

OFICIO 220-005446 DEL 24 DE ENERO DE 2022

ASUNTO: FUNDAMENTOS DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL PROCEDIMIENTO DE INTERVENCIÓN DE LAS EMPRESAS QUE CAPTAN RECURSOS ILEGALMENTE.

Me refiero a su comunicación radicada con el número de la referencia, mediante la cual se refiere a un proyecto para modificar unos artículos de los decretos 1910, 4334, 4338 y 4705, debido a la presunta injusticia que se está cometiendo con trabajadores a quienes se les han terminado sus contratos laborales con empresas captadoras ilegales de recursos.

Al respecto, es del caso tener en cuenta que al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1736 de 2020, es función de la Oficina Asesora Jurídica de esta Entidad absolver las consultas jurídicas externas en los temas de competencia de la Superintendencia de Sociedades, salvo las que correspondan a actuaciones específicas adelantadas por las dependencias de la Entidad y, en esa medida, emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto que no es vinculante ni compromete su responsabilidad.

Frente a la inquietud formulada y teniendo en cuenta que la misma versa sobre la necesidad de impulsar un “proyecto para modificar unos artículos de los decretos 1910, 4334, 4338 y 4705”, a continuación, este Despacho se permitirá puntualizar: 1). Las consideraciones del gobierno Nacional para expedir el Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008, por el cual se declaró el Estado de Emergencia Social; 2) evidenciar cómo los desarrollos normativos, confirman el cumplimiento de finalidad, 3). La constitucionalidad del Decreto 4334, avalada por la Corte Constitucional mediante sentencia C-145 de 2009 y 4) Las conclusiones respectivas.

1. Consideraciones del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008:

“Que en los términos del artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, el Presidente de la República con la firma de todos los Ministros, en caso de que sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución Política, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá declarar el Estado de Emergencia;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. El Decreto 4334 del 17 de noviembre de 2008 y el Decreto 4705 del 15 de diciembre de 2008, por el cual se modificaron algunos artículos del primero, ambos fueron expedidos por el Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994, para adoptar mecanismos para conjurar la crisis generada con el ejercicio no autorizado de la actividad financiera, causando graves perjuicios al orden social y amenazando el orden público.

Lo anterior, de acuerdo con lo expresado en los decretos de Declaratoria de Emergencia 4333 del 17 de noviembre de 2008 y 4704 del 15 de diciembre del mismo año, con el fin de adoptar urgentes medidas con fuerza de ley que intervengan de manera inmediata las conductas, operaciones y el patrimonio de las personas involucradas y en las de quienes amenacen con desarrollarlas en adelante. En este sentido, la Superintendencia Financiera de Colombia y la Superintendencia de Sociedades podrán ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público.

Por su parte, el Decreto 4705 efectuó algunas modificaciones al referido Decreto 4334, entre las que se cuentan las de otorgar facultades a las Superintendencias de Sociedades y Financiera, según sea el caso, para facilitar el procedimiento de devoluciones establecido en el Decreto 4334 de 2008, en especial en lo referente al tratamiento de los bienes diferentes a sumas de dinero, en cuanto a su conservación, inventario y enajenación. Para el efecto, se transcriben algunas de las normas del citado decreto.

El texto del artículo 1° es el siguiente:

Artículo 1º. Modificase el artículo 1º del Decreto 4334 de 2008. El artículo 1º del Decreto 4334 de 2008 quedará así:

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

El texto del artículo 3º es el que sigue:

"Artículo 3º. Planes de Desmonte Voluntarios. Corresponde a las Superintendencias de Sociedades y Financiera, según sea el caso, aprobar los planes de desmonte de que trata el literal d) del artículo 7º del Decreto 4334 de 2008.

El plan que presente el captador o recaudador no autorizado de recursos del público deberá incluir entre otros, **la relación de las personas beneficiarias de las devoluciones** y la determinación de los bienes afectos al plan.

El plan debe cubrir la totalidad de las personas relacionadas con las operaciones de captación o recaudo sin la debida autorización estatal. Previa a su autorización la Superintendencia deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar la publicidad de la propuesta y para asegurar que los bienes ofrecidos para el desmonte no se distraigan..." (Negrilla fuera del texto)

El texto del artículo 8, es el siguiente:

"RENDICIÓN DE CUENTAS DEL AGENTE INTERVENTOR. <Artículo compilado en el artículo 2.2.2.15.1.8 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1074 de 2015. Efectuadas las devoluciones, hasta concurrencia de las sumas de dinero que hacen parte del activo de los intervenidos en los procesos de toma de posesión para devolver de que trata el artículo 10 del Decreto 4334 de 2008, el Agente Interventor, en cumplimiento de los criterios dispuestos en el parágrafo 1o del artículo 10 del Decreto 4334 de 2008, procederá a relacionar, en la rendición de cuentas, los pagos ejecutados, las devoluciones aceptadas insolutas y los bienes debidamente valorados que hacen parte del inventario y que quedan afectos a dichas devoluciones.

La rendición de cuentas, debidamente soportada, será presentada a la Superintendencia de Sociedades dentro de los quince (15) días siguientes a aquel en que se efectúen los pagos de las devoluciones aceptadas, la cual, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 4334 de 2008, declarará la terminación del proceso de toma de posesión para devolver y, de considerarlo necesario, decretará la apertura del proceso de liquidación judicial como medida de intervención.

Del proceso de liquidación judicial conocerá la Superintendencia de Sociedades, la cual adelantará la actuación en el mismo expediente del proceso de toma de posesión para devolver, bajo el procedimiento establecido en la Ley 1116 de 2006...”

3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. Apartes de la Sentencia C-145 de 2009¹

“El artículo 215 de la Constitución faculta al Gobierno para expedir durante el estado de emergencia económica, social y ecológica decretos con fuerza de ley respecto de estrictas materias que originaron su declaratoria, siendo la finalidad de esa atribución extraordinaria, la de permitir que el Gobierno adopte medidas normativas orientadas exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos, pudiendo luego el Congreso derogarlos, modificarlos o adicionarlos, durante el año siguiente a la declaratoria, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno, y en todo tiempo si son de iniciativa de sus miembros.

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

1. Competencia

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

...

d) Los decretos legislativos que expida el Gobierno durante la emergencia, a diferencia de los dictados con fundamento en la declaratoria de conmoción

¹ <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-145-09.htm>

interior, tienen vocación de permanencia^[4], es decir, pueden reformar o derogar la legislación preexistente y poseen vigencia indefinida, hasta tanto el poder legislativo proceda a derogarlos o reformarlos, salvo cuando se trata de normas relativas a la imposición de tributos o modificación de los existentes^[5], los cuales “dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

....

Conclusiones de la corte:

“6.2. El parágrafo 2° dispone que se entenderán excluidos de la masa de liquidación, los bienes de la intervenida hasta concurrencia de las devoluciones aceptadas a quienes hayan entregado sus recursos, medida que también se juzga razonable si se atiende lo explicado por el interviniente de la Superintendencia de Sociedades, en el sentido de que **los instrumentos de intervención anteriormente relacionados no buscan liquidar el patrimonio de la empresa intervenida por captación no autorizada de recursos del público, sino adoptar un mecanismo ordenado y expedito para restituir en el menor tiempo posible a la población los dineros que entregó al captador, lo que garantiza que exista una separación entre los bienes de propiedad del captador ilegal y los dineros de quienes realizaron la inversión.**

La medida en comento también cumple el presupuesto de guardar relación directa de conexidad con los motivos del estado de emergencia social que declaró el Decreto 4333 de 2008, en particular con el propósito de adoptar “procedimientos ágiles” y “mecanismos abreviados” para obtener la pronta restitución a la población afectada, de los recursos captados sin autorización estatal...” (la negrilla no es del texto).

4. Conclusiones:

De las precitadas consideraciones se desprende que el fundamento del procedimiento de intervención por parte del estado a las personas naturales o jurídicas que se encontraban desarrollando actividades de captación ilegal de recursos del público, el que desde luego, puede dar lugar a la liquidación judicial de estos operadores, tiene fundamento constitucional en la facultad de carácter excepcional que la Constitución Política le confiere al Presidente de la República con fundamento en el artículo 215, para declarar la emergencia social con el fin de crear los mecanismos para conjurar la crisis generada por el ejercicio no autorizado de la actividad financiera y restablecer el orden social, la cual, es distinta de la facultad que tiene el Congreso de la República, para regular en condiciones ordinarias, situaciones de crisis económicas de los comerciantes, a través de la creación de un Régimen de Insolvencia, mediante el procedimiento de reorganización empresarial o liquidación judicial según el caso.

En este aspecto, cabe también traer a colación lo dicho por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, para defender la constitucionalidad del Decreto 4334 del 17 de noviembre de 2008, en cuanto **señaló que el proceso de intervención regulado en el Decreto 4334 de 2008 no es de carácter liquidatorio**, pues su objetivo no consiste en liquidar el patrimonio de la empresa intervenida por captación no autorizada de recursos del público; se trata de un proceso que parte de la presunción de que todos los bienes, negocios y dineros aprehendidos no son propiedad de la empresa intervenida, sino que son de propiedad del público que entregó cuantiosos recursos en una operación no autorizada de captación masiva.

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

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

Por lo expresado, esta Oficina no comparte la opinión que se expresa en el texto de su consulta, en cuanto a la necesidad de impulsar un proyecto normativo para modificar el procedimiento de intervención, contenido entre otros, en los Decretos 4334 del 17 de noviembre de 2008 y el 4705 del 15 de diciembre de 2008, puesto que como se ha manifestado, aunque esta regulación comparte algunos principios del régimen de insolvencia, tiene una finalidad diferente y primordial, la cual es la de devolver los dineros incautados a los ahorradores. En todo caso, cumplida la etapa de devolución a los ahorradores con los dineros y con los bienes intervenidos, deben garantizarse los derechos de los trabajadores, en los términos del artículo 2495 del Código Civil y conforme a la regla dispuesta en el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006.

Lo anterior, no obsta para que cualquier ciudadano en ejercicio de sus derechos de participación ciudadana como lo establece la ley 134 del 31 de mayo de 1994 pueda proponer los proyectos de ley, que a su juicio amparen los derechos que se consideran vulnerados.

En los anteriores términos se han atendidos sus inquietudes, no sin antes recordarle que los efectos del presente pronunciamiento los descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.