

Sentencia C-172-09

Referencia: expediente RE-143

Revisión oficiosa del Decreto 4591 de 2008 “Por el cual se dictan medidas para extender la oferta de servicios financieros a las personas de menores ingresos de la población y se dictan otras disposiciones”

Magistrada Ponente:

Dra. CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil nueve (2009)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En acatamiento a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 215 de la Constitución Política y en la Ley 137 de 1994, el Presidente de la República, en nombre del Gobierno Nacional, remitió a esta Corporación, el 5 de diciembre de 2008, copia auténtica del Decreto 4591 de 2008, “Por el cual se dictan medidas para extender la oferta de servicios financieros a las personas de menores ingresos de la población y se dictan otras disposiciones”, expedido en el marco del Estado de Emergencia declarado mediante Decreto 4333 de 2008.

II. TEXTO DEL DECRETO OBJETO DE REVISIÓN

A continuación se transcribe el decreto objeto de revisión de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 47.193 del 4 de diciembre de 2008.

DECRETO NÚMERO 4591 DE 2008

(diciembre 4)

por el cual se dictan medidas para extender la oferta de servicios financieros a las personas de menores ingresos de la población y se dictan otras disposiciones.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confiere en el artículo 215 de Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994 y en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 4333 de 2008.

CONSIDERANDO:

Que es necesario proferir disposiciones para conjurar la Emergencia Social declarada mediante el Decreto 4333 de 2008;

Que un número importante de ciudadanos han entregado sumas de dinero a captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas, poniendo en riesgo su patrimonio y afectando inclusive la actividad económica de las localidades en las cuales operaban dichos captadores o recaudadores, siendo necesario en consecuencia, tomar medidas que permitan al Gobierno Nacional facilitar mecanismos de apoyo social y de financiación de actividades económicas;

Que se hace necesario crear incentivos de crédito para mitigar el efecto que se ha presentado en las economías regionales por los hechos que dieron origen a la Emergencia Social declarada mediante el Decreto 4333 de 2008,

DECRETA:

Artículo 1°. Utilización de redes para las cuentas de ahorro electrónicas. Previa autorización de las Superintendencias Financiera y de Economía Solidaria, según el caso, los establecimientos de crédito y cooperativas autorizadas para el ejercicio de la actividad financiera, podrán constituir consorcios, uniones temporales o patrimonios autónomos a través de los cuales se estructuren las cuentas de ahorro electrónicas. Igualmente los establecimientos de crédito y cooperativas autorizadas para el ejercicio de la actividad financiera, podrán adoptar sistemas especiales de pago y recaudo y acceder a redes, directamente o a través de terceros, con tecnologías adecuadas para la implementación de esas mismas cuentas de ahorro.

Artículo 2°. Operaciones de crédito. Con el fin de incentivar el otorgamiento de crédito en las regiones afectadas por los hechos que derivaron en la declaratoria de Emergencia Social por medio del Decreto 4333 de 2008, los créditos que, en los términos del presente artículo, otorguen los establecimientos de crédito y las cooperativas autorizadas para el ejercicio de la actividad financiera que se desembolsen hasta el 31 de diciembre de 2009 en dichas regiones, obtendrán los beneficios que se determinan a continuación

1. Créditos otorgados a Micro, Medianas y Pequeñas empresas hasta por un monto de diez millones de pesos (\$10.000.000.00).

a) Podrán acceder a garantías con una cobertura hasta del 70% a través del Fondo Nacional de Garantías y hasta del 80% a través del Fondo Agropecuario de Garantías según sea el caso, las cuales no generarán comisión alguna a favor de dichos fondos;

b) Los intereses de estos créditos no generarán renta gravable;

2. Créditos de libre inversión otorgados hasta por dos millones de pesos (\$2'000.000,00).

Los créditos otorgados en estas condiciones, gozarán de los mismos beneficios previstos para los créditos a que hace mención el numeral primero del presente artículo.

3. Créditos Reestructurados. Los establecimientos de crédito y las cooperativas autorizadas para el ejercicio de la actividad financiera, podrán reestructurar los créditos otorgados en las regiones afectadas y gozarán del beneficio consagrado en el literal b del numeral primero del presente artículo. No obstante, el beneficio consagrado, únicamente aplicará hasta por los primeros diez millones de pesos (\$10.000.000) de cada crédito reestructurado.

Parágrafo 1°. Los beneficios consagrados en el presente artículo estarán sujetos a las condiciones que establezca el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en cuanto a tasa de interés y demás requisitos indispensables para el desarrollo de las operaciones de crédito.

Parágrafo 2°. La limitación prevista en el artículo 177-1 del Estatuto Tributario no será aplicable a los ingresos de que trata el presente artículo.

Artículo 3°. Descuento tributario por inversión en cuentas de ahorro electrónicas. La adquisición de datáfonos y pin pads a que hace referencia el artículo 4 del presente decreto, necesarios para la implementación de las cuentas de ahorro electrónicas, que realicen durante el año 2009 los establecimientos de crédito, las cooperativas autorizadas para adelantar actividad financiera y las entidades administradoras de sistemas de pago de bajo valor, dará derecho a descontar del impuesto sobre la renta del mismo año gravable el valor pagado, de conformidad con el plan y requisitos que determine el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. La solicitud de este descuento tributario excluye la posibilidad de utilizar cualquier otro beneficio tributario, incluida la depreciación.

La utilización por parte del contribuyente de algún costo o deducción y descuento por el mismo hecho económico, ocasiona la pérdida del que le haya originado mayor beneficio, sin perjuicio de las sanciones por inexactitud a que haya lugar.

Artículo 4°. Exclusión de IVA y arancel. Están excluidas del impuesto sobre las ventas (IVA) y de gravámenes arancelarios, las importaciones de datáfonos, pin pads, correspondientes a las subpartidas arancelarias 8471.30.00.00 si son portátiles (inalámbricos y con batería o fuente interna de energía) con software preinstalado y programable; 8471.41.00.00 si son de conexión permanente a una red de energía y de comunicación, igualmente con software preinstalado y programable, 8471900000: lectores magnéticos y ópticos, máquinas para registro de datos sobre soporte en forma codificada y máquinas para tratamiento o procesamiento de estos datos, n.c.o.p., 8517500000: aparatos emisores y receptores de telecomunicación por corriente portadora o telecomunicación digital, para telefonía o telegrafía con hilos (exc. teléfonos, videófonos, telefax, teletipos y aparatos de conmutación y 8471.60.90.00 si son únicamente unidades de entrada necesarios para la implementación de las cuentas de ahorro electrónicas, que se realicen hasta el 31 de diciembre de 2009, por establecimientos de crédito, las cooperativas autorizadas para adelantar actividad financiera y las entidades administradoras de sistemas de pago de bajo valor, de conformidad con los límites, requisitos y condiciones que establezca el Ministerio de

Hacienda y Crédito Público.

Artículo 5°. Exención del Gravamen a los Movimientos Financieros. La disposición de recursos de las cuentas de ahorro electrónicas gozará de la exención prevista en el artículo 879 del Estatuto Tributario y sus decretos reglamentarios, hasta por el monto allí previsto.

Con el fin de facilitar el acceso de los sectores más vulnerables de la población a los beneficios previstos en el numeral 1° del artículo 879 del Estatuto Tributario, las entidades de que trata el presente decreto, marcarán como exentas las cuentas de ahorro electrónicas cuyos titulares pertenezcan al nivel 1 del Sisbén y los desplazados que figuren en el Registro Único de Desplazados en el momento de la apertura. Si el beneficiario es titular de una cuenta de ahorros marcada como exenta, prevalecerá la marcación de la cuenta de ahorro electrónica.

Artículo 6°. Medios de Manejo. Las operaciones realizadas para el manejo de las cuentas de ahorro electrónicas por los distintos medios autorizados (tarjetas, celulares, cajeros electrónicos o cualquier otro medio y canal que se determinen en el contrato) se asimilan a operaciones con una tarjeta débito para efectos tributarios.

Artículo 7°. Adquisición de cartera. Autorízase a la Central de Inversiones S.A. para realizar operaciones de compra de cartera, correspondiente a créditos originados en las regiones afectadas por los hechos que derivaron en la declaratoria de Emergencia Social por medio del Decreto 4333 de 2008, a los establecimientos de crédito y cooperativas autorizadas para el ejercicio de la actividad financiera.

Artículo 8°. Autorización al Fondo Nacional de Garantías. De los recursos que de acuerdo con el artículo 3° del Decreto 4490 de 2008 se destinen a capitalizar el Fondo Nacional de Garantías, podrá utilizarse parcialmente un monto según lo determine el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a la suscripción de un mandato para otorgar garantías a los créditos de libre inversión previstos en el numeral 2 del artículo 2° del presente decreto.

Artículo 9°. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a 4 de diciembre de 2008.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

El Ministro del Interior y de Justicia,

Fabio Valencia Cossio.

El Ministro de Relaciones Exteriores,

Jaime Bermúdez Merizalde.

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

Oscar Iván Zuluaga Escobar.

El Ministro de Defensa Nacional,

Juan Manuel Santos Calderón.

El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural,

Andrés Felipe Arias Leiva.

El Ministro de la Protección Social,

Diego Palacio Betancourt.

El Ministro de Minas y Energía,

Hernán Martínez Torres.

El Ministro de Comercio, Industria y Turismo,

Luis Guillermo Plata Páez.

La Ministra de Educación Nacional,

Cecilia María Vélez White.

El Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial,

Juan Lozano Ramírez.

La Ministra de Comunicaciones,

María del Rosario Guerra de la Espriella.

El Ministro de Transporte,

Andrés Uriel Gallego Henao.

La Ministra de Cultura,

Paula Marcela Moreno Zapata.

III. TRÁMITE

Mediante auto del 16 de diciembre de 2008, el despacho del magistrado sustanciador avocó conocimiento del proceso de la referencia, ordenó la práctica de pruebas -que reposan en el expediente-, la fijación del mismo en la Secretaría de la Corte, para permitir la participación ciudadana, y dio traslado al Procurador General de la Nación para permitirle rendir el concepto de rigor. De igual forma, el despacho del magistrado sustanciador solicitó a ciertas entidades públicas y privadas información relevante sobre el alcance del Decreto 4591 de 2008. Se resumen a continuación los informes presentados por las entidades citadas.

IV. INFORMES SOLICITADOS A PETICIÓN DEL DESPACHO DEL MAGISTRADO SUSTANCIADOR

1.- Informe del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

En representación del ministerio de la referencia intervino en el proceso el abogado Carlos Andrés Ortiz Martínez, para informar a la Corte sobre los siguientes aspectos del

Decreto.

El representante asegura que para la fecha de expedición del decreto de declaración de Emergencia Económica existían más de 200 empresas captadoras de dineros en 12 departamentos del país; que más de 68 locales fueron sellados en noviembre de 2008 por esa razón y que más de 98 mil millones de pesos habían sido incautados en los diferentes operativos adelantados por la policía. Sostiene que estas cifras provienen de los locales abiertos para la captación masiva de dineros del público y que si bien la existencia de dichos locales no incide directamente en el sistema financiero, porque las personas que acuden a ellos buscan rentabilidades que no puede ofrecer un negocio lícito, se ha considerado que facilitar el acceso a servicios financieros a la población tradicionalmente excluida puede ayudar a aliviar los efectos derivados de las actividades captadoras ilegales.

Afirma que según documento CONPES de mayo de 2006, el acceso al sistema financiero formal estimula el crecimiento económico, el bienestar de la población y la reducción de la pobreza. Este reconocimiento se ve respaldado por cifras que demuestran un incremento en el acceso a los créditos ofrecidos por la Banca de las Oportunidades, y que indican que la opción de adquirir un crédito formal, a tasas bajas -bancarización- reporta mayores provechos para los usuarios del sistema que los créditos informales. La bancarización pasó del 47.06% en julio de 2006 a 55.49% en junio de 2008.

Agrega que la figura de los corresponsales no bancarios, que consiste en la habilitación a supermercados, droguerías, panaderías, etc., para prestar servicios financieros a nombre de los bancos, ha permitido llevar los servicios financieros a lugares donde no había presencia bancaria. No obstante, reconoce que por múltiples factores, aún sigue siendo difícil que en Colombia los bancos tengan presencia en todo el territorio.

Lo anterior para indicar que mediante el Decreto 4591 de 2008, el Gobierno Nacional previó algunos estímulos para que las entidades financieras realizaran inversiones que les permitieran llegar a grupos amplios de la población, mediante cuentas bancarias sin cuota de administración, sin valor de tarjeta, y con derecho a dos retiros y consulta de saldo gratis al mes. Estas cuentas fueron autorizadas por el Decreto 4590 de 2008, que

reglamenta el artículo 75 del Plan, artículo que preveía exenciones de inversiones forzosas para cuentas destinadas a administrar recursos de ahorro en bajos montos. Pero como dichas exenciones no eran suficientes para financiar dichos programas, el Decreto 4591 dispuso alternativas para la prestación de esos servicios.

En primer lugar, permitió la formación de consorcios o uniones temporales entre los bancos, destinadas a incrementar los niveles de bancarización, es decir, de ampliar la penetración social de los servicios financieros formales. Los consorcios, que estarían sujetos a la autorización estatal para controlar el cumplimiento de la licencia de funcionamiento, permiten repartir los costos de operación entre los bancos que lo integran. Los consorcios buscan familiarizar a la población con los sistemas financieros y mantener repartidos los costos entre las entidades que buscan tener presencia en las distintas poblaciones del país.

El decreto recurre a la figura del consorcio porque la normativa que regula este tipo de asociaciones no es muy abundante. Luego de hacer una explicación de la figura, de sus características principales, de sus ventajas, el ministerio defiende la validez de una forma de asociación que permitiría prestar servicios financieros a personas del Sisben 1 y desplazados en cuantía cercana a los 15 millones de usuarios. Manifiesta que la figura tiene asiento constitucional, del cual han tomado provecho innumerables consorcios celebrados entre empresas privadas y entidades públicas. Sostiene que las entidades bancarias pueden recurrir a este tipo de asociaciones, tal como lo autoriza el régimen ordinario.

Ahora bien, el ministerio señala que con el fin de implementar los planes de expansión de los servicios financieros a zonas de poca presencia bancaria, en donde la instauración de locales formales financieros resultaría muy costosa, el decreto en mención autorizó la concesión de beneficios tributarios y arancelarios para la compra de datáfonos y pin pads, tecnología requerida para este tipo de transacciones. Advierte que el principio de libre configuración tributaria debe predicarse tanto del legislador ordinario como del extraordinario, por lo que la medida resulta autorizada por la Carta. Estas medidas pretenden estimular el uso del sistema financiero formal y desestimular el funcionamiento de sistemas defraudatorios como las pirámides.

Finalmente, asegura que el estímulo consignado en el decreto bajo estudio permite que el Fondo Nacional de Garantías comparta el riesgo con el intermediario financiero, estimulando la oferta de crédito a la población afectada.

En representación del ministerio de la referencia, intervino en el proceso el señor ministro del interior y de justicia, Fabio Valencia Cossio, para suministrar información acerca de las medidas adoptadas por el Gobierno.

El ministro hace un recuento de la información suministrada por las autoridades competentes acerca de las zonas más afectadas por el derrumbe de las organizaciones encargadas de la captación masiva de dinero del público. Precisa los municipios en que ha habido problemas de orden público y detalla algunas de las medidas adoptadas por las autoridades locales.

3. Informe de la Superintendencia Financiera de Colombia

El superintendente financiero de Colombia (e), Roberto Borrás Polanía, intervino en el proceso para suministrar información acerca de los alcances del decreto bajo estudio.

En primer lugar, acepta que la Superintendencia no cuenta con información detallada de los efectos nocivos producidos por la caída de empresas captadoras de dineros públicos debido a la informalidad con que las mismas adelantaban sus negocios. No obstante, señala las zonas que pudieron verse más afectadas por el fenómeno.

Indica que para la expedición del Decreto 4591 de 2008 no fue necesario suspender ninguna disposición legal. Precisa que el fin del decreto es crear mecanismos para permitir que los bancos, entidades financieras y cooperativas ofrezcan sus servicios a mayor número de habitantes. Indica que los mecanismos señalados buscan hacer efectivas las medidas adoptadas por el decreto 4590 de 2008: transacciones gratuitas, mediante diversos mecanismos, sin la exigencia de saldos mínimos, entre otras. Sostiene que dichos mecanismos, consorcios, uniones temporales, patrimonios autónomos, le permitirán a las entidades financieras ofrecer sus servicios de manera masiva en zonas en donde no existe tradición bancaria. Los medios de asociación permiten que distintas entidades se unan para proveer con más eficiencia los servicios financieros en zonas usualmente

alejadas de estos servicios.

Aduce que la figura de los consorcios está regulada en las normas sobre contratación estatal, aunque se trate de figuras típicas del derecho privado. Ahora bien, en lo que tiene que ver con la figura del patrimonio autónomo, afirma que antes de la expedición del Decreto 4591 de 2008 la misma no podía usarse para realizar operaciones pasivas o de captación de dinero por parte de establecimientos de crédito. La expedición del decreto permite esta opción, mediante el servicio de cuenta de ahorro, a lo cual habría agrega que según la normativa vigente, las sociedades fiduciarias deben constituir patrimonios autónomos con los bienes fideicomitidos.

Sobre el punto, reconoce que el Presidente podría hacer uso de su facultad reglamentaria para establecer algunas precisiones acerca de los mecanismos autorizados por el Decreto 4591 de 2008, pero que ello es innecesario porque tal decreto ya autorizó a las entidades financieras a utilizar las herramientas específicas para ofrecer nuevos productos de cuentas de ahorro electrónicas y para que dichas entidades se asocien entre ellas.

Precisa también que las cuentas de ahorro electrónicas están definidas en el Decreto 4590 de 2008, decreto que detalla todos los componentes de este servicio. Advierte que tal operación se reglamentó en virtud de lo previsto en el artículo 70 de la Ley 1151 de 2007, Plan Nacional de Desarrollo, y que su finalidad es el estímulo del ahorro en población de bajos recursos. De allí que las cuentas de ahorros sean no remuneradas, sin cuota de manejo, con canales gratuitos y con la garantía de que por lo menos dos retiros y una consulta de saldo sean gratuitos.

Adicionalmente, sostiene que el sistema prevé mecanismos de estímulo como la reducción tributaria, la exclusión del IVA y aranceles, exención de gravamen al movimiento financiero y prestación del servicio mediante uniones temporales y consorcios.

El Superintendente precisa que este nuevo producto tiene características especiales en función de sus beneficiarios y las condiciones establecidas en el Decreto 4590 de 2008. Su principal característica es la amplitud de canales para acceder a las cuentas bancarias (teléfono, celular, cajeros u otro medio que se determine en el contrato). La regulación de la materia depende de la coordinación que exista entre el Ministerio de

Hacienda y las entidades del sistema financiero, y del cumplimiento de las condiciones básicas exigidas a las entidades financieras.

El superintendente asegura que el régimen del Decreto 4591 de 2008 está encaminado a estimular la importación de los dispositivos técnicos necesarios para la implantación de las cuentas de ahorro electrónicas. Precisa que dicho decreto no autoriza el otorgamiento de créditos, ya que esta actividad está permitida por el objeto social de las entidades de crédito, sino que busca estimular el que dichos establecimientos reestructuren los créditos ya otorgados en las regiones afectadas por la crisis. Advierte que las diferencias fundamentales son los beneficios previstos en el artículo 2º del Decreto 4591 para las personas afectadas por las pirámides y los captadores ilegales.

El superintendente explica el funcionamiento de los datáfonos y de los pin pads y aclara que el datáfono es el aparato mediante el cual se realiza la operación crediticia y el pin pad el teclado anexo en el que el cliente digita la clave personal de su cuenta. Precisa que hasta hace algunos años los datáfonos eran fijos y estaban separados del pin pad, pero que la tecnología ha producido nuevos datáfonos inalámbricos, integrados con los pin pads, que facilitan y dan mayor seguridad a la operación crediticia. Detalla que estos aparatos sirven para realizar operaciones de dinero en efectivo, transferencia de fondos, pago de productos o servicios y consulta de saldos, transacciones que pueden realizar los corresponsales no bancarios.

La Superintendencia agrega al informe que la Central de Inversiones S.A. (CISA) no es una entidad sujeta a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera, y que se trata de una sociedad de economía mixta nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Informa que de conformidad con la normativa pertinente CISA sólo podía realizar operaciones propias de su objeto social con entidades públicas, pero que el Decreto 4591 la autorizó para hacerlo con cualquier entidad pública o privada.

Finalmente, asegura que el Decreto 4591 de 2008 limitó este tipo de operaciones a aquella cartera correspondiente a créditos originados en las regiones afectadas por los hechos que derivaron en la declaratoria de Emergencia Social.

4. Informe de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

En representación de la unidad de la referencia, intervino en el proceso el Director General, Oscar Francisco Charry.

Precisa que, según el artículo 871 del Estatuto Tributario, las transacciones financieras son hechos generadores del Gravamen al Movimiento Financiero -GMF- y que dentro de ellas se incluyen las transacciones de cuentas de ahorros. Estas se encuentran exentas del gravamen en la cuantía señalada por el artículo 879 del mismo estatuto. Lo que el Decreto 4591 de 2008 hizo fue dar una denominación específica a ciertas cuentas de ahorro, las cuentas de ahorro electrónicas, destinadas a un tipo especial de destinatarios -personas del Sisben 1 y desplazados que figuren en el registro único de desplazados-, que estarán exentas en los términos fijados por el artículo 879 del E.T.

El Director General de la DIAN afirma que el Decreto 4591 de 2008 crea un descuento en el impuesto de renta por la adquisición de los datáfonos y los pin pads, requeridos para adelantar las operaciones de las cuentas de ahorro electrónicas, descuento que no es acumulable con otros que se ofrezcan. Esta disposición modificaría temporalmente los artículos 254 a 260 del Estatuto Tributario.

Adicionalmente, los intereses percibidos por las entidades bancarias no se consideran renta gravable. En la actualidad, la Ley 546 de 1999 prevé que los intereses por operaciones de crédito de financiación de vivienda de interés social no genera renta gravable por 5 años, contados a partir de la fecha de pago de la primera cuota de amortización. El Decreto 4591 amplía dicho beneficio a los créditos de libre inversión.

Agrega que el beneficio tributario también se aplica a la reestructuración de los créditos, hasta los 10 millones de pesos, lo que favorecerá a las entidades que la apliquen. Estos beneficios se entienden sujetos a la reglamentación del Ministerio de Hacienda.

Ahora bien, la dirección asegura que por regla general, los costos y deducciones imputables a ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional no son aceptables para efectos de establecer la renta líquida del contribuyente. No obstante, esa medida se omite en el Decreto 4591, porque el artículo 2º admite costos y deducciones imputables a rentas no gravadas para establecer la renta del contribuyente que otorga créditos o los refina en los términos señalados. Así, en el caso de las rentas originadas en préstamos de vivienda de interés social subsidiable, el artículo 4º del Decreto 2440 de

2005 también levanta esa restricción, respecto de las rentas exentas a que se refiere el artículo 56 de la Ley 546 de 1999 hasta el año 2011.

5. Informe del Fondo Nacional de Garantía

Juan Carlos Durán Echeverry, Presidente del Fondo Nacional de Garantías, intervino en el proceso para explicar los alcances del artículo 8º del Decreto 4591 de 2008. Sostiene que la medida pretende capitalizar al FNG en la cuantía determinada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con recursos provenientes del Fondo de Reserva para la Estabilización de Cartera Hipotecaria -FRECH-, con el fin de crear un producto de garantía.

Adicionalmente, el decreto promueve la celebración de un convenio interadministrativo de mandato entre el Fondo Nacional de Garantías y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el fin de que el FNG cree un fondo de garantía, con recursos enviados por el Ministerio, destinado a respaldar los créditos establecidos en el artículo 2º del Decreto 4591 de 2008. Lo anterior, en desarrollo del objeto social del FNG y por autorización del artículo 241 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que permite este tipo de operaciones.

Advierte que este tipo de convenios vienen siendo suscritos entre el fondo y otras entidades públicas, con el fin de que el FNG administre los recursos entregados por ellas para garantizar créditos.

V. INTERVENCIONES

Dentro de la oportunidad procesal prevista, intervinieron en el proceso las siguientes autoridades.

1. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En representación del ministerio de la referencia intervino en el proceso el abogado Carlos Andrés Ortiz Martínez para solicitar a la Corte la declaración de exequibilidad del decreto.

Según el interviniente, para la fecha de declaración del Estado de Conmoción Interior, más de la tercera parte del país había sido afectada por las actividades de captación

masiva y no autorizada de recursos públicos. Las cifras de la Policía demuestran la extensión del fenómeno. La población afectada, principalmente la de bajos recursos, perdió porcentajes considerables de su patrimonio, crisis que podría extenderse en razón de que un porcentaje muy bajo de dicha población tiene acceso al sistema financiero. Esta situación llevó al Gobierno a dictar el Decreto 4591 de 2008, encaminado a estimular el acceso al mercado formal de crédito. Así se planteó en el informe presentado por el ministerio a la Corte Constitucional, en el marco de este proceso, en donde se resaltó que la promoción de la bancarización es una necesidad prevista en documentos Conpes.

El Ministerio afirma que el proceso de bancarización se funda en la premisa según la cual, existe mayor crecimiento cuando disminuye la dispersión de recursos de ahorro. En otras palabras, que la pobreza decrece cuando la población tiene acceso a los servicios financieros formales.

Sostiene que el Decreto 4591 de 2008 cumple los requisitos de forma exigidos por la Constitución, pero además los de fondo señalados por la ley y la jurisprudencia. Así, advierte que satisface el principio de finalidad, pues persigue extender la bancarización a zonas afectadas por el negocio de las pirámides en aras de minimizar los efectos que dieron origen a la declaración de emergencia económica. Las distintas medidas adoptadas –que se producen en el marco de una facultad amplia de configuración- buscan que la población afectada acceda con mayor facilidad al sistema financiero formal. Resalta particularmente la función del fondo cuyo manejo se encargará al Fondo Nacional de Garantías, destinado precisamente a garantizar los créditos que se concedan en ejecución del decreto. Ello busca evitar que escaseen los recursos de capital para las microempresas y que se reestructuren los créditos ya otorgados.

Agrega que la expedición del decreto responde al principio de necesidad, porque las medidas eran indispensables para hacer frente a la situación económica de muchos afectados; que el decreto no se vio en la necesidad de suspender ninguna norma preexistente; que las medidas adoptadas son proporcionales a la gravedad de los hechos; que no contiene normas discriminatorias, y que el decreto no incurre en ninguna de las prohibiciones consignadas en la ley estatutaria de los estados de excepción.

2. Intervención de la Central de Inversiones S.A.

En representación de la entidad referida intervino en el proceso su vicepresidente jurídica (e), Gloria Mejía Bucheli, para solicitar la declaración de exequibilidad del decreto bajo estudio.

La interviniente señala que en el año 2000 Fogafín adquirió el 99.99% de las acciones de Central de Inversiones S.A. Precisa que el objeto social de la Central de Inversiones es contribuir a la normalización de las irregularidades financieras del sector mediante la recuperación de activos improductivos y el apoyo a los procesos de saneamiento financiero adelantados por las entidades del Estado. Subraya que hasta antes de la expedición del Decreto 4591 de 2008, la entidad contribuyó a la recuperación de más de 3.2 billones de pesos, y a la normalización de más de 133.000 obligaciones de cartera cuyos titulares eran entidades públicas de cualquier orden o rama, organismos autónomos e independientes o sociedades con aportes estatales y patrimonios autónomos constituidos por entidades públicas. No obstante, el Decreto 4591 de 2008 dispuso que la Central de Inversiones también podría desarrollar su objeto social a favor de entidades financieras del sector privado, con lo cual modificó los estatutos de la entidad.

Las medidas buscan extender la oferta de servicios financieros en las áreas afectadas por el negocio de las pirámides y la apertura de los servicios de la central de Inversiones a las entidades privadas garantiza mayores recursos para enfrentar dicha crisis.

3. Intervención de la Superintendencia Financiera de Colombia

En la oportunidad procesal prevista, el superintendente financiero de Colombia (e), Roberto Borrás Polanía, intervino para solicitar la declaración de exequibilidad del Decreto 4591 de 2008.

Resalta que la actividad financiera está al servicio de la comunidad y se ejerce previa autorización del Estado, cuando el mismo verifica la idoneidad de la persona jurídica interesada en captar recursos del público y el otorgamiento de las garantías correspondientes. Pese a dichas condiciones, los hechos que motivaron la declaración del Estado de Emergencia Económica dan cuenta del ejercicio de la actividad financiera por personas que ni cumplían dichos requisitos ni ofrecieron las garantías requeridas para

hacerlo.

El Decreto 4591 de 2008 se expidió con el fin de menguar los costos generados por la situación que provocó la Emergencia Social en las regiones más afectadas con el fenómeno de la captación no autorizada de dinero público, y con el objeto de crear incentivos para el crédito. Dice que el efecto más nocivo lo recibieron las familias de escasos recursos.

Señala que el Decreto 4591 de 2008 autoriza a las cooperativas, patrimonios autónomos y establecimientos de crédito para estructurar las Cuentas de Ahorro Electrónicas, previa autorización de la Superintendencia Bancaria o de Economía Solidaria, según el caso. Los créditos que se otorguen a través de dichas cuentas tienen ciertos favorecimientos como la ausencia de comisiones, la no constitución de renta gravable de los intereses, la no aplicación del artículo 177-1 del Estatuto Tributario en el sentido de que para el cálculo de la renta líquida podrán deducirse los costos y deducciones imputables a dichos intereses, la posibilidad de descontar del impuesto de renta el valor de los datáfonos y pin pads para el funcionamiento de las cuentas, la no imposición del IVA, la reducción del gravamen al movimiento financiero. Para cumplir dichos objetivos, dice, el Gobierno aumentó la capacidad del Fondo Nacional de Garantías, de manera que el otorgamiento de dichos créditos estuviera mejor soportado.

Por ello, aduce que las medidas se expidieron con el propósito de impedir la extensión de los efectos generados por las economías más afectadas, pues propugnan una inmediata masificación de los servicios financieros a la población de menos recursos. Reconoce que con anterioridad a la emergencia económica el Gobierno había adoptado medidas de estímulo al acceso a los medios financieros, pero que fue a raíz del impacto de los hechos que dieron origen a la emergencia que se decidió actuar efectiva y urgentemente para extender la oferta a las personas más vulneradas.

Sostiene que las medidas adoptadas están en relación directa y necesaria con la declaración de emergencia. Advierte que el decreto puso en marcha mecanismos para permitir que las entidades de crédito ofrecieran sus servicios al público mediante esquemas de economía de escala. Ello con el fin de distribuir gastos y realizar las medidas contenidas en el Decreto 4590 de 2008, que señaló las características de las Cuentas de

Ahorro Electrónicas. Dichos mecanismos (consorcios, uniones temporales, patrimonios autónomos) buscan facilitar la prestación de los servicios indicados mediante el esfuerzo común de las entidades de crédito, obviamente cuidando siempre que el Estado autorice dichas operaciones.

El diseño de estas opciones comerciales va acompañado por una serie de beneficios para las entidades financieras. Luego de explicarlas, el superintendente afirma que se trata de medidas para incentivar la expansión de los servicios financieros.

En cuanto a la constitucionalidad de las medidas, el superintendente asegura que las mismas guardan conexidad con los hechos generadores de la Emergencia Social, en tanto que el Decreto 4333 de 2008, que declaró el estado de excepción, resaltó la necesidad de profundizar los mecanismos de acceso al sistema financiero para las personas de bajos recursos. El acceso a los servicios financieros ayuda a afectar los efectos derivados de dichos fenómenos. Por ello el decreto en cuestión creó varios incentivos destinados a permitir esa masificación del servicio financiero. En este punto, resalta el fortalecimiento que se le hizo al Fondo Nacional de Garantías, destinado a dotar de mayores recursos el acceso al microcrédito.

Agrega que las normas estudiadas están destinadas a conjurar la crisis, por lo que cumplen con el principio de finalidad; así como cumplen con el requisito del principio de necesidad, pues con el advenimiento de los hechos que originaron la Emergencia Social surgió una necesidad imperiosa de asumir medidas destinadas a detener la crisis. Igual puede decirse de la proporcionalidad de las medidas, pues todas se acoplan al fin propuesto: la recuperación económica de las zonas más afectadas por la crisis.

4. Intervención de la Presidencia de la República

En representación de la Presidencia de la República intervino en el proceso la abogada María Carolina Rojas Charry, para defender la constitucionalidad del Decreto 4591 de 2008.

Precisa que aunque la legislación nacional contaba con normas que regulan la bancarización de bajo monto, la misma no había podido aplicarse por varios factores: la poca penetración cultural de la banca, la disminución de la rentabilidad formal y los costos

implícitos de mantenimiento de las cuentas bancarias. El decreto pretendió entonces facilitar el acceso a los servicios financieros a personas tradicionalmente excluidas del mismo, que resultaron afectadas por la caída de las pirámides.

Sostiene que el fin del decreto es conjurar directamente la crisis y detener la extensión de los efectos del desplome de las economías basadas en captación ilegal de dineros del público. Tras describir una a una las medidas que se adoptaron para incentivar la penetración de los servicios financieros en las economías más afectadas, la interviniente resalta que el acceso a dichos servicios es un factor de crecimiento económico pues facilita el manejo del riesgo y agiliza el encauzamiento de la inversión.

Las medidas persiguen que población de estrato bajo abra cuentas de ahorro sin cuota de administración, ni pago de valor de tarjeta, y con retiros y consultas de saldo gratuitos. Estas medidas van acompañadas de estímulos tributarios a las entidades de crédito que pongan en marcha estos mecanismos de ahorro. Además, se permite la unión de entidades de crédito a fin de que compartan gastos para la implantación de los mecanismos de ahorro, siempre sujeto a la inspección y vigilancia del Estado. Dice que las medidas adoptadas por el Decreto 1119 de 2008 no eran suficientes para enfrentar la crisis, por lo que el Decreto 4591 de 2008 constituye una norma sin equivalente en la regulación vigente. De cualquier manera, asegura que las medidas se expidieron en el marco de las normas constitucionales y en respeto de los principios del Estado Social de Derecho. Lo mismo dice de los incentivos tributarios y de las normas que permiten la intervención del Fondo Nacional de Garantías.

La Presidencia de la República dice, finalmente, que el Decreto 4591 cumple con los parámetros de la Ley 137 de 1994, pues está en relación de causalidad, de proporcionalidad, finalidad y necesidad.

5. Intervención del Instituto Colombiano de Derecho Tributario

La señora presidente del Instituto Colombiano de Derecho Tributario, doctora Lucy Cruz de Quiñones, intervino en el proceso para exponer las razones que llevaron al Consejo Directivo del Instituto a considerar que el Decreto 4591 de 2008 es exequible.

A juicio del Instituto, el decreto se encuentra en relación de conexidad con el decreto

que declaró turbado el orden público social, las medidas están dirigidas a facilitar el uso de redes para instaurar las cuentas de ahorro electrónicas y el Gobierno decretó una serie de incentivos tributarios para facilitar la implantación de los servicios financieros, atribución que podía utilizar según las normas estatutarias que regulan los estados de excepción.

Sobre el punto, dice que el decreto estudiado permite inaplicar el artículo 177-1 del Estatuto Tributario, que impide deducir los costos y deducciones de los ingresos no constitutivos de renta, lo que implica una doble reducción de la renta gravable a favor de los beneficiarios de las medidas. A esto se suma el incentivo del descuento del impuesto sobre la renta que se autoriza por la importación de elementos tecnológicos destinados a incorporar los sistemas de ahorro electrónico. Igualmente se otorga el beneficio de la exoneración del IVA por la importación de los mismos elementos y la devolución de dos puntos del IVA sobre el manejo de las tarjetas más la exoneración del gravamen sobre las comisiones. En últimas, dichas medidas redundan en la reducción del costo de manejo de las tarjetas y en el abaratamiento del crédito.

No obstante, en vista de que el incentivo tributario dado a la importación de elemento tecnológico supone un beneficio doble para los bancos, que en últimas equivale a una donación de los aparatos, el instituto sugiere que se establezcan mecanismos de control para evitar que los datáfonos y pin pads se utilicen en las transacciones que ordinariamente realicen los establecimientos de crédito y no, exclusivamente, en las efectuadas por personas de zonas directamente afectadas por la crisis social declarada mediante Decreto 4333 de 2008.

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, mediante concepto No. 4706 recibido el 11 de febrero de los corrientes, solicitó a la Corte declarar exequible el decreto objeto de revisión.

Desde el punto de vista formal, considera que el decreto cumple todos los requerimientos constitucionales y legales. Desde el punto de vista material, dice que el decreto no contiene restricciones o limitaciones al ejercicio de derechos constitucionales y que guarda conexidad con los motivos que llevaron a declarar el

estado de Emergencia Social.

En primer lugar, la posibilidad de que las entidades de crédito y las cooperativas conformen consorcios y uniones temporales para prestar sus servicios constituye una alternativa legítima para el acceso al sistema financiero formal en condiciones más favorables. Esta medida y las demás que integran el decreto se relacionan con los motivos expuestos para la expedición del Decreto 4333 de 2008 por cuanto una de las razones para recurrir al estado de excepción fue la proliferación de captadores irregulares de dinero público, que no ofrecían garantía de su gestión ni la seguridad del sistema financiero. Ello condujo a la adopción de medidas que permitieran contrarrestar dichas prácticas y así reestablecer las condiciones mínimas de pervivencia en las zonas afectadas por la crisis.

La posibilidad de que CISA intervenga en la recuperación de la cartera en zonas afectadas por la crisis se refleja en la liberación de los créditos por parte de las entidades de crédito, lo que repercute en beneficio de la solución al problema social indicado.

Sostiene que las decisiones adoptadas en el Decreto 4591 de 2008 están en relación de causalidad directa con los motivos que determinaron la decisión presidencial de declarar el estado de Emergencia Social, así como las medidas que buscan estimular la creación de cuentas de ahorro electrónicas y la importación de los instrumentos electrónicos destinados a ponerlas en marcha. En la misma línea, considera que las medidas adoptadas son idóneas y proporcionales a la crisis y con su adopción no se exceden los límites constitucionales.

En cuanto a la necesidad de lo prescrito en el Decreto 4591 de 2008, la Procuraduría sostiene que la captación ilegal y masiva de dinero público tiene la fuerza de afectar grave e inminentemente la estabilidad institucional, por lo que el estímulo del acceso al sistema financiero formal constituye una medida necesaria para solucionar la crisis. Dice que la decisión se erige en una posibilidad de apoyo a la estabilidad familiar de las personas afectadas y agrega que las herramientas utilizadas por el Gobierno eliminan las barreras que limitan la posibilidad de acceso al crédito de los más afectados.

Adicionalmente, sostiene que el Decreto 4591 de 2008 es proporcional porque al utilizar el sistema financiero, sometido a los controles de ley, se erige en un medio idóneo para

superar la crisis de las pirámides y otras prácticas financieras ilegales. Y a pesar de que los consorcios y uniones temporales son figuras del derecho privado, nada impide que el Gobierno las utilice para permitir que el sector financiero comparta los gastos de implementación de las cuentas de ahorro electrónicas; como tampoco lo hace la potestad que da a las entidades de crédito de constituir patrimonios autónomos para separar su patrimonio del destinado a la creación de las cuentas de ahorro electrónicas. Subraya que la adopción de las cuentas de ahorro bajo condiciones favorables consulta los fines sociales del Estado, además de que permite al Presidente utilizar la potestad tributaria que le concede el artículo 215 de la Carta Política.

Dice que las imposiciones puestas a las entidades del sector financiero se encuentran compensadas con las garantías ofrecidas por el Gobierno Nacional y no constituyen afectación del principio de iniciativa privada y libertad económica.

En conclusión, advierte que entre el Decreto 4591 de 2008 y el decreto declaratorio del estado de emergencia social existe una clara relación de conexidad y que las medidas adoptadas no subvierten los principios, derechos y valores de la Carta Fundamental.

VII. FUNDAMENTOS Y CONSIDERACIONES

1.- Competencia.

La Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos dictados en ejercicio de las facultades derivadas del artículo 215 de la Constitución, según lo dispuesto en los artículos 214, numeral 6º y 241 numeral 7º de la Carta Política.

2.- Cumplimiento de los requisitos de forma del Decreto 4591 de 2008

La Corte observa que los dos requisitos de forma exigidos por la Constitución se encuentran cumplidos. En efecto, mientras el decreto en mención fue remitido a la Corte Constitucional el día siguiente a su expedición –con lo cual se cumple con el requisito del párrafo del artículo 215 de la Carta–, su texto viene suscrito por todos los ministros, lo cual implica el cumplimiento del otro requisito contenido en el citado artículo

215.

3.- Declaración de exequibilidad del Decreto 4333 de 2008

Adicionalmente, la Corte puede adelantar la revisión del Decreto 4591 de 2008 porque el mismo se dictó el 4 de diciembre de 2008, esto es, dentro del término de 30 días que fijó el Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008 como término de duración del estado de Emergencia Social.

4.- Finalidad de Decreto 4591 de 2008 y contenido material de sus normas

Tal como se indicó en los antecedentes de esta providencia, el Decreto 4591 de 2008 fue expedido en el marco de las medidas adoptadas para enfrentar la crisis social que motivó la declaración del estado de Emergencia Social -Decreto 4333 de 2008.

Así como lo estableció la Sentencia C-135-09, que sometió a estudio el decreto declarativo, el estado de Emergencia Social se instauró a finales del año 2008 con el fin de superar la crisis producida por la súbita proliferación y caída financiera de entidades dedicadas a la captación y recaudo masivo no autorizados de dineros del público.

La Sentencia C-135-09 avaló la evaluación presidencial de la gravedad de la crisis y procedió a declarar exequible el decreto declarativo. La providencia apoyó el juicio presidencial al advertir que su valoración “sobre la gravedad de la perturbación del orden social no resulta errada por las dimensiones que el fenómeno había alcanzado. En efecto, aunque la fiscalía y la Superintendencia de sociedades presentan datos discordantes sobre el monto de los recursos captados, éstos en todo caso eran superiores a 300.000 millones de pesos, cifra que por sí sola refleja la gravedad alcanzada por la situación. Igualmente el número de personas involucradas, más de 400.000 depositantes, también permite calificar la situación como grave. En otras palabras, la sola dimensión cuantitativa del fenómeno de la captación ilegal permite apreciar su gravedad.” A lo anterior añadió:

“Adicionalmente según la valoración presidencial la situación era grave porque los recursos captados del público estaban en riesgo, estimación que tampoco resulta errada o arbitraria, pues se trataba de una suposición fundamentada en distintas apreciaciones

consignadas en la parte motiva del decreto: (i) los recursos depositados en los esquemas de captación ilegal carecen de las garantías y seguridades que ofrece el sector financiero autorizado por el Estado, (ii) no existen negocios lícitos cuya viabilidad financiera pueda soportar de manera real y permanente los beneficios o rendimientos ofrecidos a los depositantes.

“Por otra parte de conformidad con los informes relacionados en el acápite probatorio la perturbación del orden social y del orden público no era inminente sino que ya se comenzaba a concretar en malestar social, asonadas, hechos violentos y disturbios”. (Sentencia C-135 de 2009)

Ahora bien, en cuanto a las medidas concretamente vinculadas con el Decreto 4591 de 2008, la Sentencia C-135-09 explicó que uno de los argumentos esgrimidos por el Gobierno para declarar turbado el orden social fue la necesidad de profundizar mecanismos de acceso para las personas de bajos recursos al sistema financiero. Frente a dicha justificación, la sentencia dijo que no resultaba “manifiestamente errada o arbitraria, porque por una parte, no carece de asidero razonar que la población más pobre resulta más afectada con la pérdida de los recursos invertidos en actividades de captación no autorizadas, en esa medida aunque ya existieran en el ordenamiento jurídico mecanismos dirigidos a facilitar su acceso al sistema financiero, éstos en todo caso resultarían insuficientes para atender la especial coyuntura que generó la declaratoria de la emergencia social.”¹.

En consonancia con lo anterior, el Presidente dictó el Decreto 4591 de 2008, que ahora se somete a estudio. El mismo fue expedido con el fin concreto de “profundizar los mecanismos de acceso para las personas de bajos recursos al sistema financiero”. Así lo indica el considerando del Decreto 4333 de 2008 y lo reconoce en su intervención el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, además de otras autoridades públicas.

Así mismo, el fin del Decreto 4591 es hacer frente a la condición expuesta en la motivación del acto declaratorio de la Emergencia, según la cual: “...estas actividades no autorizadas han dejando a muchos de los afectados en una precaria situación económica, comprometiendo así la subsistencia misma de sus familias, lo cual puede devenir en una

crisis social; Que con ocasión de lo expuesto en los considerandos anteriores, también puede perturbarse el orden público ;Que dada la especial coyuntura que configuran los hechos sobrevinientes descritos, que están amenazando con perturbar en forma grave el orden social, se hace necesario contrarrestar esta situación en forma inmediata”.

Ciertamente, las medidas adoptadas por el Decreto 4591 de 2008 se dirigen a incrementar la capacidad de penetración social de los servicios financieros formales, todo sobre la premisa de que la bancarización produce un efecto real en la disminución de la pobreza, presente especialmente -y de manera coyuntural- en las zonas más afectadas por la caída de las empresas de captación masiva no autorizada de dinero de manos del público.

Con dicho fin, el decreto en cuestión autoriza en su artículo 1º a los establecimientos de crédito y a las cooperativas que ejercen actividad financiera para constituir consorcios, uniones temporales o patrimonios autónomos destinados a la creación de una red de cuentas de ahorro bancarias electrónicas mediante las cuales se facilitaría el acceso al crédito de la población afectada por la crisis. El artículo 1º autoriza el uso de diversos sistemas de recaudo y pago, soportado en la tecnología que requiera la operación, con el fin de facilitar la implementación de dichas cuentas.

Tal como lo explican las intervenciones y los informes de las autoridades citadas al proceso, el fin de la medida es permitir que los costos de la implementación del sistema de redes con que se pondrían en funcionamiento las cuentas de ahorro electrónicas se comparta entre las entidades financieras o las cooperativas dedicadas a la actividad financiera, de manera que se facilite la presencia del sistema financiero formal en zonas en donde la inversión inicial de implementación resultaría muy costosa para una sola entidad.

La disposición prevé, además, que las condiciones financieras del crédito serán establecidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y precisa que a dichos créditos no les será aplicable la prohibición consagrada en el artículo 177-1 del Estatuto Tributario.

El artículo 3º del decreto diseña medidas de orden tributario para facilitar la implementación de las cuentas bancarias electrónicas al permitir deducciones por concepto

de importación de datáfonos y pin pads. Estos instrumentos tecnológicos, necesarios para la puesta en marcha del sistema de cuentas bancarias electrónicas, deben ser importados por las entidades bancarias o las cooperativas que realizan actividad financiera, pero con el fin de estimular su importación, y de facilitar y extender la implantación de las cuentas bancarias, el Gobierno dispuso que el valor de la importación puede ser descontado del impuesto de renta del año 2009, sin que dicho beneficio pueda acumularse a otro de contenido tributario, so pena de pérdida del primero.

El artículo 4º se inspira en el mismo propósito: excluye del impuesto del IVA y de gravamen arancelario la importación hasta el 31 de diciembre de 2009 de datáfonos y pin pads que cumplan ciertas especificaciones técnicas, de acuerdo con las instrucciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En la misma línea, pero esta vez en beneficio del suscriptor de la cuenta de ahorros electrónica, el artículo 5º autoriza eximir del gravamen al Movimiento Financiero a las operaciones que se realicen en las condiciones previstas en el artículo 879 del Estatuto Tributario. El artículo en mención es preciso al indicar que dicha exención favorecerá a los titulares de las cuentas de ahorro electrónicas del nivel 1 del SISBEN y a los desplazados que figuren en el Registro Único de Desplazados en el momento de la apertura.

El artículo 7º del Decreto 4591 de 2008 autoriza a la Central de Inversiones S.A. para realizar operaciones de cartera en las zonas afectadas por la crisis, respecto de establecimientos de crédito y cooperativas autorizadas para ejercer actividad financiera. El fin de la norma es permitir que dicha empresa, encargada tradicionalmente de realizar operaciones de compra de cartera con entidades del sector público, apoye a las entidades crediticias particulares en la recuperación de la cartera de difícil recaudación con el fin de afrontar la crisis provocada por los hechos que dieron motivo a la declaración de la Emergencia Social.

Finalmente, el artículo 8º autoriza al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para utilizar los recursos de capitalización del Fondo Nacional de Garantías generados por el Decreto 4490 de 2008, en la garantía de los créditos de libre inversión a que se refiere el

artículo 2º del decreto sub exámine.

El artículo 9º del decreto contiene la norma de vigencia del mismo.

5. Examen material del Decreto 4591 de 2008 en su contenido general

-Parámetros constitucionales del examen material de la norma

Los artículos 212 a 215 de la Constitución Política habilitan al Presidente de la República para declarar el estado de guerra, el estado de conmoción interior y el de emergencia social, económica o ecológica, cuando ocurran circunstancias que amenacen gravemente la seguridad o estabilidad del país y sus instituciones. En ejercicio de las facultades que le confiere el estado de excepción, el Presidente de la República puede modificar la ley, función que en tiempos de normalidad está asignada al Congreso. El ejercicio de la competencia legislativa por el Ejecutivo en estados de excepción es, no obstante, una potestad reglada, que además se encuentra sujeta a control jurisdiccional por parte de la Corte Constitucional.

Ahora bien, en relación con las competencias asumidas por el Presidente en el marco de los estados de excepción es pertinente decir que su amplitud está determinada por el fin de la declaración –que se consigna en el decreto declarativo- y que debe ser la recuperación del orden público, social, económico o ecológico. En tanto el ejercicio de las competencias excepcionales está restringido al ámbito del objetivo perseguido, las medidas adoptadas también deben guardar relación de proporcionalidad con dicho fin. Y como las medidas están destinadas exclusivamente a conjurar la crisis, es previsible que su vigencia sea transitoria, pese a que en el marco de la emergencia social se admite la vigencia indefinida de algunas disposiciones, siempre sujeto a la anuencia del congreso de la República.

La Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, la ley estatutaria y la legislación internacional consignan normas de regulación que buscan encauzar el ejercicio de los poderes excepcionales por los márgenes de la legitimidad.

En relación con las disposiciones constitucionales, la regulación está contenida en los artículos 212 a 215 de la Carta, pero particularmente en el artículo 215 respecto del

estado de emergencia social. La norma superior establece que las medidas adoptas en desarrollo de un estado de excepción por emergencia social, económica o ecológica deben ser dictadas mediante decretos motivados, firmados por todos los ministros y destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. El inciso segundo de la norma advierte que los decretos que se expidan en desarrollo de esta previsión deberán “referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente”.

La Ley 134 de 1994, por la cual se adopta la legislación estatutaria en la materia, sostiene que las órdenes impartidas mediante los decretos legislativos no pueden subvertir el estado de derecho²; deben buscar el restablecimiento del orden y precaver la extensión de sus efectos³; deben ser necesarias para superar la crisis⁴; deben ser proporcionales a los fines propuestos⁵; deben motivar su incompatibilidad con el régimen ordinario cuando quiera que la medida no pueda coexistir con otra de la legislación regular⁶, y no pueden incluir criterios de discriminación prohibidos por el régimen jurídico⁷.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, el principio de finalidad, “desarrolla y precisa el requisito constitucional de la conexidad “directa y específica” entre la materia a que se refieren los decretos legislativos y la situación que determinó la declaratoria del estado de excepción (artículo 214 numeral 1º de la Constitución). Tres son las exigencias establecidas por la ley estatutaria respecto de la finalidad de los decretos legislativos: 1) la individualización de las medidas adoptadas en los decretos legislativos; 2) cada una de las medidas debe tender directa y específicamente a conjurar las causas de la perturbación, y 3) a impedir la extensión de los efectos de la perturbación”⁸.

Por su parte, el principio de necesidad “impone al ejecutivo una condición adicional a las tres anteriores: 4) la justificación claramente razonada de la necesidad de cada una de las medidas adoptadas para alcanzar los fines de la declaratoria del estado de excepción correspondiente. Se trata de una carga de la argumentación en cabeza del Gobierno

para que sustente con razones claras y objetivas por qué adoptó determinadas medidas y por qué dichas medidas son indispensables para enfrentar los factores que dieron lugar a declarar el estado de excepcionalidad⁹”.

A su vez, el principio de proporcionalidad “añade dos requisitos más a los cuatro ya mencionados: 5) las medidas adoptadas en el estado de excepción deben guardar proporción con la gravedad de los hechos que buscan conjurar; 6) y la limitación en el ejercicio de los derechos y libertades sólo se permite en el grado estrictamente necesario para buscar el retorno a la normalidad. Estas dos condiciones deben a su vez interpretarse a la luz de las limitaciones constitucionales. En especial, la extrema gravedad de los hechos o la sentida finalidad de retornar a la normalidad, no justifican la suspensión de los derechos humanos y las libertades públicas fundamentales, como tampoco la interrupción del normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado (artículo 214 numerales 2º y 3º de la Constitución). El principio de proporcionalidad incluye la prohibición de exceso en el uso de las facultades del ejecutivo en estados de excepción. Si bien la apreciación de la gravedad de los hechos y la elección de las medidas a adoptar para superar la perturbación del orden público son valoraciones y decisiones que corresponden al ejecutivo, es claro que cuando, por ejemplo, hay un desequilibrio notorio entre las medidas y la gravedad de los hechos, las respectivas medidas manifiestamente desproporcionadas desconocen el marco constitucional y, por lo mismo, deben ser retiradas del ordenamiento jurídico”¹⁰.

En punto a la motivación de la “incompatibilidad de las leyes con el correspondiente estado de excepción (artículo 12 de la Ley 137 de 1994), resulta evidente que este requisito para suspender la ley sólo es exigible en el evento de una incompatibilidad total, no cuando ésta es parcial y, por lo tanto, la ley puede seguir teniendo aplicación. En caso que la suspensión de la ley no sea estrictamente necesaria dada la incompatibilidad de ésta con el estado de excepción, tal ley puede mantenerse vigente, sin que el ejecutivo proceda a su suspensión”¹¹.

También el artículo 14 de la Ley 137 de 1994, que establece el principio de no discriminación, señala que se prohíbe incluir en los decretos de excepción “toda discriminación no justificada objetiva y razonablemente”¹².

Finalmente, algunas de las limitantes a los poderes del Ejecutivo vienen determinadas por la normativa internacional. Concretamente, el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968) y el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 de 1972) advierten sobre la necesidad de respeto de los derechos humanos en desarrollo de los estados de excepción.

Ahora bien, el Decreto 4591 de 2008 busca extender los servicios financieros ofrecidos por la banca formal a las zonas afectadas por el desmonte de las empresas que sin autorización captaron dinero proveniente del público y que propiciaron la declaración de emergencia económica a finales del año 2008.

Así las cosas, esta Corte debe determinar -en primer lugar- si los lineamientos generales del decreto se encuentran en relación de conexidad con los hechos que motivaron la declaración de alteración del orden público social. Establecida dicha conexidad, la Corte verificará si cada una de las medidas diseñadas por los ocho artículos cumple con los requisitos establecidos en la Constitución y la ley, esto es, si las medidas concretas, descritas en cada artículo del decreto, se encuentran en relación de conexidad, necesidad y proporcionalidad con la declaración de la Emergencia Social. Particularmente, la Corte deberá establecer si existe conexidad de las normas concretas con la declaración de emergencia social, pero también con el contenido mismo del decreto en el cual se insertan.

-Causas que motivaron la declaración de Emergencia Social

Pues bien, en motivación que fue hallada exequible por la Corte en la citada Sentencia C-135-09, el Decreto 4333 de 2008 declaró el estado de Emergencia Social como consecuencia de los perjuicios generados por el desmoronamiento de los sistemas de captación no autorizada y masiva de dineros del público.

A grandes rasgos, los sistemas de captación masiva no autorizada de recursos -conocidos como pirámides- venían funcionando desde hacía varios meses en distintos departamentos del país. El hecho de que su funcionamiento no fuera autorizado dificultó el control y vigilancia de la Superintendencia Financiera, lo que impidió determinar la verdadera escala del recaudo monetario. Las empresas aventuradas en la recolección masiva de dinero público no estaban en capacidad de ofrecer las garantías que el

sistema financiero suele exigir a cualquier captador formal de capital, por lo que los defectos de administración, así como las falencias implícitas del negocio -esto es, la insostenibilidad interna de su estructura-, determinaron su caída con el consecuente derrumbe del sistema de ahorro e inversión de los usuarios.

Los efectos del desfaldo masivo fueron registrados profusamente por los medios de comunicación. Es sabido que los ahorradores defraudados acudieron hasta al saqueo para recuperar algo del dinero que no les sería devuelto por el conducto regular. Personas humildes hipotecaron sus viviendas para invertir el crédito en un negocio que entregaba dividendos sobradamente superiores a los ofrecidos por el sistema financiero, aunque hubo registro de individuos que sin arriesgar su patrimonio personal, tampoco recuperaron el dinero que entregaron con la misma esperanza¹³. Las imágenes de los levantamientos públicos fueron divulgadas por los noticieros, pero los testimonios se dispersaron públicamente hasta hacer del fenómeno un hecho notorio, conocido por todo el país.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público suministró a la Corte cifras provenientes de la Policía Nacional que dan cuenta de 68 firmas o establecimientos de captación o recaudo no autorizado de dinero que fueron sellados sólo en noviembre de 2008, con existencia de más de 98 mil millones de pesos incautados por el ente de seguridad. El Decreto 4333 de 2008 parte de la cifra de 200 establecimientos dedicados a esta actividad, diseminados en 12 departamentos del país¹⁴.

Así pues, tanto de las cifras oficiales como de las noticias difundidas, de los hechos conocidos de oídas y de primera mano por cualquiera que estuviera al tanto del hecho, puede concluirse que el fenómeno de ascenso y repentina caída de los negocios de captación y recaudo no autorizado de dinero trajo consigo una pérdida económica generalizada que afectó a particulares, comerciantes, empresarios e individuos de toda condición y clase social.

Como se indicó, el fenómeno afectó tanto a personas con capacidad de pago como a individuos de menor estrato socio económico: la noticia diseminada de que estas empresas ofrecían rendimientos excesivos, muy superiores a los percibidos desde el sistema financiero regular, resultaba entendiblemente más atractiva para las gentes de escasos

recursos: infortunadamente, la falta de acceso regular a los servicios financieros, así como una consecuente precaria educación en el manejo de los recursos del sistema, hizo de la población menos favorecida la víctima más vulnerable.

La Sentencia C-135 de 2009 describió así los hechos sobrevinientes que reconoció como graves y extraordinarios:

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

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

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

riesgo, anormal desde la perspectiva de la racionalidad económica y, por otra parte, porque su número crecía de manera casi exponencial, precisamente un requisito para obtener los beneficios ofrecidos era referir a nuevos inversionistas a los captadores no autorizados. En otras palabras, el esquema piramidal de funcionamiento de los sistemas de captación masiva e ilegal de recursos del público, propició que un número cada vez mayor de personas y de ahorros se viera incorporado a tales esquemas, lo que le confirió un carácter excepcional a la situación.

“Las anteriores razones son suficientes para considerar que los hechos invocados para justificar la declaratoria del estado de excepción tenían el carácter de sobrevinientes y extraordinarios.” (Sentencia C-135 de 2009) (subrayado por fuera del original)

Ahora bien, el Gobierno Nacional recurrió al Estado de Emergencia Social como medida para contrarrestar la proliferación de negocios de captación y recaudo masivo no autorizado. No obstante, las medidas de choque no fueron las únicas que integraron el paquete de emergencia: el Gobierno diseñó mecanismos para recuperar la economía de los departamentos más afectados por el negocio y, dentro de ellos, a los estratos que más duramente sufrieron las consecuencias del desfalco.

El Decreto 4591 de 2008 es un ejemplo de estas últimas. La premisa que sustenta esta regulación es que el acceso a los medios financieros, a los servicios bancarios formales, incrementa los niveles de prosperidad económica y disminuye la pobreza. Según dicha filosofía, el incremento en los niveles de bancarización produce bienestar económico y social.

En términos generales, esta idea ha sido aceptada por economistas y estudiosos de la banca, como puede verse en los casos que se indican a continuación.

6. El micro crédito como factor de reducción de la pobreza

Un prejuicio generalizado y recurrente afirma que los estratos económicamente deprimidos no tienen capacidad de pago y por tanto no están en posibilidades de asumir los compromisos crediticios. Muhammad Yunus, premio Nobel de la paz en 2006, demostró que el sistema financiero puede prestar dinero en condiciones favorables a

individuos y familias de escasos recursos y, aún así, garantizar el cumplimiento de las deudas en proporción incluso superior a la de los préstamos ordinarios. Según Yunus, la falta de acceso a los servicios formales de la economía es una de las principales causas de la pobreza. Muhammad Yunus creó entonces el Banco de los Pobres - Grameen Bank-, experimento que ha demostrado con suficiencia la corrección de sus tesis.

La teoría de Yunus ha probado ser cierta en muchos lugares del mundo. En un estudio realizado por el Banco Mundial en 2004, a propósito de la conferencia de mayo del mismo año en Shanghai, el organismo multilateral estableció que uno de los factores que inciden en la reducción de la pobreza y el crecimiento económico sostenido es el acceso a los créditos formales. El informe conocido como Reducción de la Pobreza, Crecimiento Sostenible - “Reducing Poverty Sustaining Growth, Scaling Up Poverty Reduction” -que se cita a continuación en algunos de los casos estudiados- entrega interesantes cifras vinculadas con ejemplos directos y documentados de países en que la oferta de micro créditos produjo sensibles reducciones en los niveles de pobreza¹⁵.

Bangladesh es uno de los países pioneros en la bancarización de economías deprimidas. Muhammad Yunus es bengalí y su banco de los pobres empezó a proyectarse en Bangladesh. Los modelos de microcrédito se remontan a la república post independentista de 1970, cuando un grupo de economistas y entidades especializadas recibieron el encargo de recuperar una sociedad económicamente devastada¹⁶.

CrediAmigo es el nombre del micro crédito en Brasil, otro de los ejemplos notables en esta experiencia financiera. El Banco do Nordeste (BN) demostró cómo la financiación internacional otorgada por instituciones como el Banco Mundial sirve de catalizador en el desarrollo de la microfinanciación¹⁷. En la República Árabe de Egipto la experiencia es cercana al caso colombiano pues la microfinanciación no ha tenido la cobertura suficiente para cubrir la demanda. Se estima que la actividad de la microfinanciación alcanza apenas al 5% de más de 2 millones de potenciales usuarios. De allí que el informe enfatice en que los bancos pueden jugar un papel importante al permitir la extensión de los servicios financieros mediante sus sucursales¹⁸.

Un caso similar fue replicado en la India, donde más del 87 de la población rural carece de

una cuenta de ahorros y, en general, de acceso a los servicios financieros formales. Pese a las dificultades, al tamaño de la población y a la vastedad de su territorio, que impide en muchos casos el acceso de los recursos formales de crédito, la experiencia india ha demostrado avances importantes en materia de reducción de pobreza¹⁹.

El análisis de los ejemplos citados permite observar que el impacto del microcrédito puede evaluarse desde la perspectiva de la población a la que se dirige y del bienestar que produce. En relación con lo primero, las experiencias recogidas indican que el micro crédito es una forma eficiente de llegar a la población más necesitada. Del otro lado, los experimentos demuestran que el acceso al micro crédito disminuye los niveles de vulnerabilidad de los hogares porque les permite afrontar episodios concretos de dificultad económica, facilitándoles además el acceso a recursos que pueden capitalizarse. Este beneficio se ofrece especialmente interesante en eventos como pérdida del empleo o disminución de ingresos por calamidad doméstica. En la misma línea, el acceso al microcrédito permite la creación de una historia credicita que facilita la recepción gradual de créditos de mayor valor.

Por otra parte, los estudios demuestran que el acceso a micro créditos tiene efectos positivos en el rol que la mujer desempeña en el hogar, favorece la estabilidad de la pareja y le permite a la madre cabeza de familia, como jefe de hogar, controlar con mayor eficiencia el manejo de los recursos y la distribución de los bienes familiares. Dichos estudios señalan que el acceso al micro crédito le permite a la mujer asumir un papel de mayor poder en el diseño del hogar. Esta ventaja se reproduce a su vez en la estabilidad educacional y sanitaria de la familia, pues los ejemplos citados han demostrado que los hijos de familias que reciben créditos formales tienden a asistir con mayor frecuencia a los colegios y a presentar mejores cuadros de salud que aquellos que no cuentan con un apoyo económico significativo²¹.

Por supuesto, el microcrédito no es la panacea para combatir la pobreza, pero sí constituye un factor que incrementa los niveles de bienestar especialmente para las familias que reciben ingresos salariales y son capaces de comprometer una porción fija de los mismos en la amortización de un préstamo de bajos intereses.

En suma, la expansión del acceso al crédito formal no puede erradicar la pobreza,

pero la pobreza no puede erradicarse sin las ventajas que reporta un mecanismo de acceso efectivo al crédito para los más necesitados.

7. Constitucionalidad general del Decreto 4591 de 2008

Atendiendo a los comentarios previos, esta Sala considera que el fin general del Decreto 4591 de 2008 se ajusta a los lineamientos constitucionales.

Ciertamente, los hechos que derivaron en la declaración de Emergencia Social produjeron un efecto directo y negativo en la población de los departamentos indicados por el Ministerio del Interior y de Justicia, referenciados en la Resolución 5800 de 2008 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. La Sentencia C-135-09 señaló que la proliferación y posterior derrumbe de los negocios de captación masiva de dinero tuvo resultados devastadores en los ahorradores, siendo previsible para esta Corporación que dicho efecto impactó con mayor rigor a las familias de escasos recursos. De hecho, es el propio Decreto 4333 de 2008 el que admite la necesidad de 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”, con lo cual se concluye que una de las principales preocupaciones del Gobierno en el diseño de las medidas de emergencia fueron los estratos socioeconómicos bajos.

En consideración a lo anterior, el fin previsto en el Decreto 4591 de 2008 -la creación de herramientas destinadas a incrementar los niveles de crecimiento económico en zonas afectadas por la crisis de las pirámides- se encuentra en consonancia con las razones que motivaron la declaración de Emergencia Social.

En otras palabras, si la Emergencia Social se declaró -entre otras razones- para rescatar del descalabro económico a la población afectada por el desmoronamiento de las pirámides -entre ellas a la más pobre- resulta acorde con dicha finalidad que el Gobierno pretenda extender a dichas zonas, en los estratos más bajos, servicios financieros que, según estudios y ejemplos internacionales, facilitan y estimulan el crecimiento económico de familias de escasos recursos.

Esta Sala reconoce que la ampliación de los servicios financieros no es la única herramienta

con que cuenta el Estado para promover el crecimiento económico. De hecho, los estudios consultados alertan sobre la circunstancia de que las políticas de microcrédito no funcionan si no se las integra a políticas productivas complementarias.

Con todo, los resultados de la bancarización se encuentran documentados y existe consenso sobre los efectos positivos en materia de reducción de pobreza. Así las cosas, no podría dejar de reconocerse que la extensión de los servicios financieros es una medida que persigue una finalidad similar a la del decreto que instauró el estado de Emergencia Social: aumentar el crecimiento económico en zonas afectadas por un hecho que generó gran pobreza.

En estos términos, la Sala considera que el fin global del decreto se ajusta a los lineamientos constitucionales, en cuanto que el mismo guarda relación de conexidad teleológica con el decreto declarativo. Esta Sala estima que el propósito de las normas, visto desde una perspectiva general, no es contrario a la Carta. No obstante, como el estudio de la Corte debe hacerse sobre cada norma expedida, corresponde ahora adelantar el estudio de las disposiciones individualmente consideradas.

La Corte pasa a estudiar en concreto las medidas adoptadas por el Gobierno para enfrentar la crisis en el marco del proceso de bancarización a que se ha hecho referencia. La Sala las estudiará de manera independiente y determinará si las mismas se ajustan a la finalidad reseñada en las páginas anteriores, así como también establecerá si éstas cumplen con las condiciones de finalidad, proporcionalidad y necesidad.

En concreto, la Corte Constitucional verificará si el Decreto 4591 de 2008 y cada una de sus normas respeta los artículos de la Ley 137 de 1994 -Estatutaria de los Estados de Excepción- en los cuales el legislador plasmó los principios constitucionales que limitan el ejercicio de las potestades presidenciales en el marco de una emergencia social.

8. Análisis particular de las medidas del Decreto 4591 de 2008

El Decreto 4591 de 2008 autoriza en su artículo 1º a los establecimientos de crédito

y a las cooperativas que realizan actividad financiera para constituir -previa autorización de las superintendencias-, consorcios, uniones temporales y patrimonios autónomos destinados a implementar las cuentas de ahorro electrónicas. La norma autoriza a dichas entidades a adoptar sistemas especiales de pago y recaudo y a acceder a mecanismos tecnológicos que les permitan manejar dichas cuentas.

En primer lugar, el artículo 1º del Decreto 4591 de 2008 satisface el requisito de conexión teleológica con el Decreto 4333 de 2008, por cuanto la autorización a las entidades de crédito y a las cooperativas que realizan actividad financiera para constituir consorcios, uniones temporales y patrimonios autónomos estimularía la expansión de los servicios bancarios a personas que nunca habían tenido acceso a los mismos.

En efecto, el fin de la medida es permitir que los establecimientos de crédito y las cooperativas que ejercen actividad financiera se vinculen mediante formas asociativas flexibles para invertir conjuntamente en la prestación de servicios bancarios que, por sus condiciones particulares -son cuentas de bajo monto ofrecidas a personas de escasos recursos en regiones de poca dinámica financiera-, no resultan ser negocios de rentabilidad atractiva. El hecho de que los mencionados establecimientos y cooperativas puedan compartir el riesgo de inversión en la implantación de un sistema que no ofrece alta rentabilidad busca persuadir a la banca formal para que incursione en un negocio que tiene un importante componente social, favoreciendo así los propósitos del decreto de emergencia social.

Así mismo, la posibilidad de constituir patrimonios autónomos para estos mismos fines permite asumir el riesgo financiero sin afectar a las entidades que los constituyen, lo cual estimula o anima a emprender la actividad financiera en zonas en que las entidades bancarias no habían tenido presencia comercial.

Ahora bien, dado que la medida permite compartir la inversión para la prestación de estos servicios, la Corte juzga que la misma es proporcional al fin perseguido por la declaración de emergencia social, pues el proceso de bancarización -entendido como la expansión de los servicios financieros a zonas en que previamente no hacían presencia- no sería posible si no se flexibilizaran los mecanismos destinados a dicha

prestación. La Sala considera que la decisión de permitir la constitución de consorcios, uniones temporales y patrimonios autónomos está acorde con la propuesta de ampliar la oferta financiera, por lo que entre los medios y los fines de la medida se genera una relación de adecuación que la Corte juzga legítima.

No sobra advertir que la medida también guarda relación de conexidad interna con el propio Decreto 4591 de 2008, pues la motivación de esta normativa de excepción admite que una de las causas de la crisis social que se pretendió atacar con la declaración de emergencia social fue la necesidad de crear mecanismos de apoyo social y de financiación a actividades económicas, dado el revés patrimonial que sufrieron muchas familias de escasos recursos.

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento del requisito de necesidad, esta Sala debe determinar lo siguiente: el principio de necesidad en materia de estados de excepción exige que las medidas adoptadas en desarrollo de la emergencia social sean de naturaleza tal que sólo hubieran podido adoptarse en ejercicio de las facultades excepcionales derivadas de la emergencia. Por ello, de verificarse que las medidas decretadas en desarrollo del citado estado hubieran podido adoptarse en ejercicio de las competencias ordinarias, habría que concluir que la invocación de los poderes excepcionales fue innecesaria y, por tanto, que se hizo uso ilegítimo de dicho estado de excepción.

En el caso concreto, la Sala debe determinar si la constitución de consorcios, uniones temporales y patrimonios autónomos para la puesta en marcha de las cuentas de ahorro creadas por el Decreto 4590 de 2008 es una autorización que por sus connotaciones jurídicas debió estar reservada exclusivamente al legislador -y en tiempos de excepción al Presidente de la República- o si, por el contrario, hacía parte del tipo de decisiones que el Presidente de la República puede incorporar al ordenamiento en ejercicio de sus competencias ordinarias.

Este cuestionamiento incluye también el interrogante acerca de si los establecimientos crediticios y las cooperativas podían autónomamente acudir a los consorcios, uniones temporales y patrimonios autónomos para prestar los servicios inherentes a su objeto social, sin necesidad de autorización expresa, y por virtud de la libertad económica de que gozan en calidad de comerciantes.

-Las cuentas de ahorro electrónicas y el contenido de la norma bajo estudio

Las cuentas de ahorro electrónicas fueron creadas por el Decreto 4590 de 2008, en desarrollo de lo dispuesto por el legislador en el artículo 70 del Plan Nacional de Desarrollo -Ley 1151 de 2008-.

El citado artículo 70 dispuso:

“Ley 1151 de 2008. ARTÍCULO 70. CUENTAS DE AHORRO DE BAJO MONTO. Con el fin de estimular el acceso de la población de escasos recursos a instrumentos de ahorro, los establecimientos de crédito y las cooperativas facultadas para adelantar actividad financiera podrán ofrecer cuentas de ahorro y planes de ahorro contractual de bajo monto que se ajusten a los requisitos de cuantía, saldos, movimientos, comisiones y demás condiciones que sean establecidas por el Gobierno Nacional. Los recursos captados por medio de estos instrumentos no estarán sometidos a ningún tipo de inversión obligatoria.”

En desarrollo de la norma legal, el Decreto reglamentario 4590 de 2008 precisó que las cuentas de ahorro electrónicas son “aquellas dirigidas a las personas pertenecientes al nivel 1 del Sistema de Identificaciones de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales -SISBEN-, y desplazados inscritos en el Registro Único de Población Desplazada”. Según el artículo 1º de este mismo decreto, los contratos de cuenta de ahorros deben incluir los siguientes acuerdos con el cliente:

“Decreto 4590 de 2008. Art. 1º a) Los contratos se denominarán cuentas de ahorro electrónicas y gozarán de las prerrogativas previstas en el artículo 127 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero;

“b) Las transacciones se podrán realizar a través de tarjetas, celulares, cajeros electrónicos o cualquier otro medio o canal que se determine en el contrato;

“c) Los depósitos deberán ser remunerados;

“d) Los establecimientos de crédito y las cooperativas autorizadas no cobrarán a los titulares por el manejo de la cuenta, ni por uno de los medios habilitados para su operación. Así mismo, por lo menos dos (2) retiros en efectivo y una consulta de saldo realizadas por el cliente al mes, no generarán comisiones a favor de los establecimientos de crédito o de las cooperativas autorizadas.

“e) No podrá exigirse un depósito mínimo inicial para su apertura, ni saldo mínimo que deba mantenerse.

“Parágrafo 1°. Las entidades podrán pactar con los clientes condiciones más beneficiosas para estos, adicionales a las previstas en este artículo.

“Parágrafo 2°. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público coordinará con los establecimientos de crédito y las cooperativas autorizadas para ejercer actividad financiera, la implementación y condiciones del producto a que hace referencia el presente decreto”.

Del Decreto 4590 de 2008 es posible concluir que se trata de una norma de naturaleza reglamentaria que desarrolla una modalidad específica -la electrónica- de un tipo de cuenta especial creado por el legislador, las cuentas de ahorro de bajo monto.-

Por su parte, el artículo 1º del Decreto 4591 de 2008 -bajo estudio- dispone que dichas cuentas pueden ser administradas por los establecimientos de crédito y las cooperativas que ejercen actividad financiera bajo la modalidad de consorcios, uniones temporales y patrimonios autónomos.

Del contenido de las normas en cita esta Corte entiende que mientras el Decreto reglamentario 4590 de 2008 regula la modalidad electrónica de un tipo de cuenta de ahorro creado ya por la ley, el Decreto legislativo 4591 de 2008 autoriza a las entidades crediticias y a las cooperativas prestadoras de servicios financieros para administrar dichas cuentas en la modalidad de consorcios, uniones temporales y patrimonios autónomos

La diferencia de los objetivos perseguidos por los decretos en cita permite entender entonces que el decreto bajo estudio autorizó a las entidades financieras referidas para prestar sus servicios bajo una modalidad asociativa y patrimonial. Esta modalidad de prestación del servicio es, a juicio de la Corte, una autorización que implica la modificación del régimen financiero en sus aspectos fundamentales y, por tanto, a la luz de la Constitución y la jurisprudencia, debe ser regulada por la ley, tal como se explica a continuación.

-La autonomía de la voluntad de las entidades dedicadas a la actividad financiera es limitada y la autorización de las actividades que pueden realizar es de reserva de ley.

De conformidad con la normativa constitucional, la actividad financiera, y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y “sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito”.

La Corte Constitucional ha reconocido que dicha actividad involucra el interés público al admitir que el manejo del ahorro público incide en el desarrollo del bienestar de la sociedad. El papel macroeconómico que la captación de dinero desempeña en el desarrollo de la sociedad tiene una alta incidencia en su progreso y por ello debe estar sujeta a la inspección del Estado²². El modelo de Estado Social de Derecho impone el control de la actividad crediticia por parte de la autoridad oficial porque también la vigencia de los derechos fundamentales depende del equilibrio armónico de sus elementos. No por otra razón el artículo 334 de la Constitución Política entrega al Estado la función de garantizar la distribución equitativa de las oportunidades, los beneficios del

desarrollo y el artículo 335 la democratización del crédito. “Pero más allá de este interés público –recalca la Corte-, corresponde también al Estado velar por los derechos de los ahorradores o usuarios, razón que también milita para justificar la especial tutela estatal sobre las actividades financiera, bursátil y aseguradora y sobre cualquier otra que implique captación de ahorro de manos del público”²³.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha resaltado que uno de los fines de la intervención del Estado en la economía, pero concretamente en el sector financiero, es la democratización del crédito. A juicio de la Corporación, dicha democratización tiene que ver con el logro de una distribución equitativa de las oportunidades y de los beneficios del desarrollo, porque el crédito es una fuente de promoción de riqueza. Así, cuando el Estado interviene en la prestación de los servicios financieros, pugna porque las oportunidades de acceso a estos se extiendan a toda la población -incluso la de menores recursos- al tiempo que evita la acumulación de recursos en pocos sectores²⁴. Este objetivo permite la realización del “orden justo”, que es fin fundamental del Estado colombiano (art. 2º C.P.) y materializa en el espectro económico el principio de igualdad, pues permite el acceso a los servicios de la banca a personas que por sus condiciones materiales no podrían tenerlo (art. 13 C.P.). Por decirlo así, la regulación de la oferta financiera es, en sí misma, una forma de garantizar una distribución equitativa de recursos y, por tanto, de riqueza. Así lo vio la Corte en la sentencia que a continuación se cita.

“La democratización del crédito es objetivo constitucionalmente definido (C.P art. 335) y la orientación del ahorro público hacia determinado propósito común se halla justificada como mecanismo de intervención del Estado en la economía (C.P. art. 334), para lograr la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo. Además, la actividad propiamente financiera tiene repercusión en la soberanía monetaria del Estado, pues es sabido que el papel que el sistema financiero cumple dentro de la economía implica la emisión secundaria de moneda, mediante la creación de medios de pago distintos de los creados por la vía de la emisión, por lo cual su adecuada regulación, vigilancia y control compromete importantes intereses generales”. (Corte Constitucional. Sentencia C-1062 de 2003)

En la misma línea, el hecho de que su objeto social sea el desarrollo de una

actividad catalogada por la Constitución como de interés público, en la que se compromete el destino del dinero de las personas, implica que las entidades dedicadas a la captación y colocación de dinero ejercen su libertad económica en un marco de restricciones mayor al de los particulares que no la ejercen. La jurisprudencia constitucional ha dicho que la libertad económica que subyace a la actividad bancaria es por muchos aspectos distinta a la libertad de que goza un particular en el ejercicio corriente de sus negocios, pues, amén de que involucra la prestación de un servicio público, debe garantizar la satisfacción del principio de igualdad, de democratización del crédito y participar en el incremento de la prosperidad general.

Sobre el particular la Corte Constitucional precisó:

“La función bancaria no es igual a la actividad que realiza cualquier particular en el ejercicio de la autonomía privada. Esto se explica con el análisis de los preceptos constitucionales que claramente limitan el radio de acción de la libertad contractual para las entidades financieras, a saber: De un lado, el artículo 335 de la Constitución establece que la prestación del servicio bancario, como parte integrante de la actividad financiera, es de interés público, lo que significa que esta actividad debe buscar el bienestar general.

(...)

Así mismo, el concepto de interés público de la actividad bancaria se concreta en la garantía de un trato igual de los usuarios para el acceso al servicio, puesto que si bien aquella debe asegurar la solvencia de quien participa en el sistema, la no aceptación de los clientes sólo debe responder a factores objetivos y razonables que impliquen un riesgo económico para la entidad financiera, como quiera que se impone la universalidad del ahorro. En relación con la igualdad entre los usuarios para acceder a los servicios públicos, la Corte Constitucional ha sido clara en manifestar que el concepto genérico de igualdad incluye el de homogeneidad de oportunidades para alcanzar la eficiente prestación de aquellos.” (SU-157 de 1999)

Ahora bien, una de las consecuencias directas de la limitante a la libertad económica de las entidades dedicadas a la actividad financiera es que las mismas sólo pueden hacer aquello que expresamente les ha sido autorizado por la Constitución y la Ley. No de otra

forma se entiende el texto del artículo 335 de la Carta cuando dispone que la actividad financiera sólo pueda ser ejercida “previa autorización del Estado, conforme a la ley”.

La ley, en estos términos, es la norma de autorización concreta que habilita a las entidades del sector financiero a realizar actividades específicas que impliquen la captación y manejo de los recursos de los asociados.

Sin embargo, podría argüirse que aunque la autorización para el ejercicio de actividades financieras está reservada al legislador, a éste sólo le está permitido hacerlo mediante leyes marco, definitorias de los lineamientos generales que gobiernan y estructuran el sistema financiero. En efecto, de acuerdo con el literal d) del numeral 19 del artículo 150, al Congreso de la República le corresponde dictar las “normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para (...) d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público”. De conformidad con esta preceptiva constitucional, al Presidente le correspondería desarrollar el contenido de la ley y, eventualmente, conceder autorización a las entidades bancarias para realizar las operaciones establecidas por el legislador.

No obstante, a partir de una interpretación integral del texto constitucional, que coordina el artículo 150-19, con el artículo 335 de la Carta, la Corte Constitucional ha advertido que el legislador, en acto que goza de reserva de ley, es la autoridad encargada de establecer las actividades autorizadas a las personas que se dedican a realizar operaciones financieras o de cualquier tipo que involucre la captación y administración de recursos del público, mientras que corresponde al Ejecutivo, en desarrollo de la ley marco que se fije al efecto, el señalamiento de las normas regulatorias de la intervención que el artículo 189-25 le otorga respecto de la “actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley”.

Al respecto valga citar el siguiente pronunciamiento de la Corte:

“Así las cosas, para las personas que realizan o ejercen la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de

los recursos de captación, se tiene un sistema de fuentes que parte de i) las normas legales en materia comercial, ii) las normas legales que definen quienes pueden realizar estas actividades y cuales están autorizadas, iii) las normas legales que determinan los parámetros de inspección, vigilancia y control, iv) las normas legales que fijan los instrumentos de intervención y, finalmente, v) las normas legales generales que definen los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para regular la actividad misma.

“(…)

“Para la Corte resulta claro que la autorización para realizar determinadas actividades financieras, antes de ser un elemento coyuntural y, por lo mismo, sujeto a las variaciones del entorno económico, es de carácter estructural. Por ello está sustraído de la decisión gubernamental. (Sentencia C-936 de 2003) (subrayado por fuera del original)

Del texto constitucional se concluye entonces que el señalamiento de la actividad que el Estado autoriza realizar al particular es componente definitorio de la estructura del sistema financiero y, por tanto, está reservado al legislador, mientras que el Presidente puede desarrollar el contenido de la ley para efectos de garantizar su función interventora.

Por lo anterior, es posible concluir que la definición de las actividades autorizadas a los prestadores de los servicios financieros son de reserva de ley porque son estructurales al sistema y definen la responsabilidad frente a los usuarios, siendo en esos términos pilar fundamental de la estabilidad del sistema financiero y descriptor de los límites del mismo.

Establecido entonces que la definición de las actividades que pueden ejercer las entidades dedicadas a la prestación de servicios financieros es un asunto de reserva de ley, es claro por ahora que no le estaba permitido al Presidente de la República, en ejercicio de sus competencias ordinarias, autorizar a las entidades crediticias y a las cooperativas financieras a asociarse en forma de consorcios y uniones temporales o a constituir patrimonios autónomos para prestar los servicios de cuenta de ahorro electrónica.

Con todo, a propósito de la facultad que la ley comercial otorga a los comerciantes para

involucrarse en este tipo de instituciones jurídicas, esta Sala se pregunta si no podrían las entidades crediticias y las cooperativas que ejercen actividad financiera asociarse bajo la modalidad de consorcios y uniones temporales y formar patrimonios autónomos para la administración de las cuentas de ahorro electrónicas, teniendo en cuenta que dichas figuras asociativas se encuentran autorizadas por la ley.

En otras palabras, ¿no existía la autorización para utilizar estas instituciones en el cuerpo normativo del Código de Comercio y no podían las instituciones financieras recurrir a ellos en ejercicio de su libre autonomía? Pasa la Corte a resolver este interrogante.

-Los consorcios, las uniones temporales y los patrimonios autónomos

Para empezar, los consorcios y las uniones temporales son figuras propias del derecho privado. La doctrina suele clasificarlas en el grupo de contratos comerciales atípicos en virtud de la amplitud de su objeto, de la indefinición previa de su licitud y del hecho de que no es posible determinar, a priori, las reglas jurídicas que las gobiernan.

Los contratos atípicos o innominados –así llamados en tanto que su naturaleza no obedece a la descripción de ningún contrato comercial definido en la normativa- son una respuesta a la necesidad de incluir en el escenario jurídico figuras de negociación dúctiles, adaptables a las condiciones dinámicas del comercio.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el consorcio “es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica”. A lo cual la Corte agrega:

La unión temporal, por su parte, coincide estructuralmente con el consorcio, pero su diferencia específica es que sus integrantes determinan el alcance y contenido de la participación de cada uno en la ejecución del objeto contratado, “de tal manera que, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria por el cumplimiento de la propuesta y del

contrato, los efectos de los actos sancionatorios recaigan exclusivamente sobre la persona que incurrió en la falta o en el incumplimiento de que se trate”²⁵. La unión temporal busca delimitar las esferas de responsabilidad de los participantes, en caso de oferentes nacionales y extranjeros o de personas con capacidades económicas diferentes.

Los consorcios y uniones temporales son, así, figuras de asociación entre comerciantes que buscan facilitar la ejecución de una actividad comercial sobre la base de la cooperación mutua, pero sin que dicha coordinación de esfuerzos implique la creación de un individuo comercial independiente de los asociados.

Según la doctrina, “por el pacto o contrato consorcial la actividad económica o empresa mercantil de cada consorciado no se convierte o deviene en indivisa y colectiva, ni tampoco se torna en indiferenciada, sino que por el contrato se mantiene dividida y singularmente individualizada. Únicamente surge un ente que agrupa a los empresarios, sin que estos se fusionen. Podríamos decir que cada unidad empresaria ingresa al conjunto multi o pluriempresarial, manteniendo su propia individualidad, su propia independencia jurídica y económica, pudiendo transferirse, enajenarse, gravarse, reformarse, o modificarse -todo naturalmente de un marco de normas preestablecidas en un pacto consorcial-, sin que ninguna de tales alternativas varíe sustancialmente la estructura del ente consorcial. Como dice un autor, el pacto consorcial es la exteriorización jurídica de los acuerdos libremente consentidos que los fundadores e iniciadores de la unión consorcial, pluriempresarial, explicitan en forma de una instrumentación que contiene la estructura de los acuerdos y normas que habrán de sostener y regular las relaciones internas y externas de las partes componentes del consorcio²⁶”²⁷.

La doctrina ha sostenido que dichas figuras son manifestación del principio de autonomía de la voluntad. La Constitución Política avala este tipo de negocios mediante la expresa consagración en el artículo 38 del derecho de asociación al indicar que el Estado garantiza “el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad” y el artículo 4º del Código de Comercio le da especial relevancia al acuerdo de voluntades.

“Desde una óptica económica, la contratación atípica se fundamenta precisamente en la necesidad de adaptar los instrumentos jurídicos a las necesidades que impone la vida moderna, los cambios y el desarrollo de la economía. El derecho debe ser permeable al cambio que se produce en la forma de vida humana y muy especialmente el derecho mercantil que surge en esas prácticas y costumbres que van estableciendo los hombres según sus diferentes necesidades.

“Por ello, el postulado de la autonomía privada, como lo expresión moderna de la libertad contractual, tiene un especial reconocimiento en el artículo 4º del Código de Comercio Colombiano, según el cual, los convenios entre particulares, tienen plena validez y sólo están sometidos a las normas de carácter imperativo”. (Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos Comerciales II. Biblioteca Jurídica Dike. 2ª ed. 1992. Pág. 25)

Ahora bien, a excepción del campo de la contratación administrativa, en el que la figura de los consorcios y uniones temporales está sometida a una reglamentación particular por la Ley 80 de 1993, la normativa comercial no posee una regulación específica a la cual estar sometida. De hecho, la ausencia de reglamentación ha propiciado una amplia polémica acerca de las normas que deben disciplinar este tipo de contratos²⁸ y ha nutrido de especulación jurídica esta disciplina del derecho.

De cualquier modo, por encima de las dificultades doctrinales que convergen en la falta de regulación de figuras jurídicas que precisamente han sido diseñadas para satisfacer necesidades inéditas del comercio, lo cierto es que los consorcios y las uniones temporales son estructuras jurídicamente aceptadas a las que ordinariamente pueden acudir los individuos para la ejecución de sus fines empresariales. El carácter atípico de estos contratos y la consecuente despositivización de los mismos los habilita para recurrir a ellos con cierto amplio margen de libertad.

Los patrimonios autónomos son –por su parte– patrimonios constituidos por derechos y obligaciones que no tienen titular determinado, es decir, que carecen transitoriamente de sujeto. La finalidad del patrimonio autónomo es la conservación de la integridad de los bienes que lo integran y el de permitir que el administrador lo gestione sin comprometer su patrimonio personal. De este modo, las obligaciones que el administrador adquiere en representación del patrimonio autónomo se cargan exclusivamente al último. Por la

constitución del patrimonio autónomo no se constituye una nueva persona jurídica, pero tampoco una sociedad de hecho. La legislación civil y comercial también autoriza a los particulares para constituir patrimonios autónomos. Los bienes que se aportan con el fin de constituir una nueva sociedad se consideran patrimonio autónomo mientras se formaliza la constitución de la nueva persona jurídica.

Ahora bien, las entidades crediticias y las cooperativas que ejercen actividad económica son particulares que ejercen una actividad comercial. En este sentido, en tanto que comerciantes, bien podrían asociarse por autorización legal para conformar consorcios, uniones temporales, o para constituir patrimonios autónomos con el fin de prestar los servicios inherentes a su objeto social.

No obstante, como ya se explicó, el servicio prestado por las entidades financieras no está desligado del interés público, de manera que la actividad de captación y colocación de dineros limita su potestad de acción y restringe su libertad económica a las actividades expresamente autorizadas por el legislador.

Lo anterior significa que para que las entidades bancarias y las cooperativas que ejercen actividad financiera puedan responder ante los usuarios del sistema financiero bajo las modalidades de consorcios, uniones temporales o patrimonios autónomos, requieren de autorización expresa del legislador, tanto más cuanto que la autorización para constituirse en estas modalidades asociativas y patrimoniales tiene consecuencias en el régimen de responsabilidad jurídica de las entidades de crédito frente a los usuarios, dado el esquema de independización del riesgo que va implícito en ellas.

Ahora bien, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, -Decreto 663 de 1993, Modificado por la Ley 795 de 2003-, compilador de las normas básicas que regulan el sistema financiero en Colombia, no contiene autorización expresa para que las entidades de crédito o las cooperativas que ejercen actividad financiera presten sus servicios bajo la modalidad consorcial o de unión temporal, en la medida en que las normas que facultan a las entidades crediticias y a las cooperativas citadas para operar en el sistema financiero las autorizan a hacerlo de manera independiente, como establecimientos y cooperativas. De igual modo, el estatuto no establece la posibilidad de

que para operar las cuentas de ahorro autorizadas por el literal b del artículo 7º, que adquieren la modalidad electrónica, puedan constituirse patrimonios autónomos.

La ausencia de autorización expresa en la ley que organiza la estructura del sistema financiero debe hacer concluir entonces que sí se requería de una disposición con fuerza de ley para permitirle a las entidades de crédito y a las cooperativas financieras acudir a estos modelos de gestión para prestar los servicios de cuentas de ahorro electrónicas a que hacen referencia las normas pertinentes.

Por las razones indicadas, esta Sala concluye que el artículo 1º del Decreto 4591 de 2008 de Emergencia Social es exequible por ser necesario en los términos previstos por la Constitución y la ley. En resumen, era indispensable que el Gobierno utilizara el estado de Emergencia Social para autorizar a las entidades crediticias y a las cooperativas a acogerse a las figuras jurídicas de consorcios, uniones temporales y patrimonios autónomos, para realizar actividades crediticias relativas al manejo de cuentas de ahorro electrónicas.

a. Artículo 2º. Operaciones de crédito.

Tal como se indicó, el artículo 2º del Decreto 4591 de 2008 establece ciertos beneficios para los créditos que se conceden en las regiones afectadas por los hechos que originaron la emergencia social. Se entiende que el fin de dichos créditos es animar la recuperación de las economías de los departamentos más afectados por la crisis de las empresas captadoras ilegales de dinero del público y en eso la norma se ajusta a la finalidad de la Emergencia Social.

En concreto, el artículo 2º dispone que los establecimientos de crédito y las cooperativas que ejercen actividad financiera podrán otorgar créditos hasta por 10 millones de pesos para microempresarios y 2 millones de pesos para libre inversión. Dichos créditos gozarán de los siguientes tres beneficios: i) tendrán una garantía de hasta el 70%, en los avalados por del Fondo Nacional de Garantías y del 80%, en los del Fondo Agropecuario de Garantías, según el caso, sin que los mismos generen comisión a favor de esos fondos; ii) los intereses que produzcan no generarán renta gravable y iii)

no se les aplicará la limitación del artículo 177-1 del Estatuto Tributario.

De los mismos beneficios gozarán hasta por el monto de 10 millones de pesos los créditos reestructurados a personas afectadas por las causas que dieron origen a la declaración de Emergencia Social.

Analizado el contenido de la norma, esta Corporación entiende que la misma no impone a las entidades crediticias y cooperativas la obligación de conceder créditos a los afectados por los hechos que motivaron la Emergencia Social, sino que ofrece ciertas garantías y beneficios tributarios a los créditos que dichas entidades ofrezcan a los damnificados, hasta por las sumas indicadas en el decreto. Como se dijo, estos beneficios son de dos tipos: a) una de aval que ofrecen el Fondo Nacional de Garantías y el Fondo Agropecuario de Garantías y b) dos beneficios tributarios que se concretan en que los créditos no generarán renta gravable y que no se aplicará la limitación del artículo 177-1 del Estatuto Tributario.

a) En cuanto al aval concedido por el Fondo Nacional de Garantías y el Fondo Agropecuario de Garantías, esta Corporación considera lo siguiente:

El decreto bajo estudio dispone que el Fondo Nacional de Garantías y el Fondo Agropecuario de Garantías avalarán los créditos que en su respectivo campo se otorguen a los micro, medianos y pequeños empresarios, en los porcentajes indicados en la norma. La disposición compromete así los recursos del Fondo Nacional de Garantías y del Fondo Agropecuario de Garantías en el aval de créditos que se concedan, bajo las condiciones del Decreto 4591 de 2008, por parte de las entidades crediticias y las cooperativas.

Inicialmente, esta Corporación considera que la medida se encuentra en relación de conexidad con la finalidad del Decreto 4333 de 2008, por cuanto la misma persigue el favorecimiento de los créditos asignados a personas afectadas por la crisis que dio origen a la emergencia social. Ciertamente, la medida busca que las entidades a que se refiere la norma avalen los créditos asignados a personas que eventualmente no podrían garantizarlos con recursos propios. Por el mismo hecho, la medida está vinculada teleológicamente con el propio decreto que la contiene, pues permitir que los créditos ofrecidos sean soportados por las entidades citadas hace que el otorgamiento de los

misimos sea viable y, por esa vía, se estimule el acceso de las personas al sistema financiero formal.

Por razones similares, la Sala considera que la decisión es proporcional al fin propuesto, pues de no ser por la garantía que ofrecen las entidades citadas a los créditos que se asignan, las personas de menos recursos no tendrían acceso a estos beneficios. La garantía no es desproporcionada por exceso o por defecto, pues el cubrir un 70% u 80% de la deuda, resulta equilibrado frente al eventual riesgo de insolvencia del deudor.

Adicionalmente, la Corte debe establecer si la medida cumple con el requisito de necesidad, tal como el mismo ha sido entendido por la jurisprudencia. Para determinar si era necesario que el Presidente de la República recurriera al estado de Emergencia Social para comprometer dichos recursos o si podía hacerlo en ejercicio de sus competencias ordinarias, resulta indispensable determinar el alcance de las últimas respecto del tipo de sociedades a las que se refiere la norma.

En primer lugar, es necesario establecer que el Fondo Nacional de Garantías es una sociedad de economía mixta, al tiempo que el Fondo Agropecuario de Garantías es un fondo administrado por FINAGRO, que también es una sociedad de economía mixta. Las características propias de cada sociedad serán explicadas más adelante, pero por ahora sea pertinente hacer las siguientes precisiones:

-Régimen de las sociedades de economía mixta

En tanto sociedades de economía mixta, el régimen de las citadas empresas es el propio del derecho privado, a menos que la ley disponga otra cosa. Ciertamente, en reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional, la Corporación recordó que aunque la regla general es que las sociedades de economía mixta se rijan por el derecho privado, el legislador goza de amplia facultad de disposición para determinar las particularidades de dicho régimen. Así lo indica expresamente el artículo 461 del Código de Comercio al asegurar que las “sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario”.

No obstante, a este respecto valga cita el aparte correspondiente de la jurisprudencia:

“3.3.3 El régimen jurídico de las sociedades de economía mixta es el señalado por el legislador. Como se acaba de hacer ver, la Constitución Política en el primer inciso del artículo 210 autoriza expresamente al legislador para crear o autorizar la creación de las entidades descentralizadas, entre ellas las sociedades de economía mixta del orden nacional, “con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.” Así mismo, el último inciso de la misma disposición señala que al legislador compete establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas (de cualquier orden). Así pues, debe concluirse que el Congreso de la República está revestido de libertad de configuración legislativa para señalar el régimen jurídico aplicable a este tipo de entidad descentralizada.

“Ahora bien, en desarrollo de la atribución constitucional de establecer el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta, el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 señala que “las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley”. (Destaca la Corte) Por su parte, el Código de Comercio en su artículo 461 dispone que “(s)on de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado. Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.” (Destaca la Corte).” (Sentencia C-736 de 2007)

De igual modo, en virtud de su condición, el capital de las sociedades de economía está integrado por aportes públicos -estatales- y privados. Así lo entendió la Corte en Sentencia C-953 de 1999, cuando sometió a estudio la constitucionalidad del artículo 97 de la Ley 489 de 1998²⁹.

“Ello significa entonces, que la existencia de una sociedad de economía mixta, tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de “mixta” es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a

un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares.”

En la misma línea discursiva, el hecho de que las sociedades de economía mixta se organicen según los modelos propios del derecho comercial implica que los actos de creación o autorización legal no son suficientes para el perfeccionamiento del contrato societario. Es necesario que la disposición legal se formalice según las normas del derecho mercantil mediante la protocolización del contrato de constitución y la de sus estatutos. Así lo entiende la jurisprudencia, en comprensible consonancia con la condición de empresas dedicadas a la actividad comercial.

“Legalmente las sociedades de economía mixta se rigen por la reglas de derecho privado, son sociedades de comercio sujetas al derecho mercantil, con las limitaciones expresas que la Constitución y la ley establezcan. Pueden constituirse bajo cualesquiera de las formas de sociedad previstas en el Código de Comercio, colectivas, en comandita simples o por acciones, de responsabilidad limitada o anónimas, ya que la ley colombiana no señala ninguna en especial.

“(…)

“No basta la creación legal o la autorización que se haga para que la sociedad quede constituida; es preciso el posterior acuerdo con los particulares y la solemnización del contrato, en términos del Código de Comercio, para dar nacimiento a la nueva persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.” (CSJ, S. Plena, Sent. feb 27/75).

Ahora bien, una consecuencia directa del hecho de que las normas de creación y regulación de las sociedades de economía mixta sean las establecidas en la ley y los estatutos es que las decisiones relativas al ejercicio del objeto social deben adoptarse de acuerdo con dichas reglas. Lo anterior implica que el Estado participa en la toma de decisiones de la sociedad en las condiciones previstas por la ley y los estatutos, independientemente del porcentaje de participación que el organismo u organismos estatales tengan en la composición de la sociedad.

Las sociedades de economía mixta previstas en el artículo 2º del Decreto 4591 de 2008 están sometidas al régimen privado y se organizan como sociedades anónimas comerciales. Cada una tiene un régimen propio y una estructura organizativa encabezada por una asamblea general de accionistas, encargada de la dirección de la sociedad, y por una junta directiva, cuyo titular es el presidente de la sociedad, a cuyo cargo se encuentra la administración de la misma y la ejecución de todas las actividades propias del objeto social. Adicionalmente, ambas sociedades prevén la posibilidad de reforma interna de sus estatutos, independientemente de que dichas reformas deban someterse a la aprobación del Gobierno.

a. Fondo Nacional de Garantías -FNG-

Con el Fondo Nacional de Garantías el Gobierno Nacional patrocina el acceso al crédito de las micro, pequeñas, y medianas empresas, mediante el otorgamiento de las garantías bancarias correspondientes. Dicho de otro modo, el FNG respalda financieramente los créditos otorgados por el sistema financiero a los pequeños empresarios, no obstante que el respaldo puede extenderse también a los créditos de vivienda y educación superior³⁰.

Como se dijo, el Fondo Nacional de Garantías (FNG) es una sociedad anónima mercantil de economía mixta estatal del orden nacional. Fue creada en 1981 por el Decreto 3788 del 29 de diciembre de ese año y se encuentra vinculada al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Está sometida a la supervisión de la Superintendencia Financiera de Colombia a partir del 1º de enero de 2004. El Decreto 3788 de 1981 dispuso en su artículo 1º: “Autorízase al Instituto de Fomento Industrial y a la Corporación Financiera Popular para participar en la constitución de una sociedad comercial que se denominará Fondo Nacional de Garantías, cuyo objeto será el de otorgar a nombre de las empresas de la pequeña y mediana industria manufacturera certificados de garantía a favor de los intermediarios financieros por los créditos que estos les concedan a largo y mediano plazo”.

Adicionalmente, el artículo 5º del Decreto 3788 de 1981 dispuso: “Los estatutos de la sociedad cuya constitución se autoriza por medio del presente decreto establecerán los

demás aspectos relacionados con la organización y funcionamiento de la entidad.”

Mediante Decreto 1202 de 1994³¹ el Gobierno Nacional aprobó la compilación de los estatutos de la sociedad en los cuales consta que la sociedad fue constituida por Escritura Pública número 130 del 16 de febrero de 1982 de la Notaría 32 de Bogotá. El artículo 9º del decreto precisa que “salvo disposición legal en contrario, el Ministerio de Desarrollo Económico ejercerá la tutela gubernamental sobre el FNG, conforme a lo establecido en las normas que regulan la materia”.

Es de anotar que el artículo 32 de los estatutos entregó la dirección y Administración de la entidad a la Asamblea General de Accionistas y a la Junta directiva, respectivamente³², pese a lo cual, en aras de garantizar el ejercicio del control de tutela, el artículo 42 sometió a aprobación del Gobierno la modificación de los estatutos³³.

a. Fondo Agropecuario de Garantías -FAG-

Ahora bien, el Fondo Agropecuario de Garantías -FAG- realiza operaciones similares a las del Fondo Nacional de Garantías, pero en el sector agrícola y respecto de los créditos otorgados por FINAGRO o descontados por éste. El Fondo Agropecuario de Garantías fue creado por Ley 21 de 1985. Los créditos avalados por el FAG se otorgan en el marco de programas especiales de fomento y desarrollo agropecuario y se dirigen a financiar proyectos del sector agropecuario o rural que sean técnica, financiera y ambientalmente viables, y que se otorguen a productores que no puedan ofrecer las garantías ordinariamente exigidas por las entidades crediticias³⁴.

De conformidad con la Ley 16 de 1990, el Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario, FINAGRO –entidad que tiene a cargo la administración del FAG- fue creado como una sociedad de economía mixta del orden nacional, organizado como establecimiento de crédito, vinculado al Ministerio de Agricultura, con patrimonio propio y autonomía administrativa. El Decreto 892 de 1995 modificó la naturaleza jurídica del fondo convirtiéndolo en una “sociedad de economía mixta del orden nacional, del tipo de las sociedades anónimas, organizado como establecimiento de crédito,

vinculado al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa”.

Los estatutos de FINAGRO están consignados en los Decretos 892 de 1995, 1395 de 2002, 2172 de 2007 y 1484 de 2008. Reconocen que la entidad fue creada mediante ley 16 de 1990 y sus accionistas son la Nación –Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Bancafé, Banco Ganadero y la Corporación Financiera Ganadera, Corfigán. Es una sociedad de economía mixta, del tipo de sociedad anónima. El artículo 7º somete FINAGRO a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, y reconoce, el artículo 9º, la tutela gubernamental del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Al igual que el FNG, la dirección y administración del Fondo están a cargo de la Asamblea General de Accionistas y de la Junta Directiva, más su presidente. La Asamblea tiene a su cargo la reforma de los estatutos, sometida a la aprobación del Gobierno Nacional. De conformidad con el artículo 39, la junta directiva de FINAGRO decidirá las políticas generales de manejo de la entidad y determinará los reglamentos en que se establezcan los requisitos que deben cumplir los beneficiarios de los créditos redescontables.

La información previamente citada permite establecer que las sociedades de economía mixta a que se refiere el Decreto 4591 de 2008 ostentan una estructura de autonomía administrativa que les permite gobernarse mediante procedimientos propios.

La presencia de la Nación en la composición accionaria de dichas sociedades implica que su representante participa en la toma de decisiones en las condiciones fijadas por los estatutos de la misma. Así entendido, el representante de la Nación puede participar en la toma de las decisiones generales asignadas a la Asamblea General de Accionistas y en las concretas atribuidas a la Junta Directiva, pero en ejercicio de su condición de accionista de la sociedad.

Esta forma de participación en los asuntos propios de la sociedad es manifestación del denominado control de tutela que el Gobierno ejerce sobre la sociedad de economía mixta en cuanto forma organizacional perteneciente a la administración pública. Tal como lo reconoce la teoría del derecho administrativo, el control del Ejecutivo central sobre la actividad de las sociedades de economía mixta no se da en términos

jerárquicos, sino en el marco del control de tutela, tal como el mismo ha sido desarrollado por la Ley 489 de 1998. A este respecto la Corte dijo:

“...la teoría general del Derecho Administrativo explica que aunque las entidades descentralizadas por servicios no están sujetas a un control jerárquico, reservado para la administración centralizada, en cambio si son objeto de un control llamado “de tutela”³⁵ por parte de las entidades a las que se vinculan. El desarrollo legislativo relativo al control administrativo de tutela que recae sobre las sociedades de economía mixta en virtud de su vinculación a la Rama Ejecutiva hoy en día está contenido en la Ley 489 de 1998, cuyos artículos 41 , 98 y 99 prescriben en su orden (i) que en el nivel nacional, “los ministros y directores de departamento administrativo orientan y coordinan el cumplimiento de las funciones a cargo de ... las sociedades de economía mixta que les estén adscritas o vinculadas o integren el Sector Administrativo correspondiente” (art. 41); (ii) que “en el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta se señalarán las condiciones para la participación del Estado que contenga la disposición que autorice su creación, el carácter nacional, departamental, distrital o municipal de la sociedad; así como su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella” (art. 98); y (iii) que “la representación de las acciones que posean las entidades públicas o la Nación en una Sociedad de Economía Mixta corresponde al Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se halle vinculada dicha Sociedad” y que “cuando el accionista sea un establecimiento público o una empresa industrial y comercial del Estado, su representación corresponderá al respectivo representante legal, pero podrá ser delegada en los funcionarios que indiquen los estatutos internos” (art. 99).” (Sentencia C-736 de 2008)

Este recuento normativo permite concluir que el Gobierno Nacional no tiene competencia ordinaria para tomar por decreto decisiones unilaterales relativas al funcionamiento de las sociedades de economía mixta. Por ello es posible afirmar que a falta de competencias ordinarias para ordenarlo por vía de decreto ejecutivo, el Presidente debió acudir a la legislación de emergencia para comprometer los fondos del FNG y del FAG en el respaldo de las operaciones de crédito destinadas a poner en marcha las cuentas de ahorro electrónicas.

En otras palabras, era necesario que el Gobierno acudiera al estado de Emergencia Social para disponer, por decreto legislativo, que parte de los recursos del Fondo Nacional de Garantías y del Fondo Agropecuario de Garantías se utilizaran para garantizar los créditos asignados en regiones afectadas por los hechos que dieron lugar a la declaración de emergencia social.

Efectivamente, bien podía el Gobierno en virtud de su participación accionaria mayoritaria, incidir en la toma de la decisión correspondiente. No obstante, dicha decisión sólo habría podido adoptarse con posterioridad al trámite estatutario previsto para ello, circunstancia que resulta incompatible con la urgencia manifiesta de adoptar una decisión en el marco de un estado de emergencia social.

b) La misma exequibilidad se predica de los beneficios tributarios otorgados por el Decreto 4591 de 2008 a los créditos ofrecidos por las entidades bancarias y las cooperativas que ejercen actividad financiera.

En efecto, los beneficios tributarios concedidos a los créditos ofrecidos por las entidades bancarias y cooperativas a los afectados por la caída de las pirámides se manifiesta del siguiente modo: el interés de los créditos no generará renta gravable y no se aplicará la limitación del artículo 177-1 del Estatuto Tributario.

Ahora bien, para determinar si la medida adoptada por el Gobierno en desarrollo del estado de excepción es legítima, deben hacerse los siguientes comentarios.

-Competencia del Presidente de la República para modificar la ley tributaria en estados de excepción

La Constitución Política prevé en su artículo 338 que en “tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos”. La disposición constitucional se ve complementada por el artículo 150 constitucional que expresamente encomienda al Congreso la potestad de establecer las “contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones

que establezca la ley”.

Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que el legislador dispone de una amplia libertad de configuración tributaria que únicamente encuentra límite en los postulados constitucionales y en los principios de razonabilidad, equidad, proporcionalidad, igualdad y progresividad.

Ahora bien, dado que en tiempos de paz el legislador es el único encargado de fijar las contribuciones a que están obligados los ciudadanos en cumplimiento de su deber de contribuir “al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad” (art. 95 C.P), es consecuente que también sea el legislador el encargado de eximir a ciertas personas, en ciertas circunstancias, del pago de sus obligaciones tributarias.

Según lo dice la jurisprudencia constitucional:

“...en la medida en que el Congreso respete las disposiciones y postulados constitucionales, goza de autonomía para preferir determinadas opciones político económicas, y, en tal virtud, no puede entenderse de suyo contraria a la Constitución una norma legal que excluye a determinado género de contribuyentes o a ciertas actividades del pago de un impuesto, ni tampoco la que tiene en cuenta el origen de los recursos que una persona obtiene, para determinar si en virtud de él se causa o no la obligación de tributar” (C-709 de 1999,).

Si bien esta potestad se ejerce plenamente y con reserva exclusiva en tiempos de paz, la Carta Política ha previsto que el Presidente de la República la asuma en época de anormalidad. De allí que por virtud del artículo 215 constitucional, el Presidente pueda, en el marco de un estado de emergencia económica, social o ecológica, establecer en forma transitoria nuevos tributos o modificar los existentes. Y como la potestad de establecer tributos es connatural a la de eximir su pago, es entendible que en tiempos de excepción el Presidente de la República pueda exonerar del pago de un impuesto a quien por sus circunstancias especiales considere que no debe soportar el deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas. Esta potestad se extiende, como es lógico, a la de modificar las imposiciones ya existentes.

Sobre este punto la jurisprudencia constitucional ha dicho:

“Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 215 de la Carta Política, durante el Estado de Emergencia Económica, Ecológica y Social, el Gobierno está facultado de manera expresa para dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos, mediante los cuales puede en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. Razón por la cual, el Ejecutivo al dictar las medidas contenidas en los preceptos que se examinan, hizo uso de las competencias impositivas a él atribuidas como legislador extraordinario durante el estado de excepción aludido. En concordancia con este precepto, el artículo 345 del estatuto superior preceptúa que en “tiempo de paz” no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, lo que quiere decir que en épocas de anormalidad, de alteración grave del orden público social, económico y ecológico, dicha prohibición no se aplica, como así lo ha reconocido en diversas ocasiones esta Corporación.” (Sentencia C-328 de 1999)

En conclusión, en tiempos de anormalidad, cuando el orden constitucional de las competencias ha sido subvertido por la declaración de un estado de excepción, el Presidente de la República puede eximir del pago de obligaciones tributarias a personas que normalmente están llamadas a hacerlo. La Corte resumió el punto en los siguientes términos:

“Dice el artículo 215 de la Constitución que, cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social o ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, el Presidente de la República podrá declarar el Estado de Emergencia.

“Tal declaración tiene una finalidad evidente e indudable que la propia Constitución recalca: conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. Para eso asume el Presidente poderes excepcionales y con ese objeto -que es exclusivo, directo y específico- se dictan los decretos legislativos, que, de acuerdo con lo que en esta Sentencia se expone, están limitados por los motivos que propiciaron la declaración del Estado de Emergencia.

“En materia tributaria, el artículo que se comenta consagra una excepción al principio general plasmado en los artículos 150-10, 150-12 y 338 de la Constitución, según los cuales en tiempo de paz, en lo que toca con la Nación, únicamente el Congreso puede imponer contribuciones fiscales o parafiscales. Y en el terreno presupuestal, como reiteradamente lo ha aceptado la Corte, el citado artículo 215 contempla una excepción al principio general de los artículos 345 y siguientes, relativos a la competencia exclusiva en cabeza del Congreso para modificar el presupuesto nacional.

“En otros términos, en el estado de excepción del que hablamos es posible al Presidente de la República establecer o modificar contribuciones y reformar, con miras al efectivo control de la situación de la emergencia, y únicamente en la medida de su necesidad y apremio, las partidas del presupuesto, y también imponer tributos enderezados específica y directamente a atacar las causas de perturbación y a impedir que sus consecuencias proliferen.

“(…)

“Así como el legislador ordinario es el titular de la potestad para establecer tributos, lo que implica que también goza de atribuciones para contemplar exenciones, el extraordinario puede, en Estado de Emergencia Económica, dentro de los límites que consagra el artículo 215 de la Constitución, obrar en ambos sentidos.” (Sentencia C-136 de 1999)

Adicionalmente, dado que las decisiones que el Presidente puede adoptar en tiempos de alteración del orden social o económico son aquellas destinadas exclusivamente a conjurar la crisis, es previsible que las medidas tributarias de exención se dirijan a los individuos que han resultado afectados por los hechos que motivaron la declaración del estado de excepción o a aquellos que podrían contribuir a levantarlo.

-Análisis de los beneficios tributarios concedidos por la norma

En el caso concreto, el Decreto 4591 de 2008 señaló que en los créditos recibidos por las personas afectadas por la caída de los negocios de captación masiva i) los intereses no generarán renta gravable y ii) los ingresos no tendrán la limitación del artículo 177-1 del Estatuto Tributario.

En cuanto al primer punto, la ventaja tributaria consiste en que los intereses generados por concepto del crédito no serán incluidos en el cálculo de la renta gravable de las entidades que los otorguen, es decir, no se incluye como ingreso para efectos del cálculo de la misma, según la metodología de cálculo indicada por el artículo 26 del Estatuto Tributario³⁶.

Esta decisión comporta una evidente ventaja para las entidades de crédito y las cooperativas que realizan actividad financiera porque la ley ordinaria grava en general los rendimientos financieros de los créditos que se otorgan a los usuarios del sistema (art. 19-1 E.T.). En este sentido, la norma modifica el Estatuto Tributario al excluir del cálculo de la renta gravable lo que se perciba por concepto de rendimientos financieros recibidos de dichos préstamos cuentas, hecho que claramente beneficia la extensión de los medios bancarios en zonas de difícil penetración.

La disposición amplía el espectro del beneficio de 5 años concedido por el artículo 56 de la Ley 546 de 1999, según el cual, “las nuevas operaciones destinadas a la financiación de vivienda de interés social subsidiables, no generarán rentas gravables por el término de cinco (5) años, contados a partir de la vigencia de la presente ley.”

Igualmente, extiende el beneficio que había sido concedido por el artículo 16 de la misma ley, respecto de créditos concedidos para la titularización de cartera hipotecaria:

“ART. 16.—Beneficio tributario para los rendimientos de títulos de ahorro a largo plazo para la financiación de vivienda. Estarán exentos del impuesto de renta y complementarios, los rendimientos financieros causados durante la vigencia de los títulos emitidos en procesos de titularización de cartera hipotecaria y de los bonos hipotecarios de que trata la presente ley, siempre que el plazo previsto para su vencimiento no sea inferior a cinco (5) años. Los títulos y bonos aquí previstos, que estarán expresados en UVR, podrán dividirse en cupones representativos de capital y/o intereses. En todo caso, los títulos o bonos deberán contemplar condiciones de amortización similares a las de los créditos que les dieron origen.

“Para efectos de gozar del beneficio de que trata este artículo, los títulos o bonos no podrán ser readquiridos o redimidos por su emisor.

“Gozarán del beneficio aquí consagrado los títulos emitidos en procesos de titularización de cartera hipotecaria y los bonos hipotecarios de que trata la presente ley, que se coloquen en el mercado dentro de los cinco (5) años siguientes a la fecha de expedición de la presente ley.

“En ningún caso el componente inflacionario o mantenimiento de valor de dichos títulos o bonos constituirá un ingreso gravable.”

La ventaja de la norma bajo estudio incluye la posibilidad de excluir del cálculo de la renta gravable los intereses producidos por el otorgamiento de créditos de libre inversión, hasta por el monto establecido en la norma, lo cual constituye un evidente estímulo al otorgamiento de créditos de bajo costo.

En el segundo evento, el decreto prevé que los ingresos recibidos por concepto de aplicación del artículo no se verán afectados por la limitación establecida en el artículo 177-1 del Estatuto Tributario. El artículo 177-1 del citado estatuto prevé que para “la determinación de la renta líquida de los contribuyentes, no son aceptables los costos y deducciones imputables a los ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional ni a las rentas exentas”.

Al excluir la limitación del artículo 177-1 del Estatuto Tributario -con lo cual lo modifica en lo pertinente-, el Decreto 4591 de 2008 autoriza que para el cálculo de la renta se contabilicen o incluyan también los costos y deducciones imputables al otorgamiento de los créditos a que se refiere la norma, estimulando en las entidades crediticias y cooperativas autorizadas para ejercer función financiera la apertura de las cuentas de ahorro electrónicas.

Con todo, más allá del aspecto técnico de la medida, el fin de la misma es permitir que los costos y deducciones imputables a los créditos concedidos en condiciones especiales a personas afectadas por la crisis se incluyan en el cálculo de la renta de los establecimientos de crédito y las cooperativas, lo que evidentemente favorece a las personas jurídicas de crédito e indirectamente a los asignatarios de los créditos.

-Cumplimiento de los requisitos de conexidad, proporcionalidad y necesidad

Los beneficios tributarios concedidos por el artículo 2º del Decreto 4591 de 2008 se encaminan a facilitar el acceso al crédito de personas perjudicadas por la crisis que provocó la declaración del Estado de Emergencia Social. En este sentido, las normas están dirigidas a superar las dificultades económicas de las personas de menos recursos, lo cual evidencia una relación de conexidad con los motivos que suscitaron la implantación del estado de excepción y, por supuesto, con el decreto en que se encuentran incluidas. El decreto en cuestión propone ofrecer crédito en zonas en que no tenía presencia formal, por lo que las ventajas jurídicas consignadas en el artículo auguran un terreno fértil para esta propuesta.

Para esta Sala las medidas también son proporcionales, pues además de que se dirigen a satisfacer los créditos obtenidos mediante las cuentas de ahorro electrónicas reglamentadas por el Decreto 4590 de 2008 -lo que implica que van dirigidos a personas pertenecientes al nivel 1 del SISBEN y desplazados inscritos en el Registro Único de Población Desplazada-, se encaminan a solucionar problemas económicos de habitantes de las zonas perjudicadas por la crisis.

Si bien dichas medidas significarán una menor recaudación tributaria para el erario, en cuantías que a la presente no es posible determinar, prima facie esta disminución se justifica por la obtención de un beneficio social, cual es la recuperación financiera de la población afectada por la caída de las pirámides, con la subsiguiente reactivación de la economía para beneficio general.

En consecuencia, la Corte declarará exequible el artículo 2º del Decreto 4591 de 2008.

a. Artículo 3º. Descuento tributario por inversión en cuentas de ahorro electrónicas

El artículo 3º del Decreto 4591 de 2008 permite a los establecimientos de crédito, a las cooperativas autorizadas para adelantar actividad financiera y a las entidades administradoras de sistemas de pago de bajo valor, descontar del impuesto sobre la renta de 2009 el valor pagado por la importación de datáfonos y pin pads, sin que dicho beneficio pueda acumularse con otro, so pena de sanción. La norma somete a regulación del Ministerio de Hacienda y Crédito la medida.

Esta norma tiene por fin estimular la importación de datáfonos y pin pads.

Los datáfonos, según explicación de la Superintendencia Financiera, son las herramientas electrónicas que permiten realizar a distancia las transacciones bancarias de las cuentas de ahorro electrónicas. El datáfono es el instrumento electrónico que permite el ingreso de la clave digital del usuario, previo deslizamiento de su tarjeta personal, y lo habilita para consultar el saldo de la cuenta, hacer transferencias o pagos y -a través de los correspondientes no bancarios- retiros de dinero. Los pin pads son extensiones del teclado del datáfono que habilitan la digitación de la clave secreta desde una ubicación distinta a la del datáfono. El pin pad permite que el usuario digite la clave sin tener acceso al datáfono, por lo que sólo es un instrumento de ingreso de datos -input- no de exposición de información.

Ahora bien, la medida que se estudia también se dirige a favorecer a las entidades administradoras de sistemas de pago de bajo valor.

En efecto, de acuerdo con el Decreto 1400 de 2005, un sistema de pago es un conjunto “organizado de políticas, reglas, acuerdos, instrumentos de pago, entidades y componentes tecnológicos, tales como equipos, software y sistemas de comunicación, que permiten la transferencia de fondos entre los participantes, mediante la recepción, el procesamiento, la transmisión, la compensación y/o la liquidación de órdenes de transferencia y recaudo”. Por su parte, se denomina sistema de pago de bajo valor a aquel sistema de pago que procesa órdenes de transferencia o recaudo, incluyendo aquellas derivadas de la utilización de tarjetas crédito o débito, por un valor promedio diario que corresponda al resultante de la fórmula matemática establecida en literal o) del artículo 1o del citado decreto y que asciende aproximadamente a 2.5 billones de pesos.

En términos sencillos, un sistema de pago es una red de comunicación tecnológica que permite hacer transferencias de fondos entre compradores y vendedores de bienes y servicios y sus intermediarios financieros. La estabilidad del sistema financiero depende de la estabilidad de estos sistemas, porque es allí donde se hacen las compensaciones, los pagos y las liquidaciones de las compras y ventas de los bienes que se hacen en el mercado.

Según indicación del Decreto reglamentario 4590 de 2008, las transacciones de las cuentas de ahorro electrónicas pueden manejarse mediante tarjetas, celulares, cajeros electrónicos o cualquier otro medio o canal que se determine en el contrato, por lo que los datáfonos y pin pads se consideran instrumentos idóneos para la ejecución de dichos trámites. La Corte entiende que el fin de estas cuentas es garantizar una operatividad ágil, sin papeles, omnipresencial y barata, con el fin de hacer atractivo el servicio financiero prestado por las entidades crediticias y las cooperativas dedicadas a esta actividad, lo que explica que el Decreto 4591 de 2008 estimule la importación de instrumentos que persiguen el logro de esos objetivos.

En vista de que la posibilidad de descontar del impuesto de renta el valor de las importaciones pretende, precisamente, que las entidades de crédito incrementen su presencia en zonas de escasa incursión bancaria, debe considerarse que la medida incluida en el artículo 3º se encuentra en relación de conexidad con los motivos de declaración del estado de Emergencia Social. No es difícil concluir que este beneficio tributario tiene repercusiones directas en la reducción de los costos de implementación de las cuentas de ahorro electrónico, lo que permite suponer que es una herramienta eficaz de promoción de la bancarización. Por lo mismo, la decisión se encuentra vinculada internamente con el Decreto 4591 de 2008, que no pretende otra cosa que ampliar la cobertura de los servicios financieros, pues supone la proliferación de puntos de atención para administrar las cuentas de ahorro electrónicas.

Adicionalmente, la medida es proporcional y necesaria, pues además de que constituye un apoyo eficiente para las entidades financieras que pretenden extender sus servicios en zonas de poca presencia bancaria, la misma sólo pudo expedirse en el marco del Estado de Emergencia Social, por haberse tratado de una modificación al régimen de cálculo del impuesto de renta. En efecto, por la disposición estudiada el Gobierno Nacional permitió descontar del impuesto el valor de importación de los instrumentos electrónicos a que se ha hecho referencia, sustituyendo con ello al legislador ordinario, único autorizado para ordenar esa medida en tiempos de normalidad.

La imposibilidad de acumular este beneficio a otros ofrecidos por el régimen tributario no merece reparo alguno, pues el fin de dicha prohibición es que las entidades financieras no aprovechen la prebenda extraordinaria para evadir su responsabilidad con el fisco.

La proporcionalidad de la medida salta a la vista si se tiene en cuenta que el Gobierno Nacional busca mitigar las consecuencias negativas del desfaldo económico ocurrido en ciertas zonas del país, sin enriquecer sin causa justificada las arcas de las personas jurídicas dedicadas a la actividad financiera. Por ello la restricción tiene la medida necesaria para estimular la importación de estos instrumentos sin perjudicar los intereses del fisco.

Con todo, esta Corte se ve en la necesidad de hacer una precisión, destinada justamente a garantizar la correcta aplicación de la norma bajo estudio. El artículo 3º ofrece a las entidades crediticias y a las cooperativas financieras una ventaja tributaria para la importación de aparatos electrónicos destinados a extender sus servicios bancarios. No obstante, tal extensión está permitida en términos del Decreto 4591 de 2008, exclusivamente para extender los servicios bancarios en zonas efectivamente afectadas por los hechos que motivaron la declaración de emergencia social, respecto de las personas a que se refiere el decreto. El hecho de que el beneficio fiscal haya sido concedido en esos términos obliga a dichos establecimientos a limitar el uso de los pin pads y los datáfonos a las zonas y en los estratos socioeconómicos señalados por el Gobierno, que deben ser aquellos afectados por la crisis.

En otras palabras, para que la medida aquí consignada cumpla su objetivo constitucional se requiere que los aparatos electrónicos sirvan a la población afectada por la crisis, sin que le esté permitido a las entidades de crédito o a las cooperativas financieras ubicarlos en zonas distintas y en estratos socioeconómicos diferentes. La Corte entiende que el uso de estos sistemas es restrictivo, es decir, que ha quedado atado a la población de escasos recursos que habita en las zonas a que se refiere la emergencia social y no está habilitado para la prestación de los servicios ordinarios en regiones y respecto de población no cobijada por el decreto.

De acuerdo con la norma (art. 1º Decreto 4591 de 2008), la Corte observa que es competencia de la superintendencias Financiera y de Economía Solidaria controlar el buen uso y la destinación correcta de estos aparatos.

a. Artículo 4º. Exclusión de IVA y arancel.

El artículo 4º del decreto en estudio otorga otros beneficios tributarios, esta vez respecto del impuesto sobre las ventas. Adicionalmente, modifica el manual arancelario para excluir del pago de los derechos de aduana las operaciones de importación citadas en la norma. El precepto menciona las especificaciones técnicas de dichos aparatos y aclara que sólo podrán gozar de este beneficio las importaciones destinadas a implementar las cuentas de ahorro electrónicas, siempre que dichas importaciones se realicen hasta 31 de diciembre de 2009, para lo cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público fijará los límites, requisitos y condiciones.

Así, el artículo 4º señala dos tipos de beneficios derivados de la importación aparatos electrónicos que servirían para poner en funcionamiento las cuentas de ahorro electrónicas: dos beneficios tributarios frente al IVA y una exclusión arancelaria por la importación de los mismos.

a) Respecto de la exclusión de pago del IVA, esta Sala no estima que exista ningún reparo de constitucionalidad. De las consideraciones vertidas en relación con el artículo 3º de este mismo decreto puede concluirse que para la Corte es legítimo que el Gobierno reduzca o modifique los impuestos que recaen sobre actividades cuyo estímulo puede promover la superación de la crisis que motivó el Estado de Emergencia Social. Así entonces, es necesario que el Presidente utilice el estado de excepción para excluir del pago del impuesto la importación de aparatos que servirán para cumplir el fin del decreto en cuestión, cual es la divulgación y puesta en marcha de los servicios financieros en las zonas más afectadas por la caída de las pirámides. En este contexto, debe concluirse que el Presidente de la República hizo ejercicio de su competencias legislativa y modificó -adicionó- el artículo 424 del Estatuto Tributario que enlista los bienes excluidos del pago del IVA.

Concretamente, en relación con la competencia del Congreso para modificar el impuesto a las ventas, la Corte Constitucional ha dicho:

Así, la Corte parte del reconocimiento del amplio margen de discrecionalidad del cual dispone el Congreso de la República en materia tributaria. En ejercicio de tal facultad, la decisión del legislador de “restringir o eliminar una exención equivale a la decisión

de gravar algo que no estaba gravado, o que lo estaba de manera diferente, lo que significa que hace parte de la potestad impositiva del Estado, atribuida por la Constitución al Congreso". Así, esta Corporación ha expresado que "las normas en las que se limita, restringe o elimina una exención tributaria no suponen una vulneración del principio según el cual el Estado garantizar un orden económico justo. Para la Corte, '[...] la justicia del orden económico en esta materia no radica en la obligación del Estado de conceder exenciones a los tributos que requiere para su actividad, ni en mantener inmodificables las que había previsto en una determinada coyuntura'. || En efecto, no puede sostenerse que el Congreso de la República contraviene los preceptos constitucionales acerca de la intervención del Estado en la economía cuando hace un uso razonable de las facultades que la Carta le confiere para el efecto y, en particular, la de crear, modificar o suprimir los tributos". La jurisprudencia constitucional incluso ha afirmado que "el artículo 150 de la Constitución le confiere al Congreso la atribución de establecer las contribuciones fiscales, y que ella lo autoriza también para modificarlas o suprimirlas, decisiones para las cuales goza, en principio, de una amplia discreción". En este orden de ideas, la Corte reafirma que el Congreso de la República puede, a la luz de la Constitución, eliminar las exclusiones y exenciones en el pago del IVA sobre bienes y servicios. Sin embargo, esta facultad encuentra límites en la Constitución, como toda facultad en un estado constitucional. (Sentencia C-776 de 2003)

Finalmente, la medida también resulta proporcional porque en tanto que los impuestos por la importación de estos aparatos se reducen, los costos de implementación del plan de bancarización también lo hacen.

b) En cuanto al régimen de aranceles, la medida dispone una exclusión por la importación de los aparatos electrónicos relacionados detalladamente en la norma. Dado que la exclusión arancelaria es competencia del Congreso de la República, esta Corporación considera que la medida adoptada por medio de decreto legislativo también es legítima, pues no de otra forma pudo el Presidente modificar el régimen arancelario en ese punto.

En efecto, el artículo 338 de la Constitución entrega al Legislador la definición de los elementos constitutivos de la obligación tributaria: los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos. A su vez, el artículo 294

de la Constitución, faculta al Congreso de la República para establecer exenciones, con las restricciones allí enunciadas.

De la interpretación de las normas constitucionales la Corte ha concluido que la facultad de conceder exclusiones tributarias compete exclusivamente al legislador, dada la repercusión de la exclusión en el sistema de recaudo fiscal.

La exclusión arancelaria cumple las mismas condiciones de la tributaria en tanto que el arancel es un verdadero impuesto a la importación. La Corte Constitucional dijo a este respecto que “[e]l arancel de aduanas es una especie de prestación pecuniaria exigida a los particulares por el Estado, sin contraprestación alguna, para atender a las necesidades del servicio público. El arancel reúne a cabalidad los caracteres distintivos de los impuestos y de ahí que en la literatura especializada se lo conozca con el nombre de impuesto de aduanas. Las dos formas del arancel, sobre las importaciones o las exportaciones, revelan en todo caso la presencia de un impuesto, por lo general indirecto en cuanto que como tributo tiende a desplazarse a los consumidores del producto en el mercado doméstico.”³⁷ De allí que la Constitución autorice sólo al legislador a fijar el hecho exento del pago de la obligación³⁸.

La conclusión anterior no impide que la Corte haga la siguiente precisión: el artículo 150-19, literal c) de la Constitución Política confiere al Congreso de la República la función de “modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas”.

Por su parte, el artículo 189-25 constitucional prevé lo siguiente:

“...

“25. Organizar el Crédito Público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley.”(Negrillas y subrayas fuera del original)

La jurisprudencia y la doctrina han concluido que los artículos constitucionales en cita confieren al Congreso de la República la competencia reservada de fijar las pautas generales a que debe acogerse el Presidente de la República para regular el régimen de aduanas, es decir, que el legislador tiene la competencia de dictar la ley general de dicho régimen jurídico, pero que el Ejecutivo está llamado a desarrollar la materia mediante decreto reglamentario en un esquema conocido como leyes marco o cuadro.

La Corte Constitucional ha dicho que una ley marco busca permitirle al Estado “responder ágilmente a los cambios acelerados que experimentan en la sociedad moderna diversas materias. Para poder reaccionar prontamente ante los sucesos cambiantes es necesario contar con la información necesaria – suficiente y actualizada – y con procedimientos expeditos. Estos dos requisitos son satisfechos por el Poder Ejecutivo, pero no por el Legislativo. Este último suele contar con procesos de decisión lentos y no posee los recursos indispensables para disponer directamente de la información pertinente para la toma de decisiones, razón por la cual debe solicitarla del Ejecutivo. Esta situación es la que ha conducido a señalar que diversos asuntos deben ser regulados por el Ejecutivo de acuerdo con las orientaciones generales que imparta el Legislativo. De esta manera, la institución de las leyes marco permite simultáneamente resguardar el principio democrático – puesto que el Congreso conserva la facultad de dictar y modificar las normas básicas para la regulación de una materia – y reaccionar rápidamente ante la dinámica de los hechos a través de decretos del Gobierno que adapten la regulación específica de la materia a las nuevas situaciones.”³⁹

En suma, el esquema planteado por el mecanismo de las leyes marco busca que el legislador fije esquemas generales y pautas fundamentales de regulación -que posteriormente puedan desarrollarse mediante la potestad reglamentaria del Ejecutivo- en asuntos cuya dinamicidad impide que el primero expida regulaciones idóneas y oportunas.

No obstante, pese a que en el esquema de una ley marco el Ejecutivo está llamado a desarrollar el régimen arancelario cuyas pautas generales han sido establecidas por el legislador, dicha competencia de reglamentación no incluye la de crear exclusiones arancelarias. La jurisprudencia constitucional ha escogido ese camino de interpretación al considerar que las normas constitucionales impiden crear exclusiones por medio de decretos dictados en desarrollo de leyes marco y que tal potestad sigue residiendo en el

Congreso de la República.

Sobre el particular, en Sentencia C-341 de 1998, cuando estudió la norma que le otorgaba al Consejo Superior de Comercio Exterior la competencia para establecer exenciones tributarias sobre algunas mercancías importadas, esta Corporación dijo:

“La Corte estima que, si bien lo que toca con la política comercial arancelaria debe ser objeto de la regulación a través del mecanismo de leyes marco y, en consecuencia, en aspectos concretos la función gubernativa tiene un amplio campo de potestad reglamentaria, no puede desconocerse que la materia propiamente tributaria, es decir la decisión acerca de la imposición de gravámenes a través del arancel y la consagración, reforma y supresión de exenciones, son temas del exclusivo resorte del Congreso y se encuentran incluidos dentro del ámbito propio de la etapa legislativa del proceso de regulación referido en los artículos 150, numeral 19, y 189, numeral 25, de la Constitución.” (Sentencia C-341 de 1998 José Gregorio Hernández Galindo)

La sentencia de la Corte reiteró el pronunciamiento C-510 de 1992, mediante el cual la Corporación había fijado las pautas de competencia del Presidente frente a la ley marco del régimen arancelario, que para los efectos es la Ley 6ª de 1971. En dicha oportunidad, la Corte consideró que la competencia del Presidente en la materia se limitaba a la potestad de restringir o derogar exenciones, tal como lo indicaba el artículo 1º, literal d) de la Ley 6ª de 1971, que posteriormente fue hallado constitucional en Sentencia C-1111 de 2000.

La Corte dijo sobre el particular:

“A este respecto la Ley 6ª de 1971, ilustra correctamente el sentido y alcance que puede tener la competencia que se ofrece al Gobierno en desarrollo de la ley marco. La citada ley luego de fijar las normas generales conforme a las cuales el Gobierno puede actualizar la nomenclatura, reestructurar los desdoblamientos de las posiciones de la misma, adecuar los procedimientos de valoración de las mercancías, restringir o derogar exenciones de derechos, advierte que las variaciones de la tarifa, tendrán los siguientes objetivos:

- Estimular el crecimiento económico del país.
- Otorgar una razonable y adecuada protección a la industria nacional.
- Regular las importaciones con miras al adecuado aprovechamiento de las disponibilidades de divisas.
- Promover la sustitución de las importaciones.
- Promover las inversiones.
- Servir de instrumento de control en la política de precios internos que adelante el Gobierno en defensa del consumidor y velar por el mejoramiento de la posición competitiva de los productos colombianos.
- Atender las obligaciones del país contempladas en los tratados y convenios internacionales, especialmente las relativas a los programas de integración económica.”
(Sentencia C-510 de 1992)

El literal d) del artículo 1º de la Ley 6ª de 1971 dispuso como competencia gubernamental en la materia lo siguiente:

Artículo 1. Las modificaciones que en el Arancel de Aduanas decreta el Gobierno, con fundamento en el artículo 65 del Acto Legislativo número 1 de 1968, modificadorio del artículo 205 de la Constitución Nacional, se efectuarán con sujeción a las siguientes normas generales:

d) Restricción o derogatoria de exenciones de derechos arancelarios de importación, cuando sean incompatibles con la protección que debe otorgarse a la producción y al trabajo nacionales.

La Corte consideró que la norma era exequible en Sentencia C-111 de 2000, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

“Los fines enunciados constituyen verdaderas pautas generales que condicionan el ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 189, numeral 25 C.P, en concordancia con lo prescrito en el artículo 150, numeral 19, literal c). No se encuentra

por tanto ningún vicio de validez de la citada norma, pues además, debe tenerse en cuenta que todos esos criterios se hallan conformes al ordenamiento constitucional, en tanto desarrollan los fines sociales del Estado.”

Los textos anteriores permiten concluir que la fijación de las exclusiones arancelarias sigue siendo tema de reserva de ley, pese a que, de conformidad con la ley marco, pueda el Presidente en ejercicio de sus competencias ordinarias, restringirlas o derogarlas.

En el caso concreto, la norma crea una exclusión arancelaria a favor de la importación de bienes destinados a superar las dificultades económicas derivadas de un estado de excepción. Como en tiempos de normalidad esta competencia es de reserva exclusiva del legislador, es válido que el Presidente la ejerza en desarrollo del estado de Emergencia Social. Por ello la Corte considera que la norma es exequible.

a. Artículo 5º. Exención del Gravamen a los Movimientos Financieros.

El artículo 5º del Decreto 4591 de 2008 prevé una exención tributaria a favor de las cuentas de ahorro electrónicas creadas por el Decreto 4590 de 2008. La norma autoriza dar prelación a la exención de la cuenta de ahorro electrónica por encima de la cuenta de ahorro ordinaria de que pudiera ser titular el beneficiario de la primera.

Sobre esta norma en particular la Sala no tiene objeción alguna.

El gravamen al movimiento financiero -GMF- se encuentra regulado en el artículo 871 del Estatuto Tributario y se impone a las transacciones financieras, mediante las cuales se disponga de recursos depositados en cuentas corrientes o de ahorros, así como en cuentas de depósito en el Banco de la República, y los giros de cheques de gerencia.

El artículo 879 del mismo estatuto prevé las exenciones a dicho gravamen, indicando que quedarán excluidos del pago, en términos generales y a manera de ejemplo, los retiros de cuentas que no excedan mensualmente de trescientas cincuenta (350) UVT; los traslados entre cuentas corrientes de un mismo establecimiento de crédito, cuando

dichas cuentas pertenezcan a un mismo y único titular que sea una sola persona; los créditos interbancarios y la disposición de recursos originadas en las operaciones de reporto y operaciones simultáneas y de transferencia temporal de valores sobre títulos materializados o desmaterializados; los desembolsos de crédito mediante abono a la cuenta o mediante expedición de cheques que realicen los establecimientos de crédito, las cooperativas con actividad financiera o las cooperativas de ahorro y crédito vigiladas por las Superintendencias Financiera o de Economía Solidaria respectivamente, etc.

Concretamente, el artículo 879 prevé la exención tributaria para “1) Los retiros efectuados de las cuentas de ahorro abiertas en entidades financieras y/o cooperativas de naturaleza financiera o de ahorro y crédito vigiladas por las Superintendencias Financiera o de Economía Solidaria respectivamente, que no excedan mensualmente de trescientas cincuenta (350) UVT, para lo cual el titular de la cuenta deberá indicar por escrito ante el respectivo establecimiento de crédito o cooperativa financiera, que dicha cuenta será la única beneficiada con la exención”.

La decisión de exonerar del pago del gravamen a las cuentas de ahorro electrónicas creadas por el Decreto 4590 de 2008 supone una modificación al numeral 1º previamente transcrito pues amplía el espectro de la exención mediante el favorecimiento de las cuentas de ahorro “electrónicas”, en los montos establecidos por el Decreto 4591 de 2008.

El asunto cae así dentro de la órbita de regulación extraordinaria a que se ha hecho referencia en esta providencia, pues el Presidente de la República puede hacer uso de las competencias que le ofrece el estado de Emergencia Social para eximir del pago de impuestos a personas perjudicadas por la crisis.

Tal como se explicó para los artículos anteriores, la medida es, además de legítima, proporcional y necesaria en términos de la jurisprudencia. Es legítima porque se enmarca en el espectro de competencias extraordinarias del Presidente; es proporcional porque su efectividad está en consonancia con el fin perseguido, cual es el de permitirle a los damnificados de menores recursos acceder a los créditos del sistema financiero en condiciones de bajo costo, y es necesaria en términos de la jurisprudencia porque el

Presidente de la República no pudo haber decretado la medida en ejercicio de sus competencias ordinarias.

Ahora bien, la decisión de impedir la acumulación del beneficio tributario con una exención similar por posesión de otra cuenta de ahorros esta legitimada en la necesidad de restringir el uso de esta medida a la recuperación económica del perjudicado, no a su enriquecimiento injustificado. De allí que esta decisión constituya un balance equilibrado entre el beneficio social y la necesidad de evitar el abuso de la prerrogativa.

a. Artículo 6º. Medios de Manejo.

Tal como lo reconoce el Instituto Colombiano de Derecho Tributario, la consecuencia jurídica de esta asimilación es que las operaciones realizadas para el manejo de las cuentas de ahorro electrónicas gozan de los beneficios tributarios consagrados en el Estatuto para ese tipo de tarjetas. Entre ellos se encuentra la devolución de dos puntos del IVA por transacciones con tarjetas débito, a que hace referencia el artículo 850-1 del régimen tributario, que establece:

“ARTÍCULO 850-1. DEVOLUCIÓN DEL IVA POR ADQUISICIONES CON TARJETAS DE CRÉDITO O DÉBITO. <Artículo adicionado por el artículo 33 de la Ley 863 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Las personas naturales que adquieran bienes o servicios a la tarifa general y del diez por ciento (10%) del Impuesto sobre las Ventas mediante tarjetas de crédito o débito, tendrán derecho a la devolución de dos (2) puntos del Impuesto sobre las Ventas pagado. La devolución anteriormente establecida solo operará para los casos en que el adquirente de los bienes o servicios no haya solicitado los dos puntos del impuesto de IVA como impuesto descontable.

“La devolución aquí prevista procederá igualmente cuando la adquisición de bienes o servicios se realice con otro tipo de tarjetas o bonos que sirvan como medios de pago, caso en el cual las empresas administradoras de los mismos deberán estar previamente autorizadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, reuniendo las condiciones técnicas que dicha entidad establezca, a efectos de poder contar con los datos de identificación y ubicación del adquirente de los bienes o servicios gravados a la

tarifa general o a la tarifa del diez por ciento (10%).

“El Gobierno Nacional determinará la forma y condiciones de la devolución para que esta se haga efectiva antes del 31 de marzo del año siguiente a la fecha de la adquisición, consumo o prestación del servicio.

“La devolución del IVA se podrá realizar a través de las entidades financieras mediante abono en una cuenta a nombre del tarjetahabiente.”

Igualmente, tal como lo dispone el numeral 17 del artículo 476 del Estatuto Tributario, las comisiones que cobran los bancos por el manejo de las tarjetas de crédito y débito se encuentran excluidas del pago del impuesto sobre las ventas, lo que hace suponer que dicha exclusión beneficiará a los titulares de las cuentas de ahorro electrónicas relacionadas en este artículo.

La Corte Constitucional considera que esta es una medida concordante con las demás herramientas tributarias que han sido mencionadas en esta providencia porque implica la adición del Estatuto Tributario en punto a la inclusión del nuevo modelo de ahorro electrónico previsto en el Decreto 4590 de 2008. La decisión es legítima, en cuanto que el Presidente podía agregar tales modificaciones en uso de sus competencias extraordinarias; es proporcional porque constituye una medida de estímulo adecuada al fin previsto, que es el estímulo de la apertura de las cuentas de ahorro electrónicas y el apoyo a las familias más necesitadas que resultaron perjudicadas por la crisis, y es necesaria porque no existe manera de que el Ejecutivo la hubiera implantado por fuera del estado de Emergencia Social. En cuanto a esto último es evidente que el ejercicio de las competencias ordinarias no le habría permitido al presidente agregar al Estatuto Tributario las hipótesis consagradas en el decreto, para que recibieran el mismo tratamiento que las definidas previamente por el legislador.

Por las razones previstas, la Corte Constitucional considera que la disposición es exequible, y así lo declarará en la parte resolutive de la sentencia.

a. Artículo 7º. Adquisición de Cartera

El artículo 7º del decreto autoriza a la Central de Inversiones S.A. para comprar la cartera de establecimientos de crédito y cooperativas que realicen actividad financiera. La autorización se imparte en las zonas afectadas por la Emergencia Social.

Esta Corporación considera que la medida consignada en el artículo 7º está en relación de conexidad con el Decreto 4333 de 2008, en tanto que la disposición permite que una empresa como CISA participe en la recuperación del orden económico que se vio alterado con la caída de los negocios de captación masiva y no autorizada de dinero. Del mismo modo, la decisión se enmarca en el propósito interno del Decreto 4591 de 2008, cual es el de promover los procesos de bancarización, porque concede un alivio a la banca privada consistente en la posibilidad de que CISA reciba los comúnmente denominados “bienes tóxicos” con fines de saneamiento y contribuya a disminuir la cartera de las entidades de crédito con el subsiguiente efecto de permitirles ofrecer más créditos a la población más necesitada.

En efecto CISA tenía como objeto social genérico adquirir, administrar o enajenar activos, incluidos los derechos en procesos liquidatorios, cuyos propietarios fueran el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas, los establecimientos de crédito de naturaleza pública y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Su meta originaria era participar en el proceso de saneamiento de bienes de propiedad de entidades públicas dedicadas a la actividad financiera y posteriormente de entidades públicas de cualquier rama. No obstante, con la modificación introducida por el Decreto 4591 de 2008, la sociedad fue habilitada para realizar las mismas funciones pero respecto de entidades financieras y cooperativas privadas, con lo cual extendió su ámbito de acción al sector financiero privado.

A juicio de esta Corte, la ampliación del radio de acción de CISA le da presencia en los territorios afectados por la caída de los negocios de captación masiva de dineros del público y le permite participar en el proceso de recuperación financiera de las economías más afectadas por la crisis. En este sentido, la Sala estima que la norma sí cumple con el requisito de la afinidad teleológica con los motivos que dieron lugar a la declaración de la Emergencia Social.

Ahora bien, la Sala también estima que la decisión es proporcional porque la participación de CISA en la recuperación de bienes improductivos de las entidades financieras privadas y las cooperativas que ejercen actividad financiera habilita la liberación de cupos de crédito que podrían ser copados por los que se ofrecen mediante las cuentas de ahorro electrónicas. En esta medida, la decisión del decreto está acorde con el fin propuesto, cual es el de la bancarización de zonas en las que no había presencia previa del sistema financiero.

Finalmente, la Corte encuentra que la medida también satisface el principio de necesidad, tal como la figura ha sido entendida en el contexto de los estados de excepción, por cuanto la calidad de Sociedad de economía mixta le impide al Gobierno, unilateralmente, sin recurrir a los procedimientos societarios establecidos en los estatutos, modificar el objeto social de la empresa.

Ciertamente, tal como lo explica el documento CONPES 3493 del 8 de octubre de 2007, con el fin de afrontar la crisis de finales del año 2000, el Gobierno diseñó un plan de recuperación a través de Fogafín mediante el cual autorizó a dicho fondo para adquirir el 99.9% de las acciones de la Central de Inversiones S.A. -CISA-, ello con el fin de usarla como herramienta de recuperación de los activos improductivos de propiedad de las empresas financieras de naturaleza estatal.

La compra fue autorizada por el Decreto 1814 de 2000. Posteriormente, mediante Ley 795 de 2003, el legislador modificó algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, e incorporó a CISA como ejecutor de ciertas funciones asignadas a FOGAFIN. El artículo 91 de la Ley 795 de 2003 definió la naturaleza jurídica de la entidad y el régimen jurídico al cual estaría sometida. La norma dispuso:

Artículo 91. Régimen de los actos y contratos de la Central de Inversiones S.A. La Central de Inversiones S.A. CISA mantendrá su carácter de sociedad de economía mixta indirecta del orden nacional, tendrá naturaleza única y se sujetará en la celebración de todos sus actos y contratos al régimen de derecho privado que para la realización de las operaciones del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras se contempla en el artículo 316, numeral 1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

El régimen legal aplicable a los empleados de la Central de Inversiones S.A. será el mismo

de los trabajadores del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

Parágrafo 1°. En desarrollo de lo previsto en el parágrafo del artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Central de Inversiones S.A. CISA podrá asumir la administración no fiduciaria de los activos excluidos de los establecimientos de crédito a que se refiere la mencionada disposición, con los cuales se conformará un patrimonio.

Parágrafo 2°. Los derechos y obligaciones surgidos bajo contratos de trabajo o bajo relaciones legales y reglamentarias que se hayan celebrado o ejecutado antes de la vigencia de la presente ley conservarán su validez y se respetarán los derechos adquiridos, sin perjuicio de que la relación laboral vigente con el personal al servicio de la Central de Inversiones S.A. CISA se rija hacia el futuro por lo dispuesto en el presente artículo, para cuyo efecto la Junta Directiva de CISA adoptará las medidas que sean necesarias.

Parágrafo 3°. El régimen presupuestal de la Central de Inversiones S.A., CISA será el aplicable a las sociedades de economía mixta que desarrollan actividad financiera.

Con posterioridad a la Ley 795 de 2003, y gracias a que CISA logró la recuperación de gran cantidad de activos, las acciones de Fogafín pasaron enteramente a la Nación, lo que implica que ésta obtuvo el control de la mayoría accionaria de la empresa, que para el efecto conservó su calidad de sociedad de economía mixta, pero directa, es decir, del orden nacional, tal como lo reconoce el Decreto 4819 de 2007.

Ahora bien, de conformidad con el numeral 7º del artículo 150, el legislador tiene la potestad de “crear o autorizar la constitución” de sociedades de economía mixta. Según la jurisprudencia constitucional, la existencia de una sociedad de economía mixta “tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación”⁴⁰. No obstante, cuando el legislador decide crear directamente la sociedad, la ley exige la determinación del objetivo y la estructura orgánica de la misma, así como las demás características fijadas en el artículo 50 de la Ley 489 de 1998. En efecto, la norma legal señala lo siguiente al respecto:

Artículo 50. Contenido de los actos de creación. La ley que disponga la creación de un organismo o entidad administrativa deberá determinar sus objetivos y estructura

orgánica, así mismo determinará el soporte presupuestal de conformidad con los lineamientos fiscales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La estructura orgánica de un organismo o entidad administrativa comprende la determinación de los siguientes aspectos:

1. La denominación.
2. La naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico.
3. La sede.
4. La integración de su patrimonio.
5. El señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares, y
6. El Ministerio o el Departamento Administrativo al cual estarán adscritos o vinculados.

Parágrafo. Las superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales estarán adscritos a los ministerios o departamentos administrativos; las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta estarán vinculadas a aquellos; los demás organismos y entidades estarán adscritos o vinculados, según lo determine su acto de creación.

Aunque la ley establece los elementos que deben fijarse en el acto de creación directa de la sociedad, la misma no señala cuáles deben describirse en la ley que simplemente decide autorizar la creación de la entidad. El principio de libertad configurativa del legislador supone que la ley establecerá los rasgos fundamentales de la sociedad, dejando a las reglas societarias la definición de los demás elementos.

En el caso bajo estudio, la Ley 795 de 2003 determinó algunos de los elementos fundamentales de la Central de Inversiones S.A., por lo que puede concluirse que en este caso se trata de una simple ley de autorización, no de creación de la sociedad. Esto implica que los elementos estructurales y accidentales de la sociedad que no fueron

fijados por la ley quedaron reservados a la normativa societaria.

Ahora bien, debe recordarse que el objeto social de la entidad había sido delineado por el Decreto 1814 de 2000, modificado por el Decreto 3614 de 2004, cuando el mismo autorizó al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras para realizar aportes de capital en sociedades anónimas de naturaleza pública, cuyo objeto principal sea la adquisición, la administración y la enajenación de activos improductivos, incluidos los derechos en procesos liquidatorios, cuyos propietarios sean dicho fondo, el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas, los establecimientos de crédito de naturaleza pública y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Posteriormente, el objeto social fue redefinido por el Decreto 4819 de 2007 el cual estableció que la Central de Inversiones S.A. estaba autorizada para “gestionar, adquirir, administrar, comercializar, cobrar, recaudar, intermediar, enajenar y arrendar, a cualquier título, toda clase de bienes inmuebles, muebles, acciones, títulos valores, derechos contractuales, fiduciarios, crediticios o litigiosos, incluidos derechos en procesos liquidatorios, cuyos propietarios sean entidades públicas de cualquier orden o rama, incluidos los organismos autónomos e independientes previstos en la Constitución Política y en la ley, así como prestar asesoría técnica y profesional a dichas entidades en el diagnóstico y/o valoración de sus activos y sobre temas relacionados con el objeto social”.

Dado que el objeto social de la Central de Inversiones S.A. no fue definido por la Ley 795 de 2003, pues la misma es una ley de autorización y no de creación de la entidad, sino por las normas societarias aprobadas mediante los decretos en cita, es posible admitir que el Presidente de la República pudo acudir al procedimiento regular de modificación de los estatutos de la entidad para modificar el objeto social contenido en ellos.

No obstante, en vista de que las circunstancias que dieron lugar a la declaración del estado de Emergencia Social obligaba a adoptar medidas de emergencia, en plazos máximos de 30 días, es claro que resultaba inoperante la remisión a los procedimientos ordinarios para modificar el objeto social de CISA, siendo por tanto necesario acudir a la sustitución legítima de la voluntad legislativa para introducir la citada modificación.

En este sentido, tal como se dijo respecto del Fondo Nacional de Garantías y de FINAGRO,

respecto del FAG, las facultades extraordinarias del estado de Emergencia Social le permitían al Presidente de la República modificar aspectos que pudieron modificarse mediante los procedimientos ordinarios de aprobación de las decisiones emitidas por las sociedades de economía mixta, pero que tuvieron que transformarse mediante norma de rango legal, dada la urgencia manifiesta que imponía la crisis enfrentada por la caída de las pirámides.

En resumen, a juicio de la Sala, aunque en época de normalidad el Presidente de la República estaría habilitado para aprobar la reforma del objeto social que se hubiera hecho mediante reforma estatutaria por los medios societarios dispuesto para ese fin, la necesidad de adoptar medidas de urgencia destinadas a conjurar la crisis le permitió asumir competencias legislativas para obviar dichos procedimientos de reforma estatutaria.

Las consideraciones anteriores permiten concluir que la norma legal bajo estudio es exequible.

a. Artículo 8º. Autorización al Fondo Nacional de Garantías

El artículo en cita autoriza dispone que de los recursos que de acuerdo con el Decreto 4990 de 2008 se destinen a capitalizar el Fondo Nacional de Garantías, podrá utilizarse la parte que disponga el Ministerio de Hacienda para garantizar los créditos de libre inversión a que hace referencia el artículo 2º del Decreto 4591 de 2008.

La Corte Constitucional observa que esta disposición es un simple complemento del literal a) del numeral 1º del artículo 2º que fue encontrado exequible previamente.

En efecto, ya que el artículo 2º había previsto en el numeral 1º, literal a) que el Fondo Nacional de Garantías y el Fondo Agropecuario de Garantías garantizarían los créditos concedidos a los micro, mediano y pequeños empresarios, el artículo 8º del Decreto 4591 de 2008 vino a precisar que los créditos de libre inversión, que hasta por 2 millones de pesos podrían autorizar los bancos con las ventajas tributarias señaladas por el artículo 2º, serían avalados por el Fondo Nacional de Garantías en el porcentaje que el

Ministerio de Hacienda dispusiera de los recursos captados por el Decreto 4990 de 2008.

En vista de que la orden del artículo bajo estudio complementa el sistema de garantías de los créditos favorecidos por las medidas tributarias, respecto de la entidad y los montos que serán objeto de garantías, el artículo 8º sigue la suerte del literal a) del numeral 1º del artículo 2º del decreto 4591 de 2008 y por eso debe ser declarado exequible.

Artículo 9º. Vigencia

El artículo 9º es exequible en tanto que se limita a fijar la fecha de vigencia del decreto y a formular la cláusula derogatoria que opera por virtud de la expedición de un decreto que tiene fuerza de ley.

La Corte no observa irregularidad alguna en esta norma.

VIII. DECISION

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

R E S U E L V E

Declarar EXEQUIBLE el Decreto 4591 de 2008 “Por el cual se dictan medidas para extender la oferta de servicios financieros a las personas de menores ingresos de la población y se dictan otras disposiciones”.

NILSON PINILLA PINILLA

Presidente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Ausente con Excusa

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GRABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada (E)

CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ

Magistrada (E)

Con Salvamento Parcial de Voto

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

Impedimento Aceptado

1 Sentencia C-135-09

2 ARTÍCULO 7o. VIGENCIA DEL ESTADO DE DERECHO. En ningún caso se podrá afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. El Estado de Excepción es un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades so pretexto de su

declaración.

Cuando un derecho o una libertad fundamentales puedan ser restringidos o su ejercicio reglamentado mediante decretos legislativos de Estados de Excepción, estos no podrán afectar el núcleo esencial de tales derechos y libertades.

3 ARTÍCULO 10. FINALIDAD. Cada una de las medidas adoptadas en los decretos legislativos deberá estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos.

4 ARTÍCULO 11. NECESIDAD. 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.

5 ARTÍCULO 13. PROPORCIONALIDAD. Las medidas expedidas durante los Estados de Excepción deberán guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar. // La limitación en el ejercicio de los derechos y libertades sólo será admisible en el grado necesario, para buscar el retorno a la normalidad.

6 ARTÍCULO 12. MOTIVACIÓN DE INCOMPATIBILIDAD. Los decretos legislativos que suspendan leyes deberán expresar las razones por las cuales son incompatibles con el correspondiente Estado de Excepción.

7 ARTÍCULO 14. NO DISCRIMINACIÓN. Las medidas adoptadas con ocasión de los Estados de Excepción, no pueden entrañar discriminación alguna, fundada en 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.

8 Sentencia C-940 de 2002

9 Ibídem

10 Ibídem

11Ibídem

Una fluidez monetaria provocada por un par de firmas captadoras de dinero, que ya hacen parte de la economía local ofreciendo excelentes dividendos y moviendo gruesas sumas de billetes. Algunos, posando de analistas en las tiendas y centros comerciales, dicen que no son más que otras dos “pirámides que se van a volar con la platica de los ingenuos”, pero son más, decenas tal vez, los pastusos que arrojan su veredicto final al respecto y dejan clara su posición: “Son el banco de los pobres, nos está dando para comer y nadie no lo va a quitar”.

Por eso, no es raro escuchar que taxistas, finqueros, hacendados y comerciantes vendieron sus negocios para poner el dinero en DMG o DRFE (Dinero Rápido Fácil y Efectivo), las firmas captadoras, que sin necesidad de publicidad en radio o televisión, atraen con el voz a voz a quienes están interesados en recibir intereses del 50%, 70%, 80% y 100% sobre el efectivo entregado o “invertido”, como lo aclaran los representantes legales de DRFE.

El Espectador viajó a Pasto para corroborar esta situación, que más que un cuadro adornado por la imagen de familias desconsoladas y sembradas en un mar de llanto por hacer parte de un engaño o estafa, como ha sucedido en Zipaquirá, Pitalito, Tunja, Mocoa, Bogotá, Villavicencio, Bucaramanga, Cali, Santander de Quilichao y Popayán; aquí lucen una sonrisa de oreja a oreja y dicen pasar por el mejor momento de sus vidas, pues las ganancias son tan buenas que le permitió a muchos desempleados ser hoy por hoy crecientes empresarios.

Atractivo negocio que funciona de la siguiente forma: por inversiones de entre \$2 a \$10 millones, la firma DRFE paga a los 35 días, el 100% de utilidades, cancela en efectivo y si la persona lo desea, puede retirar el monto ganado más el ahorrado, o dejar una parte para que siga lucrado. Por montos superiores a \$10 millones, los plazos para pagar son más largos y el porcentaje de utilidad cambia.

Eduardo Alvarado, alcalde de Pasto, desde su despacho lanza su propia versión de la situación que está viviendo la ciudad: “Ahora surgieron este tipo de organizaciones que ofrecen resultados mejores que los bancos, nadie sabe cuáles son las actividades que se desarrollan con esos capitales y aquí se habla, porque no hay estudios ni cifras, que

hay más de 100.000 personas vinculadas al negocio con plata metida”.

Y lo que los bancos le han dicho al Alcalde es que la gente está dejando de ahorrar y al contrario de los pronósticos, se han lanzado a adquirir créditos para ponerlos en las captadoras de dinero, que tienen descuadres en los primeros pagos, pero luego regresan y cancelan las deudas en efectivo, quedando paz y salvo.” (El Espectador, edición electrónica del 27 Sep 2008 - 12:45 am.

<http://www.elespectador.com/impreso/negocios/articuloimpreso-el-banco-de-los-pobres>)

14 Mediante Resolución 5800 de 2008 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Gobierno Nacional fijó los territorios beneficiados por las medidas del Decreto 4591 de 2008, por ser los más afectados por la crisis de las entidades de recaudo de dinero no autorizadas.

15 Reducing Poverty Sustaining Growth, Scaling Up Poverty Reduction, A Global Learning Process and Conference in Shanghai, May 25-27, 2004.
<http://info.worldbank.org/etools/reducingpoverty/docs/Scaling-Up-Poverty-%20Reduction.pdf>

16 La década de los 80 experimentó un incremento significativo en organizaciones no gubernamentales encargadas de gestionar los micro créditos. El informe resalta como admirable que la micro financiación en Bangladesh fue capaz de proveer acceso a más de 13 millones de hogares y que hoy en día la oferta reside en más de 1.200 entidades crediticias, pese a que 4 de ellas agrupan más del 90% de los clientes. Ibídem

17 En cinco años de funcionamiento, CrediAmigo entregó microcréditos a más de 300.000 de los brasileños más pobres, pese a que muchas de las familias favorecidas no vivían con más de U\$2 dólares al día. Según el citado informe, CrediAmigo demostró a los países desarrollados que la pequeña financiación puede producir crecimiento sostenible y a gran escala, con positivo impacto sobre familias de bajos ingresos. Ibídem

18 El Banco Mundial reconoce en este punto que si bien los bancos tradicionales han tratado con reservas el tema del microcrédito, por la alta calificación del riesgo, la experiencia egipcia, de más de 16 años de existencia, ha demostrado que el temor no

está plenamente justificado.

19 El “SHG Bank Linkage,” surgió como resultado del compromiso común del estado, organizaciones no gubernamentales, bancos privados y grupos informales de ayuda (“self-help groups,” SHG) y ha demostrado que el acceso de sus clientes al micro crédito disminuye su vulnerabilidad independientemente del nivel de pobreza. Las investigaciones demuestran que más del 54% de los clientes del banco pertenecen a los estratos más pobres de la población -personas sin tierra y agricultores marginales-. Recientes análisis indican que los préstamos otorgados a hogares pobres han mejorado sus recursos, incrementado sus ahorros, ampliado el empleo y el consumo y han tenido un impacto positivo en su ingreso, reduciendo así los niveles de pobreza. El crecimiento de los SHG que se han vinculado a los bancos fue cercano a 800.000 en 2003, comparado con 33.000 en 1999. Ibídem

20 El Equity Building Society (Equity) ha constatado el aumento de los usuarios de los pequeños créditos de 15.000 en 1993, hasta 250.000 ahorradores en diciembre de 2003. La red TIAVO, o The Network of Savings and Loan Associations (SLA) de Madagascar empezó como programa piloto de crédito rural y hoy ofrece préstamos de educación para los más pobres. Méjico ha entrado también al programa: en 2001 el gobierno mejicano realizó una inversión de más de 150 millones de dólares en la expansión y fortalecimiento de los ahorros e instituciones de crédito y en la expansión de su alcance en areas rurales, dentro del marco de la Ley de Crédito y Ahorro Popular. Ibídem

21 Ibídem

22 Cf. Sentencia C- 1107 de 2001

23 Cfr. Sentencia C-940 de 2003

24 Las mismas reflexiones motivaron la Sentencia C-955 de 2000, en la que la Corte sometió a estudio el sistema de acceso a los créditos de vivienda establecidos en la Ley 546 de 1999. En el fallo la Corte sostuvo “En los referidos préstamos debe garantizarse la democratización del crédito; ello significa que las posibilidades de financiación, en particular cuando se trata del ejercicio del derecho constitucional a

la adquisición de una vivienda digna (artículos 51 y 335 C.P.) deben estar al alcance de todas las personas, aun las de escasos recursos. Por lo tanto, las condiciones demasiado onerosas de los préstamos, los sistemas de financiación que hacen impagables los créditos, las altas cuotas, el cobro de intereses de usura, exentos de control o por encima de la razonable remuneración del prestamista, la capitalización de los mismos, entre otros aspectos, quebrantan de manera protuberante la Constitución Política y deben ser rechazados, por lo cual ninguna disposición de la Ley que se examina puede ser interpretada ni aplicada de suerte que facilite estas prácticas u obstaculice el legítimo acceso de las personas al crédito o al pago de sus obligaciones.”

25 Sentencia C-414 de 1994

26 Aguerrondo, Guillermo. La Empresa Consorcio. Buenos Aires, editorial Abeledo Perrot. 1980. pp. 65 y ss.

27 Caballero Sierra, Gaspar. Los Consorcios Públicos y Privados. Editorial Temis. 1985. Bogotá. Páginas 32 y 33

28 Cfr. Ob. Cit. Pág 25 y ss

29 El texto de esta norma es el siguiente, dentro del cual se subraya y resalta el inciso declarado inexecutable mediante la sentencia C-953 de 1999 :

Artículo 97. Sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

Para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado.

Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su

régimen.

Parágrafo. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.

30 El artículo 5º del Decreto 1202 de 1994, por el cual se actualizaron los estatutos de la entidad, establece en su redacción original: “Artículo 5º Objeto social. El objeto social principal del FNG es el de servir de instrumento para facilitar el acceso al crédito a las personas naturales o jurídicas, que carezcan de las garantías suficientes exigidas por los establecimientos de crédito nacionales o extranjeros y las demás entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, otros Fondos de igual o similar naturaleza al FNG, las cooperativas, los organismos cooperativos de segundo grado, así como de las demás formas asociativas del sector solidario facultadas para tal efecto, las fundaciones, y otros tipos asociativos privados o públicos que promuevan programas de desarrollo social, mediante el otorgamiento de certificados de garantía a título oneroso, en forma directa o a través del reafianzamiento, conjunto o individual.”

31 El Decreto 1963 de 1995 modificó parcialmente el contenido de algunos artículos de los estatutos.

32 Artículo 32. Dirección y Administración. La dirección y administración del Fondo Nacional de Garantías S.A. corresponderá a la Asamblea General de Accionistas, a la Junta Directiva y al Presidente quien será su Representante Legal. Cada uno de éstos desempeñará sus funciones dentro de las facultades y atribuciones que le confieren el Código de Comercio, los presentes estatutos y los reglamentos que se dicten para el efecto.

33 Artículo 43. Funciones de la Asamblea General. Corresponde a la Asamblea General el ejercicio de las siguientes facultades y atribuciones, adicionalmente a las que por ley le corresponda cumplir: a) Dictar y reformar los estatutos de la Sociedad y someterlos a aprobación del Gobierno Nacional cuando la ley así lo ordene;

34 Ley 16 de 1990. Artículo 28º. Objeto del Fondo Agropecuario de Garantías. El Fondo

Agropecuario de Garantías creado por la Ley 21 de 1985, tendrá por objeto respaldar los créditos otorgados dentro del Sistema Nacional de Crédito Agropecuario a los pequeños usuarios y empresas asociativas y comunitarias, que no puedan ofrecer las garantías exigidas ordinariamente por los intermediarios financieros.

35 Sobre este tema pueden consultarse entre otra, la siguiente doctrina nacional: RODRÍGUEZ R LIBARDO. “Estructura del poder público en Colombia”. Editorial Temis, Bogotá 2004. Pág. 29.

36 “ART. 26.— Los ingresos son base de la renta líquida. La renta líquida gravable se determina así: de la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable, que sean susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción, y que no hayan sido expresamente exceptuados, se restan las devoluciones, rebajas y descuentos, con lo cual se obtienen los ingresos netos. De los ingresos netos se restan, cuando sea el caso, los costos realizados imputables a tales ingresos, con lo cual se obtiene la renta bruta. De la renta bruta se restan las deducciones realizadas, con lo cual se obtiene la renta líquida. Salvo las excepciones legales, la renta líquida es renta gravable y a ella se aplican las tarifas señaladas en la ley”.

37 Sentencia C-510 de 1992

38 Cfr. Sentencia C-353 de 1997

39 Sentencia C-054 de 1998

40 Sentencia C-953 de 1999