (actuaciones remitidas a los jueces civiles de circuito), 15 (remisiones) y 16 (vigencia y derogatorias) del Decreto 4334 de 2008, consagran medidas tendientes a establecer y asegurar la transición, aplicación y vigencia del nuevo procedimiento de intervención allí regulado, las cuales no se oponen a los dictados de la Constitución, puesto que al igual que otras disposiciones del mismo Decreto, persiguen hacer efectivos los propósitos que animaron la declaración del estado de emergencia social y la expedición del Decreto Legislativo que se revisa, y buscan que la actuación de la mencionada entidad se desarrolle con sujeción a los principios de legalidad y debido proceso.

13. La Corte considera indispensable advertir que todas las disposiciones del Decreto 4334 de 2008, en revisión, que fueron halladas conformes con el ordenamiento superior, lo son en el entendido de que su ámbito de aplicación, en procura de conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, recae directa y específicamente sobre actividades de captación masiva y habitual no autorizada de recursos del público, con potencialidad de incidir contra el orden social y amenazar el orden público.

14. Por último, se exhortará al Congreso de la República a atender lo establecido en el artículo 215 de la Constitución Política, en el ámbito de sus funciones.

VI. DECISIÓN

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

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

Tercero. Declarar EXEQUIBLE la expresión “a juicio de la Superintendencia de Sociedades”, contenida en el artículo 6º del Decreto 4334 de 2008, en el entendido de que la determinación de intervenir debe ser sustentada y desarrollada con observancia del debido proceso, según lo especificado en el numeral 5 de la parte motiva de esta providencia.

Cuarto. Declarar EXEQUIBLES las expresiones “tales como” e “y otras operaciones semejantes”, contenidas en el artículo 6º del Decreto 4334 de 2008, en cuanto tengan relación directa y específica con actividades de captación masiva y habitual no autorizada de recursos del público, con potencialidad de incidir contra el orden social y amenazar el orden público.

Quinto. Declarar EXEQUIBLE la expresión “ordenar”, contenida en el parágrafo 3º del artículo 7º del Decreto 4334 de 2008, en el entendido de que las actuaciones allí indicadas las realizarán las Superintendencias de Sociedades y Financiera de Colombia, por conducto del correspondiente alcalde municipal o distrital.

Sexto. Declarar EXEQUIBLE el numeral 15 del artículo 9° del Decreto 4334 de 2008, en el entendido de que la presunción que allí se consagra es de índole legal.

Séptimo. Declarar EXEQUIBLES todas las demás disposiciones del Decreto 4334 de

2008, en el entendido de que su ámbito de aplicación, en procura de conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, recae directa y específicamente sobre actividades de captación masiva y habitual no autorizada de recursos del público, con potencialidad de incidir contra el orden social y amenazar el orden público.

Octavo. EXHORTAR al Congreso de la República a atender lo establecido en el artículo 215 de la Constitución Política, en el ámbito de sus funciones.

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

NILSON PINILLA PINILLA

Presidente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Magistrado

Magistrado

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ
Magistrada

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

Salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

IVÁN ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario Ad hoc

SALVAMENTO PARCIAL Y ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-145 DE 2009 DEL MAGISTRADO LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Referencia: expediente RE-137

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias adoptadas por esta Corporación, me permito salvar parcialmente mi voto a la presente sentencia, mediante la cual se falla el proceso de revisión oficiosa de constitucionalidad del Decreto 4334 de 2008 "por el cual se expide un procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 de 2008", entre otras razones, por cuanto considero que el Decreto bajo estudio no supera el test de proporcionalidad exigido en un examen estricto de constitucionalidad y me aparto de la declaración de constitucionalidad de las medidas de intervención administrativa que puede adoptar la Superintendencia de Sociedades, porque la órbita de competencias se sigue ampliando en forma desmesurada –artículos 7 y ss del Decreto- en desmedro del juez natural y en contravía del artículo 116 de la Constitución Política.

Así mismo, me permito aclarar mi voto a la misma providencia, entre otras razones, por la permanencia en el Decreto de expresiones imprecisas, vagas y subjetivas que se declaran ajustadas a la Constitución Política.

Esta posición jurídica la fundamentaré a partir de cuatro razones fundamentales que desarrollaré a continuación: (i) los principios y reglas del Estado constitucional de derecho como marco regulativo de los estados de excepción: el respeto por el principio de legalidad y las competencias regladas; (ii) el control constitucional que debe realizar el Tribunal Constitucional frente a los estados de excepción; y (iii) las objeciones o aclaraciones constitucionales concretas frente a las normas del Decreto 4334 de 2008.

A continuación me permito presentar en detalle las razones de mi salvamento parcial y aclaración de voto:

1. Los principios del Estado constitucional de Derecho como marco regulativo de los estados de excepción: el respeto por el principio de legalidad y las competencias regladas.

En este punto me permito reiterar mi posición jurídica sentada en diversas oportunidades29, según la cual los estados de excepción encuentran un claro marco regulativo en los principios y reglas del Estado constitucional de derecho, especialmente en el principio de legalidad y de las competencias regladas.

En este sentido, el paradigma de la Carta Fundamental de 1991 –arts. 212 a 215-, determina la delimitación y sujeción de la declaratoria de los estados de excepción, los cuales se encuentran regidos por unos principios y reglas de derecho claras y precisas. Este marco regulativo del Estado constitucional de Derecho fue el que dio origen a la ley estatutaria de los estados de excepción (Ley 137 de 1994).

En conclusión, reitero que los estados de excepción, tanto su declaración como su desarrollo, se encuentran clara y expresamente sometidos a los principios y reglas del Estado constitucional de Derecho, lo cual constituye una limitación y una garantía de los derechos constitucionales de los ciudadanos frente al ejercicio del poder público. Por tanto, la regulación de los estados de excepción tiene un carácter restrictivo, lo cual tiene implicaciones importantes y decisivas tanto para el ejecutivo, respecto del ámbito constitucional de lo que le es posible regular frente a la declaración y el desarrollo de las figuras jurídicas de los estados de excepción, como para el control constitucional automático que debe ejercer el Tribunal Constitucional, el cual debe ser rigurosamente estricto, no siendo posible interpretaciones extensivas o analógicas que reconozcan facultades que no estén explícitamente contenidas en la Constitución, o en la ley estatutaria de los estado de excepción.

Por esta razón discrepo de la decisión mayoritaria, en cuanto considero que con esta decisión el ejecutivo está ampliando las facultades de intervención administrativa de la Superintendencia de Sociedades, respecto de las medidas que puede tomar dicha entidad en el estado de emergencia social declarado por el Decreto 4333 de 2008, por cuanto estimo que la órbita de competencias se sigue ampliando en forma desmesurada

–artículos 7 y ss del Decreto 4334 de 2008- en desmedro del juez natural, y en contravía del principio de legalidad, las competencias regladas y el artículo 116 de la Constitución Política.

2. El control de constitucionalidad rigurosamente estricto de los estados de excepción

2.1 De los fundamentos teóricos anteriormente expuestos, se colige la exigencia de un control de constitucionalidad rigurosamente estricto por parte del Tribunal Constitucional respecto de los decretos extraordinarios de estados de excepción, en este caso, del decreto que adopta las medidas de intervención en desarrollo de la declaratoria de emergencia social del Decreto 4333 de 2008, declarado exequible por esta Corte mediante la sentencia C-136 de 2009, control que tiene que ser el más estricto de todos los controles de constitucionalidad posibles.

Lo anterior, encuentra no sólo fundamento en el deber de este Tribunal de cumplir con el mandato constitucional consagrado en el artículo 241-7 Superior, que confía a esta Corte la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en relación con los decretos legislativos que dicte el gobierno con base en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución; sino también en la naturaleza propia de estos decretos extraordinarios, mediante los cuales se desarrollan e implementan medidas extraordinarias que crean una nueva normatividad jurídica de carácter excepcional, que no sólo reemplaza la normatividad ordinaria sino que puede restringir, limitar o afectar derechos fundamentales.

De ahí el imperativo relativo a que este Tribunal Constitucional realice un análisis constitucional exhaustivo, riguroso y estricto, respecto de los decretos mediante los cuales el gobierno hace uso de las facultades extraordinarias conferidas mediante la declaratoria de estados de excepción –artículos 213, 214 y 215-, y ello en respecto de todas y cada una de las medidas que adopte el gobierno en uso de las facultades para dictar decretos con fuerza de ley "destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos" –art. 215-.

En armonía con lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido y reiterado que el control de constitucionalidad ha desarrollar debe analizar, en primer lugar, la relación directa e inmediata de las medidas adoptadas por el gobierno tanto con la

situación que dió origen a la declaratoria del estado de excepción como con la motivación presentada por el gobierno para la declaratoria del estado de excepción, en el caso que nos ocupa, del estado de emergencia social, esto es, el juicio de conexidad externa e interna respectivamente. Así mismo, la Corte debe desarrollar el juicio de especificidad relativo a la relación material y de pertinencia de las medidas adoptadas con la finalidad propuesta.

De otra parte, en el control de constitucionalidad se tiene que analizar la necesidad e idoneidad de las medidas excepcionales adoptadas respecto de las causas de la emergencia social y los objetivos expresa y específicamente señalados para conjurar la situación. Así mismo, debe analizarse la proporcionalidad estricta de las medidas en relación con la posible restricción, limitación o afectación de derechos fundamentales, y el grado de la misma, para establecer la constitucionalidad o no de los mecanismos excepcionales previstos. A este análisis se le ha denominado juicio de proporcionalidad.

2.2 A juicio de este magistrado el Decreto bajo estudio no pasa el anterior test de proporcionalidad propuesto, por las siguientes razones:

2.2.1 Necesidad: en relación con la necesidad de las medidas extraordinarias adoptadas por el Decreto bajo estudio, encuentra este magistrado que los mecanismos adoptados no son necesarios en sentido estricto, por cuanto el ordenamiento jurídico cuenta con los mecanismos ordinarios necesarios y suficientes para realizar tanto la vigilancia y control de las empresas que captan dinero de manera ilegal, como con las medidas necesarias para la intervención de éstas por parte del Estado.

Así las cosas, el ordenamiento jurídico cuenta con las disposiciones contenidas (i) en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; (ii) con las disposiciones contenidas en la Ley 35 de 1993 "Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora"; (iii) con el Decreto 1228 de 1996, el cual establece que una vez se ordenen las medidas cautelares contempladas en el artículo

108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero la competencia pasa al juez civil del circuito especializado, y a falta de éste, al juez civil del circuito que corresponda al domicilio de la persona objeto de dichas medidas, los cuales adelantarán la liquidación de las operaciones ilegales realizadas por personas naturales o jurídicas que carecen de autorización para desarrollar actividades propias de las instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria; (iv) con la Ley 222 de 1995, la cual establece en el Capítulo IX del Título I, los sujetos y facultades de inspección, vigilancia y control de la superintendencia de sociedades, en el Título II el Régimen de los procesos concursales, en el cual –art. 90- se le otorgan facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades para adelantarlos respecto de las personas jurídicas –sociedades comerciales-, y respecto de las personas naturales los competentes son los jueces civiles especializados o los jueces civiles del circuito respecto de personas naturales; en el Capítulo III del Título II, se prevé el procedimiento para la liquidación obligatoria, incluyendo medidas cautelares; y la competencia relativa a las personas jurídicas diferentes a las sociedades comerciales y las personas naturales se establece en primera instancia en cabeza de los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de éstos, por los jueces civiles del circuito del domicilio principal del deudor -artículo 214-.

2.2.2 Idoneidad: encuentra el suscrito magistrado que ni en el Decreto Legislativo, ni en la sentencia que declara su constitucionalidad, se demuestra que las medidas adoptadas sean más idóneas que las medidas ordinarias a las cuales se ha hecho referencia, y sí por el contrario, evidencia el suscrito que las medidas adoptadas por el legislador extraordinario tienen un alto costo en materia de afectación de derechos y garantías constitucionales.

2.2.3 Afectación de garantías y derechos fundamentales: de conformidad con lo anteriormente expuesto, considero que con este decreto se terminan afectando derechos fundamentales como el debido proceso y el derecho de defensa –Art.29-, así como violando preceptos constitucionales relativos a la administración de justicia –art. 116 CN-, por cuanto con estas medidas se afecta los procedimientos ordinarios establecidos para el debido proceso como el juez natural en cabeza de los jueces civiles del circuito.

3. Objeciones de inconstitucionalidad y aclaraciones específicas respecto de las

disposiciones contenidas en el Decreto 4334 de 2008

3.1 El artículo 3º del Decreto 4334 de 2008

En el artículo 3º establece que las decisiones que adopte la superintendencia de sociedades tendrán efectos "erga omnes", lo cual a juicio de esta magistrado resulta inconstitucional, por cuanto las decisiones judiciales tienen efectos inter pares, mientras que sólo la ley tiene un carácter general y abstracto, y sólo de las decisiones de constitucionalidad se puede predicar el efecto erga omnes.

Por tanto, en este caso se termina confundiendo el carácter general de la ley con los efectos erga omnes de las sentencias judiciales que sólo se predica de las sentencias de constitucionalidad.

Adicionalmente, en esta misma norma, se estipula que las decisiones de la supersociedades serán en única instancia, lo cual vulnera el debido proceso y derecho de defensa, en cuanto no se permite la segunda instancia, en casos de tanta envergadura social, política y económica.

Por las anteriores razones, discrepo de la declaración de exequiblidad que se hace respecto de esta norma, en el ordinal séptimo de la parte resolutiva de la presente providencia, en donde se decide declarar exequibles "todas las demás disposiciones del Decreto 43334 de 2008, en el en el entendido de que su ámbito de aplicación, en procura de conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, recae directa y específicamente sobre actividades de captación masiva y habitual no autorizada de recursos del público, con potencialidad de incidir contra el orden social y amenazar el orden público.

En la sentencia objeto del presente salvamento parcial y aclaración de voto por parte de este magistrado, se decide en el ordinal segundo de la parte resolutiva, declarar exequible la expresión "o indirectamente", contenida en el artículo 5 del Decreto 4334 de 2008, en el entendido de que no abarca a terceros proveedores de bienes y servicios que hayan procedido de buena fé, en el ámbito de sus actividades

lícitas ordinarias o habituales.

En relación con la exequibilidad condicionada del artículo 5º, me permito salvar mi voto, en cuanto considero que esta norma determina los sujetos de la intervención estatal, estableciendo que esas disposiciones afectan a los sujetos vinculados "indirectamente" a las empresas intervenidas, lo cual es ambiguo, impreciso, y afecta los derechos de terceros de buena fé y la libertad de empresa.

Por lo anterior, considero que no ha debido condicionarse la exequibilidad de la expresión "o indirectamente" sino declararse su inexequibilidad.

3.3 Artículo 6º del Decreto 4334 de 2008

El ordinal tercero de la sentencia C-145 de 2009 declara exequible la expresión "a juicio de la Superintendencia de Sociedades", contenida en el artículo 6º del Decreto 4334 de 2008, en el entendido de que la determinación de intervenir debe ser sustentada y desarrollada con observancia del debido proceso, según lo especificado en el numeral 5 de la parte motiva de esa providencia.

Así mismo en el ordinal cuarto de la parte resolutiva de la misma sentencia, se declaran exequibles las expresiones "tales como" e "y otras operaciones semejantes", contenidas en el artículo 6º del Decreto 4334 de 2008, en cuanto tengan relación directa y específica con actividades de captación masiva y habitual no autorizada de recursos del público, con potencialidad de incidir contra el orden social y amenazar el orden público.

No obstante que el suscrito magistrado se encuentra de acuerdo con las decisiones anteriores, existe otra expresión contenida en el artículo 6º del Decreto 4334 de 2008 que a juicio de este magistrado resulta inconstitucional.

Así, el artículo 6º al establecer que la intervención procede directamente en caso de "hechos objetivos o notorios", termina obviando la preconstitución de pruebas, lo cual es violatorio del debido proceso y del derecho de defensa. Por tanto, el suscrito magistrado considera que esta expresión resulta violatoria del artículo 29 Superior y ha debido declararse inexequible, razón por la cual discrepo de la declaratoria de exequibilidad que se hace mediante el ordinal séptimo de la parte resolutiva de esta

sentencia, en la cual se declaran exequibles las demás disposiciones del Decreto en cuestión.

3.4 Artículo 7º del Decreto 4334

En el ordinal primero de la parte resolutiva de la sentencia objeto de este pronunciamiento, se declara la inexequibilidad del literal h) del artículo 7º del Decreto 4334 de 2008. Las demás medidas adoptadas mediante el artículo 7º del Decreto en mención, fueron declaradas exequibles en el ordinal séptimo, que declaró exequible las demás disposiciones contenidas en el Decreto 4334 de 2008, respecto de las cuales no hizo la sentencia un pronunciamiento expreso.

A este respecto, si bien comparto la declaratoria de inexequiblidad del literal h) del artículo 7º del Decreto 4334 de 2008, el cual contenía la expresión "Cualquiera otra que se estime conveniente para los fines de la intervención", por ser una expresión vaga, ambigua e imprecisa, que pudo dar lugar a la aplicación arbitraria y subjetiva de medidas de intervención administrativa por parte de la Superintendencia de Sociedades, me aparto de la declaratoria de exequibilidad de las demás medidas de intervención administrativa contenidas en el artículo 7º.

Así, es precisamente el artículo 7º del Decreto 4334 de 2008, una de las normas que mayor relevancia reviste para este análisis de constitucionalidad, por cuanto en esta norma es donde se prevén las medidas de intervención administrativa por parte de la Superintendencia de Sociedades, y en donde se amplían las facultades y competencias de esta entidad, en contravía de los principios de legalidad y de competencias regladas, a los cuales se ha hecho mención, y en desmedro del juez natural y del artículo 116 Superior.

De otra parte, el suscrito magistrado considera que las medidas adoptadas mediante esta disposición, no demuestran ni su necesidad, ni su adecuación, ni su idoneidad, y sí por el contrario, resultan lesivas del debido proceso y del derecho de defensa, razón por la cual debieron ser declaradas inexequibles.

3.5 Parágrafo 3º del artículo 7º del Decreto 4334 de 2008

En el ordinal quinto de la parte resolutiva de la sentencia C-145 de 2009 se declara exequible la expresión "ordenar", contenida en el parágrafo 3º del artículo 7 del Decreto 4334 de 2008, en el entendido de que las actuaciones allí indicadas las realizarán la Superintendencia de Sociedades y Financiera de Colombia, por conducto del correspondiente alcalde municipal o distrital.

Así el parágrafo 3º del artículo 7 estipula que la superintendencia de sociedades puede "ordenar" a los comandantes de policía de los lugares donde se realicen actividades no autorizadas, la colocación de sellos, cambios de guarda y demás medidas precautelativas.

En relación con la declaratoria de exequibilidad condicionada de esta disposición, el suscrito magistrado se permite salvar su voto, en cuanto considero que la permisión a la Superintendencia de Sociedades y Financiera de ordenar a los comandantes de policía la adopción de medidas precautelativas, es violatoria de la Constitución Política, por cuanto de conformidad con el artículo 315-2 Superior, la suprema autoridad policiva en el municipio es el alcalde y la policía se encuentra bajo sus órdenes, razón por la cual los comandantes de policía no pueden ni deben recibir órdenes de ninguna otra autoridad administrativa.

En este sentido, no comparto las consideraciones semánticas que trae la sentencia en cuanto al entendimiento del verbo "ordenar", ni el condicionamiento que se deriva de tales entendimientos, ya que para este magistrado la norma es expresa y clara en cuanto a la competencia que se otorga para ordenar a los comandantes de policía la adopción de medidas precautelativas. Por lo anterior, considero que la anterior norma ha debido ser declarada inconstitucional.

3.6 El artículo 8 del Decreto 4334 de 2008

En cuanto al artículo 8 del Decreto 4334 de 2008, la sentencia C-145 de 2009 no realiza un pronunciamiento específico respecto de esta norma, declarando en el ordinal séptimo de la parte resolutiva su constitucionalidad conjuntamente con las demás normas del Decreto en mención.

El artículo 8 regula la toma de posesión de bienes, haberes y negocios de la persona

natural o jurídica frente a la cual procede la intervención.

Frente a la declaratoria de exequibilidad de esta norma, el suscrito magistrado debe manifestar su discrepancia, por cuanto la norma ha debido ser declarada exequible de manera condicionada, en el entendimiento de que la toma de posesión de bienes, haberes y negocios de que trata la disposición, sólo puede proceder con el estricto respeto del derecho al debido proceso. De esta forma, en criterio de este magistrado, con esta norma se restringen derechos sin suficiente justificación constitucional, ni condicionamiento alguno por parte de la sentencia que estudió su constitucionalidad. Se considera por tanto que lo procedente era la declaratoria de exequibilidad condicionada de esta norma.

3.7 Artículo 9º del Decreto 4334 de 2008

En el ordinal sexto de la sentencia C-145 de 2009 se declara exequible el numeral 15 del artículo 9 del Decreto 4334 de 2008, en el entendido de que la presunción que allí se consagra es de índole legal. El resto de disposiciones contenidas en el artículo 9º del Decreto 4334 de 2008 son declaradas exequibles mediante el ordinal séptimo de dicha sentencia.

El artículo 9º en mención, estipula los efectos de la toma de posesión para la devolución de los dineros. Sobre esta norma, el suscrito magistrado considera que el análisis que se hace en la sentencia es muy precario y de carácter general, por cuanto dice que "Las anteriores medidas están conformes con la Carta Política, pues garantizan que la toma de posesión se desarrolle atendiendo el principio superior de legalidad de la función pública .... Además, satisfacen las exigencias constitucionales de aptitud y conducencia ..." (pág. 50) lo cual no constituye un análisis de constitucionalidad en sentido estricto, pues de una parte, no se analiza en forma detallada los efectos de la toma de posesión, y de otra parte, no se estudia el tema de la posible restricción de derechos fundamentales.

En lo que toca con el numeral 15 del artículo 9º, el cual es declarado exequible de manera condicionada, en el sentido de que la presunción sobre los bienes encontrados es de orden legal, ya que se puede desvirtuar, el suscrito magistrado considera que esta disposición resulta contradictoria con el sentido mismo del Decreto bajo estudio, en el

que se adoptan medidas de intervención administrativa, desconociendo en la práctica el derecho de propiedad de las empresas sobre los dineros y bienes intervenidos, razón por la cual discrepo de esa decisión.

Con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, salvo parcialmente y aclaro mi voto frente a la decisión adoptada mediante la sentencia C-145 de 2009.

Fecha ut supra.

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

1 Entre otras, C-004 de 1992 (mayo 7), M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2 C-004 de 1992.

3 C-136 de 1999 (marzo 4), M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

4 C-136 de 1999.

5 C-179 de 1994 (abril 13), M. P. Carlos Gaviria Díaz.

6 Ver, entre otras, C-033 de 1993 (febrero 8), M. P. Alejandro Martínez Caballero.

7 C- 802 de 2002 (octubre 2), M. P. Jaime Córdoba Triviño.

8 El "abuso del derecho", hace alusión a ciertas situaciones en las cuales el titular de un derecho, con culpa, lo ejercita en forma innecesaria, excesiva o inoportuna y lo desvía de su finalidad natural, desvirtuando el objetivo jurídico que persigue (cfr. C-556 del octubre 15 de 1992); por su parte, con el "fraude a la ley", o fraude al derecho, se pretende obtener ventaja de las opciones interpretativas que se desprenden de una regla, para lograr resultados no queridos por el ordenamiento jurídico, sin que se trate de un acto ilegal o ilícito, en la medida en que no existe regla que prohíba ese resultado hermenéutico (cfr. SU-1122 de octubre 25 de 2001).

9 El artículo 1° del Decreto Legislativo 4334 de 2008 fue modificado por el artículo 1° del Decreto Legislativo 4705 del mismo año, así: "Artículo 1°. Intervención Estatal. Declarar la intervención del Gobierno Nacional, por conducto de la Superintendencia de Sociedades, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera de Colombia, en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en operaciones de captación o recaudo sin la debida autorización estatal, conforme a la ley, para lo cual se le otorgan a dicha Superintendencia amplias facultades para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado. / Parágrafo. Para efectos de la calificación de las operaciones de captación o recaudo no autorizados, conforme a la ley, las Superintendencias de Sociedades y Financiera de Colombia son competentes a prevención, hasta la adopción de las medidas correspondientes encaminadas a la protección de los recursos entregados en desarrollo de las operaciones que se enmarquen en lo dispuesto en los artículos 1o y 6o del presente decreto./ Las Superintendencias implementarán los mecanismos y canales de coordinación que consideren necesarios, a fin de garantizar que no se presentará demoras, ni duplicidad en los trámites y actuaciones a su cargo."

10 Ley 489 de 1998. "Artículo 66. Organización y funcionamiento de las superintendencias. Las superintendencias son organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones de inspección y vigilancia atribuidas por la ley o mediante delegación que haga el Presidente de la República previa autorización legal. La dirección de cada superintendencia estará a cargo del Superintendente."

11 C-136 de 1999.

12 Sobre el significado y alcance del principio de legalidad de la función pública, esta corporación en sentencia C-1195 de 2005 (noviembre 22), M. P. Jaime Araújo Rentería, se pronunció así:"Uno de los principios fundamentales de un Estado democrático es la supremacía del ordenamiento jurídico, en primer lugar de la Constitución Política. Es por ello que el Art. 6º superior establece que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y que los servidores públicos lo

son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones./ En el mismo sentido, el Art. 121 ibídem prescribe que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley, el Art. 122 prevé que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y el Art. 123 consagra que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. Esta exigencia de sometimiento a las disposiciones jurídicas, y, más concretamente, a la ley, por parte de los servidores públicos configura el denominado principio de legalidad de la función pública./ La inobservancia de este mandato por parte de las autoridades estatales les acarrea responsabilidad de tipo disciplinario o penal, así como también de orden patrimonial cuando han obrado con dolo o culpa grave, conforme a la regulación legal (Arts. 90 y 124 C. Pol)."

13 T-803 de 2004 (agosto 26), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

14 Cfr. Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de enero 20 de 2000. Rad. 5939. C. P. Juan Alberto Polo Figueroa.

15 El artículo 37 de la Ley 550 de 1999, sobre reactivación empresarial y reestructuración de los entes territoriales, autorizó a la Superintendencia de Sociedades para ejercer, en los casos allí regulados, funciones jurisdiccionales en única instancia y mediante el procedimiento verbal sumario. "Artículo 37. Solución de controversias. La Superintendencia de Sociedades en ejercicio de funciones jurisdiccionales y de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 116 de la Constitución Política, en única instancia y a través del procedimiento verbal sumario, será la competente para dirimir judicialmente las controversias relacionadas con la ocurrencia y reconocimiento de cualquiera de los presupuestos de ineficacia previstos en esta ley. Las demandas relacionadas con la existencia, eficacia, validez y oponibilidad o de la celebración del acuerdo o de alguna de sus cláusulas, sólo podrán ser intentadas ante la Superintendencia, a través del procedimiento indicado, por los acreedores que hayan votado en contra, y dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de celebración./ También será la Superintendencia de Sociedades la competente para resolver, en única instancia, a través del procedimiento verbal sumario, cualquier diferencia surgida entre el empresario y las partes, entre

éstas entre sí, o entre el empresario o las partes con los administradores de la empresa, con ocasión de la ejecución o terminación del acuerdo, distinta de la ocurrencia de un presupuesto de ineficacia de los previstos en esta ley. Entre tales diferencias se incluirán las que se refieran a la ocurrencia de causales de terminación del acuerdo./ La Superintendencia, en ejercicio de las funciones previstas en este artículo, podrá, si lo considera oportuno, de oficio o a petición de parte, sin necesidad de caución, decretar el embargo y secuestro de bienes o la inscripción de la demanda, o cualquier otra medida cautelar que a su juicio sea útil en atención al litigio. Estas medidas también se sujetarán a las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civ.l." (No está subrayado en el texto original.)

16 C-411 de 1997 (agosto 28), M. P. José Gregorio Hernández Galindo; C-727 de 2000 (junio 21), M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-245 de 2001 (febrero 27), M. P. José Gregorio Hernández Galindo y C-650 de 2001 (junio 20), M. P. Clara Inés Vargas Hernández, entre otras.

17 Esta disposición debe entenderse modificada tácitamente por el artículo 1° del Decreto 4705 de 2008, según el cual para efectos de la calificación de las operaciones de captación o recaudo no autorizados, conforme a la ley, las Superintendencias de Sociedades y Financiera de Colombia "son competentes a prevención", hasta la adopción de las medidas correspondientes encaminadas a la protección de los recursos entregados en desarrollo de las operaciones que se enmarquen en lo dispuesto en los artículos 1 ° y 6° del Decreto 4334 del mismo año. Además, deberán implementar los mecanismos y canales de coordinación que consideren necesarios, a fin de garantizar que no se presentarán demoras, ni duplicidad en los trámites y actuaciones a su cargo.

18 A-135 de 1997 (octubre 2), M. P. Carlos Gaviria Díaz.

19 El literal b) del artículo 7° del Decreto Legislativo 4334 de 2008, fue modificado por el artículo 2° del Decreto Legislativo 044 de 2009.

20 C-1189 de 2005 (noviembre 22), M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

21 Modificado por el artículo 2° del Decreto Legislativo 4705 de 2008: "Parágrafo 1°. Las providencias que ordenan las medidas de toma de posesión y de liquidación

judicial, proferidas por la Superintendencia de Sociedades, surten efectos desde su expedición y, cuando sea procedente, se ordenará su inscripción en el registro de la Cámara de Comercio del domicilio principal del sujeto de intervención, de sus sucursales y agencias. Contra la misma no procederá recurso alguno. ”

22 “Artículo 4°. En ningún caso la policía podrá emplear medios incompatibles con los principios humanitarios”.

“Artículo 30. Modificado por el artículo 109 del Decreto 522 de 1971. Para preservar el orden público la policía empleará sólo medios autorizados por ley o reglamento y escogerá siempre entre los eficaces, aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes. Tales medios no podrán utilizarse más allá del tiempo indispensable para el mantenimiento del orden o su restablecimiento….”

23 Parágrafo modificado por el artículo 2° del Decreto Legislativo 4705 de 2008, así: “Parágrafo 4°. Los honorarios del Agente Interventor, y los gastos propios de la intervención, serán cancelados con cargo a los recursos que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público transfiera a la Superintendencia de Sociedades para atender dichos gastos durante el término de la intervención./ Los honorarios se fijarán y pagarán de conformidad con los parámetros establecidos por la Superintendencia de Sociedades./ Así mismo, la Superintendencia Financiera de Colombia sufragará los gastos propios del ejercicio de las funciones a ella asignadas respecto de las presuntas operaciones de captación o recaudo sin la debida autorización estatal, con cargo a los recursos que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público le transfiera para tal efecto. Se entienden contemplados todos aquellos gastos necesarios para el cabal cumplimiento de tales funciones.” (Este inciso fue modificado por el artículo 1° del Decreto Legislativo 044 de 2009).

25 El artículo 16 del Decreto 4705 de 2008, modificó el numeral 8° del artículo 9° del Decreto 4334 de 2008, así: “8. El levantamiento de las medidas cautelares y la cancelación de gravámenes de que sean objeto los bienes de la persona intervenida, para lo cual Superintendencia de Sociedades, librará los oficios correspondientes. Una vez recibidos los mismos, inmediatamente deberá inscribirse dicho levantamiento por parte de las personas o autoridades encargadas de los registros

correspondientes.”

26 El artículo 16 del Decreto 4705 de 2008, modificó el numeral 14 del artículo 9° del Decreto 4334 de 2008, así: “14. El depósito de las sumas aprehendidas a la persona intervenida en el Banco Agrario de Colombia, a órdenes del Agente Interventor y a nombre de la intervenida.”

27 Artículo 12. Modifícase el artículo 10 del Decreto 4334 de 2008 el cual quedará así: “Artículo 10. Devolución inmediata de dineros. Este procedimiento se aplicará por el Agente Interventor cuando la Superintendencia de Sociedades haya decretado la toma de posesión. De acuerdo con el siguiente procedimiento:/ a) Dentro de los dos (2) días siguientes a su posesión, el Agente Interventor procederá a publicar un aviso en un diario de amplia circulación nacional o por cualquier medio expedito, en el cual informe sobre la medida de intervención. Así mismo la Superintendencia de Sociedades fijará en su página Web copia de la providencia y del aviso; / b) En el mismo aviso, el Agente Interventor convocará dentro de los diez (10) días siguientes a la publicación del aviso, a quienes se crean con derecho a reclamar las sumas de dinero entregadas a la persona natural o jurídica intervenida, para que presenten sus solicitudes en el sitio o sitios que señale para el efecto; / c) La solicitud de devolución deberá presentarse por escrito en los sitios que indique el Agente Interventor, acompañada del original o copia del documento que sirva para probar la entrega de dinero a la persona intervenida, con que cuente el reclamante;/ d) El Agente Interventor, dentro de los veinte (20) días siguientes al vencimiento del término anterior, expedirá la providencia que contenga la relación de solicitudes de devolución aceptadas y las rechazadas. Mediante la publicación de un aviso en un medio de amplia circulación Nacional o local, según el caso, el Agente Interventor informará los lugares y/o medios en los que pondrá a disposición de los interesados la mencionada relación con sus respectivos anexos y soportes. Para efectos de la valoración de las reclamaciones el Agente Interventor hará uso de todos los medios de prueba disponibles. En todo caso será aplicable lo señalado en el parágrafo del artículo 26 del Decreto 2211 de 2004. Contra esa decisión podrán presentarse objeciones dentro de los cinco (5) días siguientes a su publicación. Las objeciones serán resueltas dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del plazo de presentación de las objeciones. La anterior relación será remitida a la Superintendencia de Sociedades para su aprobación mediante providencia de carácter judicial. Copia de la

providencia en firme, será enviada a la UIAF Unidad de Información y Análisis Financiero, para lo de su competencia. El monto máximo de las devoluciones aceptadas será el capital entregado; / e) Las reclamaciones aceptadas, serán atendidas dentro de los diez (10) días siguientes a la expedición de la providencia por parte de la Superintendencia de Sociedades, por conducto de entidades financieras. /PARÁGRAFO 1o. Criterios para la devolución. Para la devolución de las solicitudes aceptadas, el Agente Interventor deberá tener en cuenta los siguientes criterios:/ a) Se atenderán todas las devoluciones aceptadas dividiendo por el número de solicitantes, hasta concurrencia del activo y hasta el monto de lo aceptado;/ b) En caso de que sean puestos a disposición o aparezcan nuevos recursos, se aplicará el procedimiento anteriormente señalado para el pago de devoluciones aceptadas insolutas;/ c) En el evento en el que se demuestre que se han efectuado devoluciones anteriores a la intervención a cualquier título, estas sumas deberán ser descontadas de la suma aceptada por el Agente Interventor./ PARÁGRAFO 2o. Los días señalados en el Decreto 4334 de 2008 y en el presente procedimiento se entenderán hábiles. / PARÁGRAFO 3o. La Superintendencia de Sociedades podrá solicitar la devolución de los recursos de que trata el parágrafo 4o del artículo 7o del Decreto 4334 de 2008, modificado por el artículo 2o de este decreto, en igualdad de condiciones de los acreedores quirografarios, dentro del proceso de liquidación judicial de la entidad intervenida .”

28 Modifícase el artículo 12 del Decreto 4334 de 2008, el cual quedará así: “Artículo 12. Declaratoria de terminación de la toma de posesión para devolución. Efectuados los pagos, el Agente Interventor in-formará de ello a la Superintendencia de Sociedades y presentará una rendición de cuentas de su gestión para su aprobación. Declarada la terminación de la toma de posesión para devolución, la Superintendencia de Sociedades decretará la apertura del procedimiento de liquidación judicial regulado en la Ley 1116 de 2006. /Si en dicho proceso aparecieren nuevos bienes, el producto de los mismos deberán aplicarse en primer lugar a las devoluciones /aceptadas que hubieren quedado insolutas dentro del procedimiento de toma de posesión.”

29 Esta posición jurídica la ha expuesto el suscrito magistrado en Aclaración de Voto del suscrito magistrado a la Sentencia C-226 de 2009, así como en la ponencia presentada en el V Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, en Barrancabermeja, agosto del 2009.