

CONTROL AUTOMATICO DE LEGALIDAD - De la Resolución 5800 de 16 de diciembre de 2008 del Ministerio de Hacienda y Crédito público / CONTROL AUTOMATICO DE LEGALIDAD - De resolución expedida con fundamento en el Decreto 4333 de 2008 que declaró el estado de emergencia económica y social / CAPTACION MASIVA NO AUTORIZADA DE DINERO - Medidas para contrarrestar el estado de emergencia que ocasionó / ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA Y SOCIAL - Medidas para contrarrestar el provocado por la ploriferación de actividades de captación masiva no autorizada de dinero / MICROCREDITOS - Incentivos para las instituciones que los otorguen a la población afectada por las actividades de captación masiva no autorizada de dinero

La Resolución 5800 del 2008 se afectó parcialmente con la declaratoria de inexecutable del Decreto 4705 del 2008, pues este Decreto aludía a las “organizaciones no gubernamentales” que son las mencionadas el artículo 2 de esa Resolución. Sin embargo, el Decreto 4705 no fue el único sustento de esa Resolución. Figura el Decreto 4591 que, como se ha visto, también le confiere sustento al acto administrativo que se revisa. (...) La facultad de reglamentación establecida en el parágrafo 1° del artículo 2° del Decreto 4591 de 2008 se enmarca en dos aspectos claramente precisados en la norma, que son: (i) tasa de interés y (ii) otros requisitos indispensables para el desarrollo de las operaciones de crédito. De la confrontación de la norma antes transcrita y del parágrafo 1° del artículo 2° del Decreto 4591 de 2008 antes analizado, para la Sala resulta evidente que las facultades otorgadas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público no hacen referencia alguna a que éste delimite las regiones que se consideran afectadas por los hechos que dieron origen a la Declaratoria de Emergencia Social mediante el Decreto 4333 de 2008. (...) Lo anterior no impide que las medidas que haya adoptado el Gobierno Nacional para conjurar la crisis y evitar la expansión de sus efectos, se focalicen o dirijan a determinadas regiones en las que se presentó el fenómeno de captación ilegal de recursos del público con mayores efectos, pero lo que no puede aceptarse es que por vía del acto que se analiza se limite el alcance y ámbito de aplicación de la declaratoria de Emergencia Social y Económica.

NOTA DE RELATORIA: La Sala remite a las sentencias C-135 de 2009, C-172 de 2009, C-283 de 2009 y C-254 de 2009. Corte Constitucional, que revisaron la constitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional con relación al estado de emergencia económica y social declarado por la proliferación de actividades de captación masiva no autorizada de dinero.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de junio de dos mil nueve (2009).

Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00108-00(CA)

Demandado: RESOLUCION 5800 DE 2008 MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

Para efecto del control inmediato de legalidad previsto por el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público ha remitido a esta

Corporación la Resolución 5800 de 16 de diciembre de 2008, a cuyo examen se procede.

I. TEXTO DE LA RESOLUCION 5800 DE DICIEMBRE 16 DE 2008

El texto del acto objeto de control remitido a esta Corporación es el siguiente:

“Resolución Número 5800 de (16 DIC 2008)

Por la cual se prevén las condiciones para acceder a los incentivos para otorgamiento de crédito previstos en el Artículo 2° del Decreto 4591 y en el Artículo 10 A del Decreto 4705 de 2008.

EL MINISTRO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

En uso de sus facultades legales, en especial las previstas en el párrafo 1° del Artículo 2° del Decreto 4591 de 2008, en concordancia con lo previsto en el Artículo 10 a del Decreto 4705 de 2008

RESUELVE:

Artículo 1°. Regiones Afectadas. Para efectos del artículo 2° del Decreto 4591 de 2008, se consideran regiones afectadas por los hechos que dieron origen a la declaratoria del Estado de Emergencia Económica y Social mediante el Decreto 4333 de 2008, los departamentos de Putumayo, Nariño, Cauca, Caquetá y los siguientes municipios del departamento del Huila: Pitalito, Garzón, Acevedo, Isnos, Guacacallo, La Laguna, San Agustín, Pradera, Obando, Bruselas, Criollo y Saladoblanco.

Artículo 2°. Nuevas operaciones de crédito. Los establecimientos de crédito, las cooperativas autorizadas para adelantar actividad financiera y las organizaciones no gubernamentales de que trata el artículo 10 A del Decreto 4705 de 2008, que desembolsen créditos en las regiones afectadas por los hechos que dieron origen a la declaratoria del Estado de Emergencia Económica y Social mediante el Decreto 4333 de 2008, tendrán acceso a los incentivos previstos en el Decreto 4591 de 2008, siempre y cuando las operaciones reúnan las siguientes condiciones:

- a) No se generará comisión de microcrédito;
- b) El plazo será definido por la respectiva entidad, teniendo en cuenta la capacidad de pago del solicitante.

Artículo 3°. La presente resolución rige a partir de su publicación.

PUBLIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.
Dada en Bogotá, D. C., a los 16 de diciembre de 2008.

OSCAR IVAN ZULUAGA ESCOBAR
Ministro de Hacienda y Crédito Público”

Publicada en el Diario Oficial 47.206 del miércoles 17 de diciembre de 2008.

II. ANTECEDENTES

El Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política, expidió el Decreto 4333 de 17 de noviembre de 2008, mediante el cual declaró el Estado de Emergencia Social.

Para los fines de esta providencia, la Sala reseñará los aspectos del Decreto 4333 que tienen relevancia en la decisión que deba tomarse sobre el acto objeto del presente control inmediato de legalidad, por constituir antecedentes de la Resolución 5800 de 16 de diciembre de 2008, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y que es materia de esta providencia.

Entre las consideraciones que fundamentaron la expedición del citado Decreto 4333, se observa como hecho relevante la propagación de distintas modalidades de captación o recaudo masivo de dineros del público no autorizadas por la Superintendencia Financiera y creadas bajo sofisticados sistemas que dificultaban o evadían la intervención de las autoridades competentes.

Tales modalidades crearon falsas expectativas en la ciudadanía consistentes en ofrecer beneficios o rendimientos exorbitantes, sin las garantías y seguridades que ofrece el sector financiero autorizado por el Estado. Esas ganancias excesivas motivaron a los ciudadanos a entregar sumas de dinero a empresas captadoras o recaudadoras no autorizadas, lo que comprometió el patrimonio de quienes cayeron en esos métodos anormales de captación.

En atención a las anteriores circunstancias y ante las reiteradas advertencias del Gobierno Nacional a los inversionistas, se consideró necesario adoptar procedimientos ágiles, mecanismos abreviados y demás medidas para lograr restituir a la población afectada y, en especial a las personas con menos recursos, los activos que se recuperen por las autoridades competentes.

Para contrarrestar de manera inmediata la situación, el Gobierno Nacional estimó necesario: 1) ajustar las consecuencias punitivas de las conductas de captación

masiva de dineros del público sin autorización, 2) profundizar los mecanismos de acceso para las personas de bajos recursos al sistema financiero y 3) dotar a las autoridades locales de mecanismos expeditos para evitar la pérdida de los recursos que puedan afectar el interés de la comunidad.

En desarrollo del Decreto 4333 de 17 de noviembre de 2008, se profirieron en la misma fecha, los siguientes Decretos:

Decreto 4334: Por el cual se expidió el procedimiento de intervención estatal a través de la Superintendencia de Sociedades, con el fin de adoptar medidas administrativas tendientes a suspender inmediatamente las operaciones o negocios de personas naturales o jurídicas que a través de captaciones o recaudos no autorizados, entre ellas las pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones masivas, generan abuso del derecho y fraude a la ley al ejercer la actividad financiera irregularmente.

Decreto 4335: Mediante el cual se dotó de facultades y se establecieron funciones a los Alcaldes y Gobernadores para detener, de manera cautelar, la actividad de captación o recaudo no autorizados de los recursos del público.

Decreto 4336: Por el cual se modificó el Código Penal para hacer más severas y proporcionales las consecuencias punitivas de la captación masiva y habitual de recursos del público sin autorización legal.

Igualmente, para conjurar la emergencia social y económica así declarada, se profirieron otras disposiciones, entre ellas, y que resulta relevante para el caso, el **Decreto 4591 de 4 de diciembre 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”*. En las consideraciones de ese Decreto se resalta que es necesario tomar medidas que permitan facilitar mecanismos de apoyo social y de financiación de actividades económicas y crear incentivos de crédito para mitigar el efecto que se ha presentado en las economías regionales por los hechos que originaron la emergencia social. El artículo 2° del citado Decreto prescribe:

“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.” (Negrillas fuera de texto).

El Gobierno Nacional expidió también el *Decreto 4705 de 15 de diciembre de 2008*, por el cual se adiciona y modifica el procedimiento establecido en el Decreto 4334 de 2008, y se dictan otras disposiciones, norma que en su artículo 10A establecía:

“ARTICULO 10A. OPERACIONES DE CREDITO. *Las organizaciones no gubernamentales que otorguen micro crédito gozarán de los beneficios previstos en el artículo 2o del Decreto 4591 de 2008.” (Subrayas fuera de texto)*

Fue así como en desarrollo de lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 2° del Decreto 4591 de 2008 y en concordancia con el artículo 10A del Decreto 4705 del mismo año, antes transcritos, el Ministro de Hacienda y Crédito Público expidió *la Resolución No. 5800 de 16 de diciembre de 2008*, que es materia del presente

control inmediato de legalidad por parte de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación.

Se advierte “las organizaciones no gubernamentales” beneficiarias de lo previsto en el artículo 2 del Decreto 4591 del 2008 fueron incluidas por ese artículo 10A del Decreto 4705, que como se verá, fue declarado inexecutable.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia del Consejo de Estado

El artículo 20 de la Ley 137 de 1994, “*Por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia*”, establece que:

“Artículo 20. CONTROL DE LEGALIDAD. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso-administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales.

Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición.”

En cumplimiento de lo anterior, el Viceministro Técnico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público remitió a esta Corporación el texto de la Resolución 5800 de 16 del diciembre de 2008.

El Consejo de Estado es competente para efectuar el control de legalidad por ser un acto de carácter general, emanado de una autoridad del orden nacional, como lo es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en desarrollo de normas de emergencia social, como lo son los Decretos 4591 y 4705 de 2008.

2. Contenido y vigencia del acto objeto de control.

2.1 Contenido del acto.

El artículo primero de la Resolución 5800 del 16 de diciembre de 2008 considera como regiones afectadas por los hechos que dieron origen a la declaratoria del Estado de Emergencia Económica y Social a los Departamentos de Putumayo, Nariño, Cauca, Caquetá y a algunos municipios del Departamento del Huila, tales

como Pitalito, Garzón, Acevedo, Isnos, Guacacallo, La Laguna, San Agustín, Pradera, Obando, Bruselas, Criollo y Saladoblanco. En dicho artículo se invoca expresamente el Decreto 4333 del 2008 como fundamento del mismo y se alude también al Decreto 4591 del 2008 que extendió la oferta de servicios financieros a las personas afectadas por los hechos que dieron origen a la declaratoria de Emergencia Social.

Por su parte, el artículo segundo dispone que los establecimientos de crédito, las cooperativas autorizadas para adelantar actividad financiera y “las organizaciones no gubernamentales”, a éstas últimas se refería el artículo 10A del Decreto 4705 de 2008, que desembolsen créditos en las regiones aludidas en el párrafo anterior, tendrán acceso a los incentivos previstos en el Decreto 4591 de 2008, siempre que las operaciones no causen comisión de microcrédito y que el plazo lo defina la entidad de acuerdo con la capacidad de pago del solicitante.

2.2. Vigencia del acto objeto de control

Debe precisarse que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-135 de 25 de febrero de 2009, declaró exequible el Decreto 4333 de 2008 *“Por el cual se declara el estado de emergencia social”* y en el mismo sentido se pronunció respecto del **Decreto 4591 de 2008** en sentencia C-172 del 18 de marzo de 2009¹. Ese último Decreto es uno de los fundamentos de la Resolución objeto de análisis, en concreto es el fundamento del artículo 1 de la Resolución 5800.

Ahora bien, la Corte Constitucional declaró inexecutable el **Decreto 4705 de 2008** en la sentencia C-283 de 2009 toda vez que, *“como consecuencia de la inexecutable del Decreto 4704 de 2008, mediante el cual se declaró el estado de emergencia social, a través de la sentencia C-254 de 2009, en cuyo desarrollo fue dictado este decreto, sobreviene su inexecutable”*².

En efecto, se advierte que el Decreto 4704 de 2008 *“Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social por un período de treinta (30) días”*, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-254 del 2 de abril de

¹ Según comunicados de prensa números 08 de la sesión de la Sala Plena celebrada el 25 de febrero del 2009 y 13 de la Sala Plena del 18 de marzo del mismo año respectivamente, publicados en la página de Internet de la Corte Constitucional (www.corteconstitucional.gov.co).

² Comunicado de prensa número 19 de las sesiones celebradas por la Sala Plena de la Corte Constitucional los días 21 y 22 de abril del 2009.

2009³, con fundamento en que el nuevo Decreto declaratorio de la Emergencia Social, “carece de la motivación que es exigida por el inciso 2° del artículo 215 de la Constitución Política”.

Con base en el Decreto 4704 se dictó el Decreto 4705 sobre el que recayó la inexecutableidad sobreviniente. Eso significó que el fundamento del artículo 2 de la Resolución 5800 de 2008, en cuanto hace referencia a lo dispuesto en el artículo 10A del Decreto 4705 del 2008, esto es, en cuanto mencionó a las “organizaciones no gubernamentales” como beneficiarias de los incentivos del Decreto 4591 desapareció del mundo jurídico.

En síntesis, la alusión que hace el artículo 2 de la Resolución 5800 de las “organizaciones no gubernamentales de que trata el artículo 10A del Decreto 4705 del 2008” perdió fuerza ejecutoria en los términos del ordinal 2 del artículo 66 del C.C.A.

Al respecto se observa que el párrafo 1° del artículo 2° del Decreto 4591 de 2008, declarado executable por la Corte Constitucional y que se transcribió en el acápite de los antecedentes, radicó en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la fijación de las condiciones para acceder a los beneficios consagrados en aquella disposición y con fundamento en tal facultad legal se expidió la Resolución en cuestión.

Se advierte entonces que el acto objeto del presente control de legalidad tiene ahora su fundamento única y exclusivamente en el Decreto 4591 de 2008, porque es de éste del que se deriva la competencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para señalar los presupuestos para acceder a los incentivos para el otorgamiento de créditos previstos en el artículo 2° íb.

Por consiguiente, la Resolución 5800 del 2008 se afectó parcialmente con la declaratoria de inexecutableidad del Decreto 4705 del 2008, pues este Decreto aludía a las “organizaciones no gubernamentales” que son las mencionadas el artículo 2 de esa Resolución. Sin embargo, el Decreto 4705 no fue el único sustento de esa Resolución. Figura el Decreto 4591 que, como se ha visto, también le confiere sustento al acto administrativo que se revisa.

³ Comunicado de prensa 17 de la Corte Constitucional.

Por todo lo expuesto en este capítulo, la Sala concluye que la expresión “y las organizaciones no gubernamentales de que trata el artículo 10A del Decreto 4705 de 2008” no tiene fuerza vinculante por haber perdido sustento normativo.

3. Competencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Para el análisis integral de la Resolución 5800 de 2008, resulta del caso transcribir nuevamente el párrafo 1° del artículo 2° del Decreto 4591 de 2008, del cual emana la competencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para expedir el acto objeto del presente control de legalidad. Tal disposición establece:

“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:

(...)

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.

El párrafo 1° determina los aspectos que deben ser regulados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al indicarle que debe señalar las condiciones para acceder a los beneficios consagrados en el artículo 2° de ese mismo Decreto. Ahí no figuran las “organizaciones no gubernamentales”, puesto que, como se explicó, esa categoría fue incluida por el artículo 10A del Decreto 4705 del 2008.

Se observa que tal facultad, radicada en la autoridad mencionada, es limitada, pues en la norma se prescribe que las condiciones que establezca el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se referirán a “*tasa de interés y demás requisitos indispensables para el desarrollo de las operaciones de crédito*”.

Por consiguiente, se advierte que la facultad de reglamentación establecida en el párrafo 1° del artículo 2° del Decreto 4591 de 2008 se enmarca en dos aspectos

claramente precisados en la norma, que son: (i) tasa de interés y (ii) otros requisitos indispensables para el desarrollo de las operaciones de crédito.

En ese marco, delimitado por el Decreto 4591 del 2008, se analizarán las disposiciones que integran la Resolución 5800 del 2008 y que están vigentes.

3.1. Artículo 1°.

El artículo 1° de la Resolución 5800 de 2008 objeto de análisis dispone:

Artículo 1°. Regiones Afectadas. *Para efectos del artículo 2° del Decreto 4591 de 2008, se consideran regiones afectadas por los hechos que dieron origen a la declaratoria del Estado de Emergencia Económica y Social mediante el Decreto 4333 de 2008, los departamentos de Putumayo, Nariño, Cauca, Caquetá y los siguientes municipios del departamento del Huila: Pitalito, Garzón, Acevedo, Isnos, Guacacallo, La Laguna, San Agustín, Pradera, Obando, Bruselas, Criollo y Saladoblanco⁴.*

De la confrontación de la norma antes transcrita y del párrafo 1° del artículo 2° del Decreto 4591 de 2008 antes analizado, para la Sala resulta evidente que las facultades otorgadas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público no hacen referencia alguna a que éste delimite las regiones que se consideran afectadas por los hechos que dieron origen a la Declaratoria de Emergencia Social mediante el Decreto 4333 de 2008.

Además, es claro que la indicación de las regiones afectadas no tiene relación con las tasas de interés de los créditos otorgados en las condiciones previstas en el artículo 2° del Decreto 4591 de 2008 y tampoco puede aducirse que tal señalamiento resulta de aquéllos que el párrafo del artículo mencionado señaló como un requisito indispensable para el *desarrollo de las operaciones de crédito* a que hace referencia la norma antes citada, por las siguientes razones:

De una parte, porque la Sala observa que las “condiciones” que deben ser precisadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público están íntimamente relacionadas con aspectos propios de la operación de crédito en sí misma

⁴ Este artículo fue modificado por la Resolución 556 del 6 de marzo de 2009 expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así: “Para efectos del artículo 2° del Decreto 4591 de 2008, se consideran regiones afectadas por los hechos que dieron origen a la declaratoria del Estado de Emergencia Económica y Social mediante el Decreto 4333 de 2008, los departamentos de Putumayo, Nariño, Cauca, Caquetá y Huila”.

considerada. Es decir, con los requisitos que deben reunir los préstamos que otorguen y desembolsen los establecimientos de crédito y las cooperativas autorizadas para el ejercicio de la actividad financiera, tal como se realiza y expresamente se indica en el artículo 2° de la Resolución cuando dispone: “(...) *tendrán acceso a los incentivos previstos en el Decreto 4591 de 2008, **siempre y cuando las operaciones reúnan las siguientes condiciones:** a) No se generará comisión de microcrédito; b) El plazo será definido por la respectiva entidad, teniendo en cuenta la capacidad de pago del solicitante”.*

De otro lado, si se entendiera que entre los requisitos para acceder a los beneficios se encontraba el de indicar las ‘regiones afectadas’, tal señalamiento debía sujetarse -o simplemente entenderse- según lo dispuesto en el Decreto 4333 de 2008 en desarrollo del cual se expidió el Decreto 4591 de 2008, que se reglamenta con la Resolución 5800 de 2008.

Lo anterior por cuanto el Decreto 4333 de 2008 “*Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social*” en el artículo 1° dispuso:

ARTICULO 1°. *Con el fin de conjurar la situación a que hace referencia la parte motiva del presente decreto, declárase el Estado de Emergencia en todo el Territorio Nacional, por el término de treinta (30) días, contados a partir de la fecha de esta declaratoria. (Subrayas y Negrillas fuera de texto).*

En efecto, de los considerandos del Decreto 4333 de 2008 se destacan los siguientes:

“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 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;*

(...)” (Negrillas fuera de texto).

En el mismo sentido debe destacarse que en el informe motivado que el Gobierno presentó ante el Congreso, en el que se expusieron las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas⁵, se señaló:

*“No obstante, la existencia de la prohibición y la adopción de distintas acciones y medidas por parte de las autoridades administrativas y judiciales, venían proliferando de manera desbordada **en todo el país** distintas modalidades de captación o recaudo masivo realizadas bajo sofisticados sistema que dificultaron la intervención de dichas autoridades.*

(...)

*Para la época de la expedición de las normas dictadas al amparo de la Emergencia Social existían más de 200 captadores o recaudadores no autorizados **ubicados en 12 departamentos**. Es decir una tercera parte de los departamentos del país se encontraban afectados por este fenómeno⁶, de los cuales, **los más golpeados por ésta situación fueron: Nariño, Cauca, Valle, Norte de Santander y Putumayo.**”*

(Negrillas fuera de texto)

Entonces, de la lectura integral de los considerandos y fundamentación de la declaración de Emergencia contenida en el Decreto 4333 de 2008, se advierte que si bien los hechos que dieron lugar a la misma se presentaron en determinados departamentos del país como el mismo Gobierno lo precisa, el Estado de Emergencia cobijó a todo el territorio nacional, sin especificar determinadas zonas o regiones concretas del país.

Y aunque en la sustentación del Decreto de Emergencia Social se sostiene que de los 12 Departamentos en los que se presentaba el fenómeno de recaudación o captación ilegal, *los más afectados* son Nariño, Cauca, Valle, Norte de Santander y Putumayo, no puede entenderse que sólo a aquéllos pueden encaminarse las medidas para conjurar la crisis, pues ello no excluye que la situación que dio origen a la declaración de Emergencia, también se hubiera presentado en los

⁵ En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 215 inciso 5° de la Constitución Política. El informe fue allegado como antecedente de la Resolución 5800 de 2008.

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

demás departamentos que se mencionan en el referido informe, los que de manera coherente con los hechos que motivaron la Emergencia Social y Económica, igualmente serían destinatarios de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional para conjurar la crisis⁷.

Lo anterior no impide que las medidas que haya adoptado el Gobierno Nacional para conjurar la crisis y evitar la expansión de sus efectos⁸, **se focalicen o dirijan a determinadas regiones** en las que se presentó el fenómeno de captación ilegal de recursos del público con mayores efectos, pero lo que no puede aceptarse es que por vía del acto que se analiza se limite el alcance y ámbito de aplicación de la declaratoria de Emergencia Social y Económica, máxime si se advierte que en el *sub examine*, en el artículo 1° de la Resolución 5800 de 2008, objeto del control de legalidad, se modificaron las regiones que según el Gobierno Nacional, fueron *las más afectadas* con los hechos que dieron origen a la Emergencia, como es el caso de los departamentos de Norte de Santander que se excluye y Huila que se incluye, sin que tal decisión se haya sustentado.

En consecuencia, la Sala comprueba exceso en el acto de carácter general que se profirió para aplicar el Decreto Legislativo por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por lo que se procederá a declarar la nulidad del artículo 1° de la Resolución 5800 de diciembre 16 de 2008 pues no se ajusta a derecho.

3.2. Artículo 2°.

De la lectura integral del artículo 2° de la Resolución 5800 de 2008 se advierte que ahí se consagran dos condiciones para acceder a los incentivos previstos en el Decreto 4591 de 2008, las cuales deben ser cumplidas por los establecimientos de crédito, las cooperativas autorizadas para adelantar actividad financiera y las organizaciones no gubernamentales de que trata el artículo 10A del Decreto 4705 de 2008, que desembolsen créditos en las regiones afectadas por los hechos que dieron origen a la declaratoria del Estado de Emergencia Social mediante el Decreto 4333 de 2008.

⁷ Además, por vía de ejemplo, resulta un hecho notorio (art. 177 C.P.C.), que en Bogotá tuvo un gran efecto el fenómeno de la captación masiva de recursos del público y fue incluida por el Gobierno Nacional como una de las ciudades *más golpeadas* por tal situación, y sin embargo es excluida de las “regiones afectadas” por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

⁸ Artículo 10 de la Ley 137 de 1994. *Finalidad. Cada una de las medidas adoptadas en los decretos legislativos deberá estar directa y específicamente encaminada a conjurar a las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos.*

Las condiciones establecidas se circunscriben a que en las operaciones de crédito: i) *no se generará comisión de microcrédito* y ii) *el plazo será definido por la respectiva entidad, teniendo en cuenta la capacidad de pago del solicitante.*

Para la Sala resulta evidente, que la disposición en comento constituye el desarrollo de la facultad expresa que el parágrafo 1° del artículo 2° del Decreto 4591 de 2008 radicó en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por cuanto en ella se determinan presupuestos para las operaciones de crédito que el Gobierno Nacional pretende incentivar mediante el citado Decreto, por lo que resulta ajustada a derecho.

Ahora bien, como se había advertido, el artículo 2° de la Resolución 5800 de 2008, incluye como entidades destinatarias de los beneficios previstos en el Decreto 4591 de 2008 y, por ende, de las condiciones contenidas en el acto objeto del presente control, a las organizaciones no gubernamentales previstas en el artículo 10A del Decreto 4705 de 2008, éste último declarado inexecutable en su totalidad por la Corte Constitucional en la sentencia C-283 de 2009, en razón de que fue expedido en desarrollo del Decreto 4704 de 2008 declarado a su vez inexecutable⁹ con fundamento en la falta de motivación, que es exigida por el inciso 2° del artículo 215 de la Constitución Política.

Teniendo en cuenta que la Corte Constitucional no precisó los efectos de la sentencia C-283 de 2009, debe entenderse que se producen hacia el futuro¹⁰ y, por lo tanto, sólo a partir de su notificación, por lo que el Decreto 4705 de 2008, surtió efectos entre la fecha de su expedición¹¹ y la declaratoria de inexecutable.

En tales condiciones, la Sala estima necesario indicar que para efectos del control de legalidad al cual se somete la Resolución, debe tenerse en cuenta que aquél se realiza en relación con el momento en que fue expedido el acto y hasta que desapareció su fundamento legal, por lo que la declaratoria de inexecutable no impide al Consejo de Estado realizar un pronunciamiento de fondo, máxime cuando ello afecta una expresión dentro del artículo 2° de la Resolución 5800 de

⁹ C-254 del 2009

¹⁰ Artículos 45 de la Ley 270 de 1996 y 21 del Decreto 2067 de 1991.

¹¹ 15 de diciembre de 2008

2008 que es objeto de estudio y que sólo tiene incidencia para determinar uno de los destinatarios de las condiciones que allí se establecen.

Por consiguiente, como el Decreto 4705 del 2008 no es objeto del presente control de legalidad y la Sala no tiene competencia para analizar sus fundamentos, simplemente declarará ajustado a derecho el artículo 2° de la Resolución 5800 del 2008 y en cuanto a la expresión “*y las organizaciones no gubernamentales de que trata el artículo 10A del Decreto 4705 de 2008*”, se estará a la declaratoria de inexequibilidad del mencionado Decreto.

En mérito a lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE :

1. **DECLARASE** la nulidad del artículo 1° de la Resolución 5800 del 16 de diciembre de 2008 expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
2. **DECLARASE** la legalidad del artículo 2° de la Resolución 5800 del 16 de diciembre de 2008 expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, salvo la expresión “*y las organizaciones no gubernamentales de que trata el artículo 10A del Decreto 4705 de 2008*”, respecto de la cual la Sala se estará a la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 4705 de 2008.

Cópiese, Publíquese, Comuníquese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Archívese.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en su sesión de la fecha.

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Presidente

**VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
MONSALVE**

GERARDO ARENAS

**HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS
VALENCIA**

MARTHA TERESA BRICEÑO DE

**SUSANA BUITRAGO VALENCIA
PALACIO**

RUTH STELLA CORREA

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

**MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR
ARANGUREN**

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ

**WILLIAM GIRALDO GIRALDO
PINZON**

MARIA NOHEMI HERNANDEZ

**FILEMON JIMENEZ OCHOA
PAEZ**

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE

**MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO
DIAZ**

HECTOR J. ROMERO

**RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
TOBON**

MARTHA SOFIA SANZ

**MAURICIO TORRES CUERVO
RINCON**

ALFONSO VARGAS

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
QUINTERO**

LUIS RAFAEL VERGARA