

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D. C., nueve (9) de diciembre de dos mil nueve (2009)

Radicación numero: 11001-03-15-000-2009-00732-00(CA)

Actor: GOBIERNO NACIONAL

Demandado: DECRETO 1910 DE 2009

La Presidencia de la República, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, mediante oficio, remitió copia debidamente autenticada del Decreto 1.910 de 2009, con el fin de que esta Corporación realice el correspondiente control de legalidad.

I. TEXTO DEL DECRETO MATERIA DE REVISION

El contenido del decreto objeto de control es el siguiente:

“DECRETO 1910 DE 2009

“(27 MAY 2009)

“Por medio del cual se reglamenta parcialmente el Decreto 4334 de 2008, la Ley 1116 de 2006, y el artículo 2º del Decreto 4591 de 2008 y se dictan otras disposiciones

“EI PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

”En uso de las facultades constitucionales y legales, especialmente las que le confieren el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en consonancia con lo dispuesto por el artículo 15 del Decreto 4334 de 2008.

“DECRETA

”CAPITULO I

“TOMA DE POSESIÓN PARA DEVOLVER Y LIQUIDACIÓN JUDICIAL

”ARTÍCULO 1º.- Sujetos de Intervención. La Superintendencia de Sociedades, ordenará la toma de posesión para devolver o la liquidación judicial, a los sujetos

descritos en el artículo 5º del Decreto 4334 de 2008, medidas que, en relación con los sujetos vinculados, operarán también respecto de la totalidad de sus bienes, los que quedarán afectos a la devolución del total de las reclamaciones aceptadas en el proceso o procesos. Los agentes interventores procurarán colaborar y coordinar sus actuaciones y los conflictos que surjan entre ellos serán resueltos por la Superintendencia de Sociedades.

“ARTÍCULO 2º._ Medidas Precautelativas. Para la ejecución de las medidas de intervención de que trata el Decreto 4334 de 2008, las Superintendencias de Sociedades y Financiera de Colombia, comunicarán a los comandantes de policía las órdenes impartidas en los términos del parágrafo 3º del artículo 7º y numeral 4 del artículo 9º del Decreto 4334 de 2008, por conducto del alcalde municipal o distrital de que se trate y en concordancia con las funciones atribuidas a dichos funcionarios mediante el Decreto 4335 de 2008.

”Parágrafo. Si en ejecución de las medidas de que trata este artículo se aprehendiera, recuperara o incautara dinero en efectivo, en la misma providencia se ordenará consignarlo en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Agrario a órdenes de la Superintendencia de Sociedades y a nombre del sujeto de la medida precautelativa. Una vez ordenada la medida de intervención, se pondrá a disposición si es del caso, del Agente Interventor.

”ARTÍCULO 3º._ Remisión de Reclamaciones y de Bienes. Cualquier autoridad que reciba o haya recibido solicitud de reclamación, indemnización, pago o equivalente, relacionada con los dineros entregados a los sujetos intervenidos, o que en virtud de actuaciones administrativas o judiciales, tenga a cualquier título bienes de propiedad o aprehendidos a los sujetos intervenidos, deberán remitirlos al Agente Interventor, o al liquidador según corresponda, quien en aplicación del procedimiento dispuesto en el artículo 10º del Decreto 4334 de 2008, será el único competente para resolver acerca de las reclamaciones y de efectuar el inventario, en desarrollo del principio de universalidad del proceso de toma de posesión para devolver o del de liquidación judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto 4334 de 2008 y en el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006.

“Parágrafo 1º. De acuerdo con la ley, los recursos de los sujetos en proceso de toma de posesión para devolver o en proceso de liquidación, serán inembargables y no estarán sometidos a medidas diferentes a las adoptadas por la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de las facultades jurisdiccionales, sin perjuicio de las medidas ordenadas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

”Parágrafo 2º. Cuando los bienes que se entreguen se encuentren a nombre de personas diferentes a los sujetos a los que se refiere el artículo 5º del Decreto 4334 de 2008, el tercero titular del bien que realice la entrega otorgará un poder, mediante documento privado reconocido ante notario o ante una autoridad jurisdiccional, a favor del Agente Interventor, que lo faculte para realizar los actos de disposición frente al bien objeto de la entrega. lo anterior, sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia de Sociedades para adoptar las medidas de que trata el numeral 3º del artículo 9º del Decreto 4334 de 2008.

”ARTÍCULO 4º._ Bienes distintos a sumas de Dinero de los intervenidos. El

Agente Interventor elaborará un inventario valorado de los bienes distintos a sumas de dinero, afectos a las devoluciones, el cual será aprobado por la Superintendencia de Sociedades.

"Para la presentación y aprobación del inventario valorado de los bienes distintos a sumas de dinero, en los procesos de toma de posesión para devolver, se aplicará en lo pertinente, lo dispuesto para el proceso de liquidación judicial de la Ley 1116 de 2006 y sus disposiciones reglamentarias, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 15° del Decreto 4334 de 2008.

"Parágrafo 1°. El término para la presentación del inventario valorado de que trata este artículo, será hasta de quince (15) días hábiles siguientes a la fecha en que quede en firme la providencia que contiene las solicitudes de devolución aceptadas a que se refiere el literal d) del artículo 10° del Decreto 4334 de 2008. En este caso, no habrá lugar a la celebración de audiencias de que trata la Ley 1116 de 2006.

"Parágrafo 2°. Para el caso de aquellas intervenciones en las que, para la fecha de publicación del presente decreto, ya se encontraba en firme la providencia que contiene las solicitudes de devolución aceptadas a que se refiere el literal d) del artículo 10° del Decreto 4334 de 2008, pero aún no se había presentado el inventario, el término para la presentación del inventario valorado de que trata este artículo, será de hasta quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto.

"ARTÍCULO 5°._ Actos de Conservación de los bienes. El Agente Interventor, en ejercicio de las facultades otorgadas por el numeral 1° del artículo 9° del Decreto 4334 de 2008, deberá efectuar todos los actos de conservación de los bienes del intervenido.

"Cuando sea necesaria la prestación de un servicio público para la conservación de los activos, la Superintendencia de Sociedades podrá ordenar su prestación inmediata por tiempo definido, en los términos establecidos en el artículo 73 de la Ley 1116 de 2006, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15° del Decreto 4334 de 2008.

"Parágrafo. En desarrollo de las facultades de representación legal o de administración de que trata el numeral 1° del artículo 9° del Decreto 4334 de 2008, el Agente Interventor podrá, una vez aprehendidos, enajenar los bienes perecederos o aquellos que se estén deteriorando o amenacen deteriorarse. La enajenación se efectuará sin necesidad de avalúo, en las mejores condiciones de mercado y por el medio que considere más expedito.

"Una vez realizados los bienes, el Agente Interventor deberá informar de ello a la Superintendencia de Sociedades.

"ARTÍCULO 6°._ Terminación de contratos. En ejercicio de las facultades otorgadas al Agente Interventor, en especial la establecida en el numeral 12° del artículo 9° del Decreto 4334 de 2008, éste podrá terminar, entre otros, los contratos de trabajo, sin desmedro del derecho a las indemnizaciones a favor de los trabajadores, de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, para lo cual, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, no se requerirá autorización administrativa o judicial

alguna, quedando dichos derechos como acreencias sujetas a las reglas del concurso liquidatorio.

“ARTÍCULO 7º._ Providencia que ordena la ejecución. Una vez resueltos los recursos de que trata el literal D del artículo 10º del Decreto 4334 de 2008, el Agente Interventor solicitará a la Superintendencia de Sociedades, en su carácter de juez del proceso de toma de posesión para devolver, que mediante providencia judicial apruebe y autorice la ejecución de los pagos de las devoluciones aceptadas por el Agente Interventor. La Superintendencia de Sociedades atenderá la solicitud dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción.

”Parágrafo. Para el caso de aquellas intervenciones en las que, para la fecha de publicación del presente decreto, se hubiere presentado a la Superintendencia de Sociedades la providencia que contiene las solicitudes de devolución aceptadas a que se refiere el literal d) del artículo 10º del Decreto 4334 de 2008, en vigencia del artículo 12º del Decreto 4705 de 2008, y ésta no la hubiere aprobado o la hubiere devuelto, a partir de la vigencia de este decreto dicha superintendencia, en su carácter de juez del proceso de toma de posesión, procederá a su aprobación y ordenará su ejecución de conformidad con lo establecido en el presente artículo.

”ARTÍCULO 8º.- Rendición de Cuentas del Agente Interventor. 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 10º 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 12º 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.

”ARTÍCULO 9º.- Finalidad de la Liquidación Judicial como medida de intervención. El proceso de liquidación judicial, como medida de intervención, persigue la liquidación pronta y ordenada del patrimonio del intervenido, mediante la enajenación o adjudicación de los bienes y su aplicación, en primera medida, a las devoluciones aceptadas insolutas, hasta concurrencia del valor de las mismas.

”Para los procesos de toma de posesión para devolver, liquidación judicial como medida de intervención, reorganización y liquidación judicial, la solicitud de inicio del proceso o la intervención de las personas objeto de recaudo no autorizado y los acreedores en los mismos, podrá hacerse directamente o a través de abogado,

de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 11 de la Ley 1116 de 2006.

"Parágrafo 1°. Podrá ser designado por el Superintendente de Sociedades, como liquidador, el Agente Interventor que hubiera adelantado el proceso de toma de posesión para devolver. Para los procesos de liquidación judicial como medida de intervención, no se aplicará para la designación del liquidador el artículo 67 de la Ley 1116 de 2006.

"Parágrafo 2°. La Superintendencia de Sociedades podrá solicitar, como crédito quirografario, en el proceso de liquidación judicial de los sujetos intervenidos, la devolución de los recursos aplicados a los honorarios de los Agentes Interventores y a los gastos propios de la intervención, trasladados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a dicha superintendencia, en vigencia del artículo 2° del Decreto 4705 de 2008 y los correspondientes al fondo cuenta.

"ARTÍCULO 10°. - Audiencias. En el trámite de Liquidación Judicial como medida de intervención, no se aplicará lo pertinente a la celebración de audiencias de que trata la Ley 1116 de 2006 y, en su lugar, la Superintendencia de Sociedades expedirá las providencias correspondientes, las cuales serán notificadas por estado y contra ellas procederá el recurso de reposición de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil.

"ARTÍCULO 11.- Inventario en la Liquidación Judicial. El trámite de liquidación judicial como medida de intervención, no incluirá el procedimiento de presentación y aprobación del inventario valorado, según lo dispuesto en el artículo 4° de este decreto, salvo que terminado el proceso de toma de posesión para devolver aparezcan nuevos bienes.

"ARTÍCULO 12.- Enajenación de activos y Adjudicación. El plazo para enajenación de los activos de que trata el artículo 57 de la Ley 1116 de 2006, se contará a partir de la posesión del liquidador y hasta dos (2) meses después, sin que al nuevo adquirente se le puedan hacer exigibles las obligaciones que pesen sobre los bienes adquiridos y, para todos los efectos, se entenderán libres de todo gravamen u obligación, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 58 de la misma ley.

"Vencido el término anterior, el liquidador informará el resultado de la enajenación y presentará el proyecto de Adjudicación a la Superintendencia de Sociedades, la cual procederá a expedir la providencia de que trata el último inciso del artículo 57 de la Ley 1116 de 2006, siguiendo las reglas establecidas en el artículo 58 de la misma ley, en la cual ordenará la adjudicación del dinero y de los bienes a las devoluciones aceptadas insolutas determinadas en la rendición de cuentas del proceso de toma de posesión para devolver, hasta concurrencia del valor de las mismas, según la propuesta presentada por el liquidador.

"Cumplido el procedimiento anterior, la Superintendencia de Sociedades ordenará la publicación del aviso de que trata el artículo 48 de la Ley 1116 de 2006, para que los acreedores se presenten al proceso de liquidación y comparezcan las personas objeto de recaudo no autorizado que no se hubieren presentado al proceso de toma de posesión para devolver, para continuar el proceso de liquidación judicial previsto en la Ley 1116 de 2006.

"En la liquidación judicial se tendrá en cuenta que los recursos deberán aplicarse, en primer lugar, a las reclamaciones reconocidas, no presentadas en tiempo en el

proceso de toma de posesión para devolver y presentadas en el proceso de liquidación judicial, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 7º del Decreto 4334 de 2008 y, en segundo lugar, a los acreedores reconocidos y admitidos distintos de las reclamaciones.

“Párrafo 1º. El liquidador podrá, con la autorización de la Superintendencia de Sociedades y en atención a la naturaleza de los bienes objeto de la adjudicación, constituir patrimonios autónomos receptores de las adjudicaciones, u otros mecanismos, con la finalidad de que continúen las enajenaciones o su administración en las condiciones establecidas en los respectivos contratos, cuyos costos serán con cargo a dichos bienes.

”En todo caso, los derechos fiduciarios correspondientes serán cedidos a los beneficiarios de la adjudicación, antes de la terminación del proceso de liquidación.

”Párrafo 2º. En los procesos liquidatorios que no cuenten con dinero o bienes para efectuar la adjudicación, no se dará aplicación a lo dispuesto en el presente artículo, caso en el cual, la Superintendencia de Sociedades aplicará el procedimiento de la Ley 1116 de 2006, ordenando en primer término la publicación del aviso de que trata el artículo 48 de dicha ley.

”Para efectos del artículo 63 de Ley 1116 de 2006, debe entenderse que el proceso de liquidación judicial termina también en aquellos casos en que por ausencia de bienes no es posible realizar una adjudicación. En este evento, la terminación se producirá una vez se encuentre en firme la providencia de calificación, graduación y determinación de derechos de voto.

“CAPITULO II ”PLANES DE DESMONTE VOLUNTARIOS

”ARTÍCULO 13.- Planes de Desmote Voluntarios. Corresponde a las Superintendencias de Sociedades y Financiera de Colombia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4334 de 2008, según el caso y a prevención, aprobar los planes de desmote 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.

”La información suministrada por el captador deberá estar soportada en su contabilidad, llevada de acuerdo con los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia. Para los casos en que no exista contabilidad o en los que la misma no se ajuste a los principios o normas citados, el captador deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que la información reportada para efectos del plan de desmote se ajusta a la realidad económica de las operaciones realizadas.

”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, las Superintendencias deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar la publicidad de la propuesta, así como la efectividad de la misma.

”Para otorgar la autorización las Superintendencias deberán verificar que el plan cumple con:

“a) Un porcentaje de aprobación equivalente al 75% de las personas afectadas por la captación o recaudo no autorizado por la ley,

”b) Evidencia de que la negociación ha tenido suficiente publicidad,

“c) Otorga los mismos derechos a todos los afectados

”d) No incluye cláusulas ilegales o abusivas,

”e) Cumple con los preceptos legales

”Una vez autorizado el plan, será de obligatorio cumplimiento para la totalidad de personas afectadas por la captación o recaudo no autorizado por la ley.

”las Superintendencias de Sociedades y Financiera de Colombia, informarán a la Fiscalía General de la Nación de la autorización y el resultado de la ejecución de los planes de desmonte, para lo de su competencia.

“Parágrafo: Ante la inobservancia del plan de desmonte aprobado en los términos de este artículo, se informará de ello a la Superintendencia que hubiere aprobado el plan, para que declare el incumplimiento. En este evento, corresponde a la Superintendencia de Sociedades decretar la apertura de la liquidación judicial, sin perjuicio de las actuaciones administrativas y penales a que hubiere lugar.

”la Superintendencia de Sociedades, en el marco del proceso de toma de posesión para devolver, podrá aprobar el plan de desmonte de que trata este artículo.

“CAPITULO III

”REVOCATORIA Y RECONOCIMIENTO DE INEFICACIA

”ARTÍCULO 14.- Acción Revocatoria y Reconocimiento de los Presupuestos de Ineficacia. las acciones revocatorias y de reconocimiento de los presupuestos de ineficacia, se tramitarán de conformidad con lo establecido en los artículos 74, 75 y 76 de la Ley 1116 de 2006 y procederán durante el trámite del proceso de toma de posesión para devolver o de liquidación judicial.

”la acción revocatoria como medida de intervención, podrá también interponerse por el Agente Interventor o por cualquier reclamante del proceso de toma de posesión para devolver.

”Parágrafo 1°. las acciones referentes a daciones en pago y a los actos de disposición a título gratuito, podrán ser iniciadas por la Superintendencia de Sociedades en los procesos de toma de posesión para devolver y se tramitarán como incidente de conformidad con el artículo 8 de la Ley 1116 de 2006.

”Parágrafo 2°. En los casos en que las acciones revocatorias sean interpuestas por los reclamantes del proceso de toma de posesión para devolver, estos tendrán derecho a la recompensa de que trata el parágrafo del artículo 74 de la Ley 1116 de 2006.

”Parágrafo 3°. Para los efectos de este decreto, quien interponga la acción de que

trata el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006, deberá allegar prueba siquiera sumaria del acto o negocio realizado por el intervenido, so pena de rechazo.

"CAPITULO IV "OTRAS DISPOSICIONES

"ARTÍCULO 15.- Operaciones de crédito. las organizaciones no gubernamentales que otorguen microcrédito gozarán de los beneficios previstos en el artículo 2° del Decreto 4591 de 2008.

"ARTÍCULO 16.- Responsabilidades de Agente Interventor. las responsabilidades de los agentes interventores, como representantes legales de la entidad intervenida, referidas a asuntos fiscales, parafiscales, aduaneros, cambiarios o derivados de tasas y contribuciones nacionales o territoriales, se limitarán al tiempo durante el cual ejerzan el cargo. Por lo tanto, los agentes interventores no serán responsables de las obligaciones pendientes de cumplir por las entidades intervenidas al momento de adoptarse dicha medida, ni tampoco cuando por fuerza mayor o caso fortuito no pudiesen cumplir con las mismas en el proceso de intervención.

"ARTÍCULO 17.- Normas de aplicación en el tiempo de las reglas de procedimiento. lo dispuesto en el presente decreto se aplicará a los procesos en curso, sin perjuicio de que los recursos interpuestos y los términos que hubiesen comenzado a correr, se rijan por la ley vigente cuando se interpuso el recurso, o empezó a correr el término.

"ARTÍCULO 18.- Mecanismos de Cooperación y Coordinación Judicial. La Superintendencia de Sociedades podrá hacer uso de los mecanismos de cooperación y coordinación judicial establecidos en el régimen de insolvencia transfronteriza establecido en la Ley 1116 de 2006 y en los tratados internacionales vigentes para Colombia.

"ARTÍCULO 19.- Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

"PUBLÍQUESE

Y

CÚMPLASE

"Dado en Bogotá D.C., a 27 mayo 2009

"OSCAR IVÁN ZULUAGA ESCOBAR
"Ministro de Hacienda y Crédito Público

"LUÍS GUILLERMO PLATA PÁEZ
"Ministro de Comercio, Industria y Turismo."

II. ANTECEDENTES.

1. La declaratoria del Estado de Emergencia Social.

Con motivo de la difícil situación financiera generada en el país por las popularmente denominadas “pirámides”, en virtud de las cuales una buena parte de la población colombiana, con especial énfasis en unas regiones, invertía sus recursos en este tipo de organizaciones, con la expectativa de obtener utilidades o rentabilidades sustancialmente superiores a las que el sistema financiero ofrece normalmente, el Gobierno Nacional, invocando el artículo 215 de la Constitución Política¹, expidió el decreto legislativo No. 4333 de 2008, por medio del cual decretó el Estado de Emergencia Social en el territorio nacional, aduciendo:

¹ “Artículo 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

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

“Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

“El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término.

“El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas.

“El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo.

“El Congreso, si no fuere convocado, se reunirá por derecho propio, en las condiciones y para los efectos previstos en este artículo.

“El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia.

“El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo.

“Parágrafo. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquélla decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.”

“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 dejando a muchos de los afectados en una precaria situación económica, comprometiendo así la subsistencia misma de sus familias, lo cual puede devenir en una crisis social;

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

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

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

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

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

Este decreto, con fundamento en el párrafo del art. 215 CP., fue controlado de manera automática por la Corte Constitucional², quien lo declaró exequible, a través de la sentencia C-135 de 2009.

Como consecuencia de la declaratoria del Estado de Emergencia, el Gobierno desarrolló dicho estado de excepción, para lo cual ha expedido, entre otros, los decretos 4334, 4591 y 4705 de 2008 –suscritos por el Presidente de la República con todos los Ministros-, los cuales establecen que:

DECRETO NUMERO 4334 DE 2008

(noviembre 17)

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

² Dispone la norma citada: “Parágrafo. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquélla decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional apprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.”

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

CONSIDERANDO:

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

DECRETA:

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

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

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

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

Artículo 5°. *Sujetos.* Son sujetos de la intervención las actividades, negocios y operaciones de personas naturales o jurídicas, nacionales o

extranjeras, establecimientos de comercio, sucursales de sociedades extranjeras, representantes legales, miembros de juntas directivas, socios, factores, revisores fiscales, contadores, empresas y demás personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente, distintos a quienes tienen exclusivamente como relación con estos negocios el de haber entregado sus recursos.

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

Artículo 7°. *Medidas de intervención.* En desarrollo de la intervención administrativa, la Superintendencia de Sociedades podrá adoptar las siguientes medidas:

- a) La toma de posesión para devolver, de manera ordenada, las sumas de dinero aprehendidas o recuperadas;
- b) La revocatoria y reconocimiento de ineficacia de actos y negocios jurídicos, celebrados con antelación a la toma de posesión;
- c) La devolución de bienes de terceros, no vinculados a la actividad no autorizada,
- d) En caso de que a juicio de la Superintendencia se presente una actividad con la cual se incurra en alguno de los supuestos descritos en el presente decreto, por parte de una persona natural o jurídica y ésta manifieste su intención de devolver voluntariamente los recursos recibidos de terceros, esta Entidad podrá autorizar el correspondiente plan de desmonte. En el evento que dicho plan se incumpla se dispondrá la adopción de cualquiera de las medidas previstas en este decreto, sin perjuicio de las actuaciones administrativas y penales a que hubiere lugar;
- e) La suspensión inmediata de las actividades en cuestión, bajo apremio de multas sucesivas, hasta de dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. Esta medida se publicará en un diario de amplia circulación nacional indicando que se trata de una actividad no autorizada;
- f) La disolución y liquidación judicial de la persona jurídica o de cualquier contrato u otra forma de asociación que no genere personificación jurídica, ante la Superintendencia de Sociedades, independientemente a que esté incurso en una situación de cesación de pagos.
- g) La liquidación judicial de la actividad no autorizada de la persona natural sin consideración a su calidad de comerciante;
- h) Cualquier otra que se estime conveniente para los fines de la intervención.

Parágrafo 1°. La providencia que ordena las medidas anteriores surte efectos desde su expedición y se ordenará su inscripción en el registro de la Cámara de Comercio del domicilio principal del sujeto de intervención, de

sus sucursales y agencias, y contra la misma no procederá recurso alguno.

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

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

Parágrafo 4°. La Superintendencia de Sociedades o el agente interventor podrán celebrar los convenios que consideren necesarios para el ejercicio de las funciones señaladas en este decreto.

Artículo 8°. *Providencia que ordena la toma de posesión.* Si los alcaldes informan a la Superintendencia de Sociedades sobre la necesidad de adopción de medidas establecidas en el artículo 7° de este decreto, esta entidad consultará la base de datos de las Superintendencias Financiera y de Economía Solidaria, si se encuentra autorizada la persona jurídica objeto de intervención.

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

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

Artículo 9°. *Efectos de la toma de posesión para devolución.* La toma de posesión para devolución conlleva:

1. El nombramiento de un agente interventor, quien tendrá a su cargo la representación legal, si se trata de una persona jurídica, o la administración de los bienes de la persona natural intervenida y la realización de los actos derivados de la intervención que no estén asignados a otra autoridad.
2. La remoción de los administradores y revisor fiscal, salvo que en razón de las circunstancias que dieron lugar a la intervención, la Superintendencia decida no removerlos.
3. Las medidas cautelares sobre los bienes del sujeto intervenido y la orden de inscripción de la medida en la Cámara de Comercio del domicilio principal y de sus sucursales, si las hubiere, respecto de aquellos sujetos a esa formalidad.
4. La inmediata guarda de los bienes, libros y papeles de la persona natural o jurídica intervenida, para lo cual tendrá las facultades necesarias para impartir las órdenes pertinentes a la fuerza pública, incluso previas a la diligencia de toma de posesión.

5. La congelación de cualquier activo y a cualquier título en instituciones financieras de la persona intervenida, los cuales quedarán a disposición inmediata del agente interventor, quien podrá disponer de los mismos para los fines de la intervención.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 10. *Devolución inmediata de dineros.* Este procedimiento se aplicará por la Superintendencia de Sociedades cuando previamente haya decretado la toma de posesión. En este caso se aplicará el siguiente procedimiento:

a) Dentro de los dos (2) días siguientes a la expedición de la providencia de toma de posesión, el Agente Interventor publicará un aviso en un diario de amplia circulación nacional, en el cual se informe sobre la medida de intervención, o por cualquier medio expedito. Así mismo, la Superintendencia de Sociedades fijará en su página web copia de la providencia;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Parágrafo 2°. Los días señalados en el presente procedimiento se entenderán comunes.

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

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

Artículo 12. *Declaratoria de terminación de la toma de posesión para devolución.*

Efectuados los pagos el Agente Interventor informará de ello a la Superintendencia de Sociedades y presentará una rendición de cuentas de su gestión.

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

Artículo 13. *Actuaciones en curso en la Superintendencia Financiera de Colombia.* Las actuaciones en curso que viene conociendo la Superintendencia Financiera se someterán a las siguientes reglas:

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

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

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

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

Artículo 14. *Actuaciones remitidas a jueces civiles de circuito.* Las actuaciones remitidas a los jueces civiles de circuito por la Superintendencia Financiera de Colombia, en donde no se hubiere avocado conocimiento, trasladados con ocasión de lo previsto en el decreto 1228 de 1996, deberán ser enviadas a la Superintendencia de Sociedades para que asuma competencia en los términos de este decreto.

Artículo 15. *Remisiones.* En lo no previsto en el presente decreto, se aplicarán, en lo pertinente, supletivamente las reglas establecidas en el

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para la toma de posesión y en el Régimen de Insolvencia Empresarial.

Artículo 16. *Vigencia y derogatorias*. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

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

Esta norma, con fundamento en el párrafo del art. 215 CP., también fue controlada automáticamente por la Corte Constitucional, quien la declaró exequible, aunque algunos artículos de manera condicionada, a través de la sentencia C-145 de 2009. No obstante, previa verificación hecha por el Despacho del Magistrado Ponente, a la fecha de esta decisión se desconoce el texto, y se informa que se encuentra en firmas la providencia, de allí que sólo se ha expedido un comunicado, en el siguiente sentido:

“COMUNICADO DE PRENSA No. 12 DE 2009

“La Corte Constitucional, en la sesión de la Sala Plena celebrada el día **12 de marzo de 2009**, adoptó las siguientes decisiones:

“1. EXPEDIENTE RE-137. SENTENCIA C-145/09

Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

“1.1. Norma revisada:

Decreto 4334 de 2008, *“Por el cual se expide un procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008”*.

“1.2. Decisión.

“Primero. Declarar INEXEQUIBLE el literal h) del artículo 7º del Decreto 4334 de 2008.

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

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

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

potencialidad de incidir contra el orden social y amenazar el orden público.

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

“Sexto. Declarar EXEQUIBLES todas las demás disposiciones del Decreto 4334 de 2008, en el entendido de que su ámbito de aplicación, en procura de conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, recae directa y específicamente sobre actividades de captación masiva y habitual no autorizada de recursos del público, con potencialidad de incidir contra el orden social y amenazar el orden público.

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

“1.3. Razones de la decisión.

“La Corte señaló que los decretos legislativos de desarrollo deben estar destinados a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos, cumpliendo los lineamientos señalados en el artículo 215 de la Constitución Política y en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción (Ley 137 de 1994). Además, han de guardar relación directa y específica con la declaración del estado de emergencia. Expuso que las medidas adoptadas deben encaminarse a solucionar el fenómeno de la captación masiva y habitual de recursos del público sin la debida autorización legal. De esta manera, procedió a verificar el cumplimiento de cada uno de los presupuestos para el examen de constitucionalidad, resaltando que la determinación de intervención debe estar sustentada y desarrollada con observancia de las garantías del debido proceso.

“1.4. Salvó parcialmente el voto el magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA respecto a las medidas que puede tomar la Superintendencia de Sociedades porque la órbita de competencias se sigue ampliando en forma desmesurada –artículos 7º y ss. del Decreto-, en desmedro del juez natural violando el artículo 116 de la Constitución. También, **aclaró el voto** en cuanto a la permanencia en el Decreto de expresiones imprecisas, vagas y subjetivas en las otras normas que se declaran ajustadas a la Constitución Política.”

Posteriormente se expidió el decreto 4704 de 2008 –suscrito por el Presidente y todos los Ministros-, por medio del cual se prorrogó la vigencia del Estado de Emergencia Social, el que también tiene fuerza de ley, pero al ser controlado por la Corte Constitucional fue declarado inexecutable. De esta sentencia tampoco existe a la fecha de expedición de la decisión texto escrito, pero según el comunicado de prensa de la misma Corte Constitucional:

“COMUNICADO No. 17

“La Corte Constitucional, en la sesión de la Sala Plena celebrada el día 2 de abril de 2009, adoptó entre otras, las siguientes decisiones:

“1. EXPEDIENTE RE-145 - SENTENCIA C-254/09
Magistrado ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla

“1.1. Norma revisada

“DECRETO 4704 DE 2008
(diciembre 15)

”Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social por un período de treinta (30) días

“El Presidente de la República de Colombia,

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

“CONSIDERANDO:

“1.2. Decisión

Declarar INEXEQUIBLE el Decreto Legislativo 4704 de 2008, “Por el cual se declara el estado de emergencia social por un periodo de treinta (30) días”.

“1.3. Razones de la decisión

Para la Corte el nuevo decreto declaratorio de estado de emergencia social carece de la motivación que es exigida por el inciso 2º del artículo 215 de la Constitución Política, requisito imprescindible cuya falta, por ende, acarrea la inexecutable del decreto.”

Posteriormente se expidió el decreto 4705, también con fuerza de ley –suscrito por el Presidente de la República acompañado de todos los Ministros-, “Por el cual se adiciona y modifica el procedimiento establecido en el Decreto 4334 de 2008, y se dictan otras disposiciones”, el que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-283 de 2009, teniendo en cuenta que se declaró la inexecutable del decreto 4704, que prorrogaba el Estado de Emergencia Social³.

³ Dispuso lacónicamente la Corte: “2. El examen de constitucionalidad del Decreto 4705 de 2008.

Posteriormente el Gobierno Nacional expidió el decreto 1.910 de 2009, “por el cual se reglamentan parcialmente los decretos 4334 de 2008, la ley 1116 de 2006, y el artículo 2 del decreto 4591 de 2008 y se dictan otras disposiciones”, el que remitió a esta Corporación la Presidencia de la República, el pasado 28 de mayo -en cumplimiento del artículo 20 de la ley 137 de 1994-, con el fin de que se surtiera el control de legalidad correspondiente.

Con fundamento en lo anterior, la Sala estudiará el decreto, a fin de decidir sobre su validez.

2. Intervención de la Superintendencia de Sociedades y de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Mediante escrito conjunto aportado oficiosamente por los señores Superintendentes de Sociedades y por el Financiero de Colombia, el 14 de agosto de 2009 –fls. 12 a 26, cdno. Ppal.-, intervinieron para explicar -en síntesis apretada- i) cuáles fueron los antecedentes que dieron lugar a la expedición del decreto 1.910 de 2009, y ii) la estructura del mismo, ofreciendo una explicación detallada sobre las normas más importantes, diferenciando las que se refieren a la “toma de posesión para devolver”, a la “liquidación judicial como medida de intervención”, pasando luego a analizar los “planes de desmonte voluntario” y las “acciones de revocatoria”.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala ha conocido recientemente de algunos procesos de control automático de legalidad sobre varios reglamentos del decreto-ley 4334 de 2008 –por medio del cual se desarrolló el Estado de Emergencia Económica y Social decretado por el Gobierno Nacional-, en una de cuyas ocasiones se expresó –en los numerales 1, 2, 3 y 4.1.-, como estudio introductorio, con ponencia de quien ahora funge en el

“Mediante la sentencia C-254 de 2009 se declaró la inexecutable del Decreto 4704 de 2008 “por el cual se declara el estado de emergencia social por un período de treinta días”, debido a que carecía de la motivación exigida por el inciso segundo del artículo 215 constitucional.

“Ahora bien, el Decreto 4705 de 2008 fue expedido en virtud del estado de emergencia social adoptado por medio del Decreto 4704 de 2008 y por lo tanto, a raíz de la declaratoria de inexecutable de este último, deviene a su vez en inconstitucional.”

mismo papel -lo cual se reiterará por su pertinencia en este proceso (Sentencia de junio 16 de 2009, exp. 11001-03-15-000-2009-00305-00- que:

1. Competencia

El primer aspecto que se debe estudiar es la competencia que tiene esta jurisdicción para conocer del control judicial sobre el decreto que se analizará de fondo más adelante, teniendo en cuenta que se trata de una norma dictada bajo el estado de “Emergencia Social”, es decir, el regulado en el artículo 215 de la Constitución Política.

Se dice esto porque el párrafo del artículo 215 citado establece que “El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquélla decida sobre su constitucionalidad...”, de manera que, a juzgar por esta norma, el control de los decretos que se expiden al amparo de los estados de excepción corresponde, sin distinción, a la Corte Constitucional.

De hecho, en virtud de esta disposición se sugiere que todos los decretos que desarrollan los estados de excepción son legislativos, pues el art. 215 señala esto, al decir que los “decretos legislativos” se enviarán a la Corte Constitucional para su control.

Sin embargo, también se puede entender, a partir de allí, pero con fundamento en la ley estatutaria que regula el tema, que unos decretos son legislativos y que otros, los que no lo son, los controla la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En efecto, el art. 20 de la ley estatutaria señaló que el control sobre los actos generales, que desarrollan los decretos legislativos, lo realiza la jurisdicción de lo contencioso administrativo, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional⁴. Frente a este aparte concreto expresó la Corte, en la sentencia C-179 de 1995:

⁴ “Art. 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.

“Pues bien, en los incisos primero y segundo del artículo que se revisa, se consagra el control automático de legalidad de los actos administrativos que se expidan como desarrollo de los decretos legislativos dictados por el Presidente de la República durante los estados de excepción, el cual será ejercido por la jurisdicción contencioso administrativa, de acuerdo con la competencia que allí se fija. Estas disposiciones no atentan contra la Ley Suprema y, por el contrario, encajan dentro de lo contemplado en el artículo 237 de la Carta, que le atribuye al Consejo de Estado las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, y el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, al igual que el cumplimiento de las demás funciones que le asigne la ley.

“Dicho control constituye una limitación al poder de las autoridades administrativas, y es medida eficaz con la cual se busca impedir la aplicación de normas ilegales.

“No ocurre lo mismo con el inciso 3o., el cual debe juzgarse junto con el inciso 2o. del artículo 56 de la misma ley que, dispone "Así mismo, y mientras se adopta la decisión definitiva, podrá la Corte Constitucional en pleno y dentro de los diez días siguientes a la fecha en que avocó su conocimiento, suspender, aún de oficio, los efectos de un decreto expedido durante los estados de excepción, siempre que contenga una manifiesta violación de la Constitución".

“Tanto el inciso 3o. del artículo 20 como el inciso 2o. del artículo 56 del proyecto de ley estatutaria que se estudia, resultan inexecutable por los mismos motivos que se expusieron al estudiar el artículo 19 del presente proyecto de ley, que consagra la figura de la suspensión provisional de los decretos legislativos. Por tanto, no hay lugar a rebatir el argumento de los intervinientes, pues de todas formas el inciso 3o. será retirado del ordenamiento jurídico.

“Así las cosas, el artículo 20 del proyecto de ley que se revisa, es executable salvo el inciso tercero, el cual será declarado inexecutable.”

De esta manera, resulta que al amparo de los estados de excepción -incluido el de la emergencia económica o social-, el Gobierno Nacional expide dos clases de normas: i) El decreto que declara el estado de excepción –que es un solo decreto-, y ii) todos aquellos decretos que lo desarrollan, adoptando las medidas que

“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.” (Negrillas fuera de texto)

implementan las soluciones legales para conjurar las crisis -y que suelen ser varios-. Estos últimos son los llamados a suspender las leyes que les sean incompatibles –tal como lo disponen los arts. 212 y 213 CP.-. o a derogarlos, como ocurre con la emergencia económica.

Otros decretos son los reglamentos de los anteriores, es decir, los que desarrollan los decretos con fuerza de ley dictados para conjurar la crisis.

La Sala Plena considera que no se requiere hacer mayores disquisiciones para comprender que por este factor esta Corporación también tiene competencia, como quiera que la autoridad que adoptó la medida fue el Gobierno Nacional, y atendiendo a la norma citada el control lo realiza el Consejo de Estado.

2. Características del control de legalidad especial que se ejerce sobre los actos administrativos generales proferidos al amparo de los decretos legislativos que desarrollan los estados de excepción.

La Sala también quiere resaltar, a manera de pedagogía, atendiendo a lo particular que es este procedimiento, las características principales que tiene, toda vez que no se trata de aquellos que se encuentran regulados en el Código Contencioso Administrativo, sino en una ley especial, de naturaleza estatutaria: la que se ocupa de los estados de excepción.

De la escasa regulación que existe sobre el tema, la Sala entiende que son atribuibles a este proceso judicial las siguientes características:

En *primer lugar*, se trata de un proceso judicial, por lo tanto, la naturaleza del acto que lo resuelve es una sentencia, porque la competencia atribuida a la jurisdicción es la de decidir sobre la legalidad del mismo, lo cual corresponde hacer a través de aquella.

En *segundo lugar*, el control es automático, o como lo dice el art. 20 de la ley 137: “inmediato”, porque tan pronto se expide la norma el Gobierno debe remitirlo a esta jurisdicción para ejercer el examen de legalidad correspondiente. Ahora, esta clase de control tiene las siguientes características:

Es bueno precisar que la norma tenía un tercer inciso, pero fue declarado inexecutable,

i) No impide la ejecución de la norma, pues hasta tanto se anule permanece dotada de la presunción de validez que acompaña a los actos administrativos.

ii) No es requisito que se encuentre publicado en el diario o gaceta oficial para que proceda el control, ya que una cosa es la existencia del acto y otra su publicidad con fines de oponibilidad y exigibilidad. En tal sentido, la condición para controlarlo es que se haya expedido, no que esté produciendo efectos.

iii) También es automático o inmediato porque no se requiere de una demanda de nulidad para que la jurisdicción asuma el control. Por el contrario, la jurisdicción aprehende el acto, para controlarlo, aún contra la voluntad de quien la expide, y sin limitación en cuanto a la legitimación por activa o por pasiva, ya que quien ordena hacer el control es la ley misma, no una demanda formal.

No sobra decir que se trata de una competencia muy particular, en comparación con el común de las acciones contenciosas, como quiera que el tradicional principio de la "jurisdicción rogada" -que se le ha atribuido a esta jurisdicción-, sufre en este proceso una adecuada atenuación en su rigor, ya que en esta ocasión no se necesita de una acción, ni de criterios o argumentos que sustenten la legalidad o ilegalidad. Por el contrario, basta con que la ley haya asignado a esta jurisdicción la competencia para controlar el acto, para que proceda a hacerlo. En otras palabras, en este evento la jurisdicción conoce de manera oficiosa del asunto.

Desde luego que esta característica implica, adicionalmente, una carga especial para la justicia, pues es ella quien, con su conocimiento técnico, debe construir los supuestos de derecho que sirven para realizar el análisis. En otras palabras, la carga de las razones o fundamentos de derecho con los cuales se analiza el acto son del resorte de la jurisdicción, como una especie de garantía máxima de la legalidad y la constitucionalidad de las actuaciones del Gobierno, en un estado tan extraordinario, como son los de excepción.

En *tercer lugar*, el control es integral en relación con los decretos legislativos respectivos y el art. 215 CP., pese a que la norma no lo señala en forma expresa,

pero necesariamente debe ser así, pues si no opera por vía de acción –toda vez que es oficioso- resulta lógico que el juez asuma el control completo de la norma.

3. Examen de los requisitos de forma.

En relación con ello, la Sala observa que el Decreto 1.910 de 2009 fue expedido por el Presidente de la República, con la firma de los ministros del ramo, esto es, los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Comercio, Industria y Turismo, es así como por este aspecto la norma se ajusta a la Constitución, que establece que los reglamentos de las leyes deben ser suscritos por el Gobierno –art. 189.11⁵-, el cual se encuentra conformado, según el art. 115 de la Constitución Política, por el Presidente de la República y el Ministro del ramo:

“Artículo 115. El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.

“El Gobierno Nacional esta formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos.

El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.

“Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho se hacen responsables.

“Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva.”
(Negrillas fuera de texto)

Para el caso concreto, la jurisprudencia y la doctrina han entendido que la expedición de los reglamentos de las leyes corresponde al Gobierno, es decir, al

⁵ Dispone esta norma que: **“Artículo 189.** Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...)

“11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y ordenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.”

Presidente de la República junto con el o los Ministros respectivos, según la materia de que se trate⁶.

Pero determinar cuáles ministros o jefes de departamento administrativo deben suscribir con el Presidente el reglamento no es fácil de definir, **y menos a priori**, pues las materias de que se puede ocupar un reglamento son muy variadas, de modo que concretar quién conforma el Gobierno, en cada caso concreto, requiere una revisión de los asuntos tratados en el reglamento, así como de las competencias asignadas a los Ministerios y Departamentos Administrativos, para deducir de allí cuáles de sus Jefes deben acompañar al Presidente de la República en la firma del decreto.

De esta manera, un reglamento bien puede requerir la firma de uno o de varios ministros; y cuando son varios los que deben participar cada uno lo hará en la parte del decreto que le corresponde, según sus competencias.

Ahora, el propósito del acompañamiento no tiene un sentido simplemente formal. En realidad determina, de un lado, la responsabilidad política derivada del contenido, cuyos principales controladores son el Congreso de la República y la opinión pública; pero, sobre todo, sirve para definir, elaborar y perfeccionar el contenido del reglamento, pues cada ministerio y departamento administrativo participa activamente –ese es el sentido final de su intervención- en la elaboración de la norma, aportando la capacidad técnica, incluso la política y social que tienen, para concretar el contenido de la norma.

De ahí la importancia de concretar, adecuadamente, cuáles ministros y jefes de departamento administrativo conforman el Gobierno, en cada caso. No obstante, existe una dificultad práctica, insoluble en términos lógicos, pero que jurídicamente requiere una solución. Se trata de que un mismo decreto reglamentario, por tener diversas materias -unas del resorte de unos ministerios y otras de otros- requiere la firma de todos ellos, para conformar el gobierno y expedir la norma. Pero si se

⁶ En tal sentido, ha manifestado la Corte Constitucional -sentencia C-577 de 1995-: “42. **Al expedir un decreto los miembros del Gobierno asumen de manera compartida las responsabilidades políticas y jurídicas** correspondientes. En este orden de ideas, la ley no puede obligar al Gobierno a expedir un decreto cuyo contenido material no ha sido estudiado ni decidido por él, **pues al Presidente, los ministros y jefes de departamento administrativo que en cada negocio particular constituyen Gobierno**, no pueden responder por la expedición de un acto producto de la voluntad exclusiva de otro órgano.” (Negrillas fuera de texto)

advierte con delicadeza, al suscribir varios ministros o jefes de departamento administrativo el mismo decreto, algunos de ellos, que no son responsables de una parte de la materia, intervendrían en su expedición, por la sencilla razón de que suscriben el decreto.

En este caso, la Sala considera, simplemente, que se debe entender que cada ministro o jefe de departamento administrativo interviene en la conformación del gobierno, en lo que a su ministerio se refiere, según su competencia, es decir, que no se extiende su participación a todo el decreto, sino a la parte que le corresponde. Esta consideración tiene un efecto práctico importante, que a primera vista no se advierte con facilidad.

Resulta que si posteriormente el Gobierno considerara la necesidad de modificar ese reglamento, en un aspecto concreto y puntual del mismo, el nuevo decreto no tendría que firmarlo el Presidente con todos los ministros o jefes de departamento administrativo que suscribieron el primero; sino el Presidente con el Ministro o jefe de departamento administrativo que para esa materia conforma el Gobierno, de otro modo acontecería que en temas que no pertenecen a una de dichas dependencias el Gobierno quedaría conformando por quienes constitucional o legalmente no tienen asignadas ciertas materias.

Aplicado este análisis al caso concreto, se tiene que el decreto 1.910 de 2009 fue suscrito por el Presidente de la República y por los Ministros de Hacienda y de Comercio, Industria y Turismo. Ahora, la materia que se regula es el procedimiento de toma de posesión sobre los negocios, operaciones y patrimonios de las personas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin tener autorización estatal, así como la liquidación judicial, estableciendo normas de detalle de las distintas etapas que lo integran, y sobre todo haciendo una integración con las disposiciones previstas en la ley 1116 de 2006, que según el art. 15 del Decreto 4334 de 2008 es la ley que suple los vacíos del decreto 4334.

Para la Sala, estos temas perfectamente **corresponde manejarlos** al Ministro de Comercio Industria y Turismo -y por tanto es de su responsabilidad política y jurídica-, a cuya dependencia se encuentra adscrita la Superintendencia de Sociedades, que es la entidad que tiene a cargo la competencia para declarar las intervenciones y manejarlas en todos sus aspectos. En efecto, según dispone el art. 1 del decreto 4334 de 2008:

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

En este orden de ideas, no se requiere más análisis para hallar la relación temática existente entre este ministerio y el tema reglamentado.

Lo mismo ocurre, a juzgar por sus competencias, con la participación del Ministro de Hacienda y Crédito Público en la expedición del decreto 1.910 de 2009, pues se advierte fácilmente que las razones que propiciaron la intervención sobre las entidades captadoras de recursos, sin autorización estatal, corresponde actividades financieras, las cuales también compete vigilar y dirigir a dicho Ministerio.

Finalmente, en relación con otros aspectos formales, también se observa que en el decreto examinado se indican y constan los datos mínimos necesarios para su identificación, esto es, el número, la fecha y la referencia expresa a las facultades que se ejercen, y el objeto de la norma. En tal sentido, por lo menos desde el punto de vista de la forma, el decreto es un reglamento, que desarrolla tres normas con fuerza de ley –con la precisión que se hará más adelante-, de manera que cumple la condición de ser reglamentario de una norma con rango legislativo, para que esté en manos de esta jurisdicción; sin embargo, su contenido se analizará a continuación.

4. Examen material del Decreto 1.910 de 2009.

4.1. Antecedentes del tema.

4.1.1. Consideración preliminar: la inexequibilidad del Decreto-ley 4705 de 2008, que modificó parcialmente el Decreto-ley 4334 –reglamentado por la norma objeto de estudio-.

Una de las tres normas reglamentadas por el decreto 1.910 de 2009, esto es, el decreto legislativo 4.334 de 2008 regula el procedimiento de intervención del Gobierno, a través de la Superintendencia de Sociedades, sobre las personas que ejercen negocios u operaciones en actividades financieras, sin autorización legal – art. 1 del decreto 4334 de 2008-.

Pero es necesario hacer una precisión determinante para este proceso. Resulta que el decreto 4334 regula el tema, de manera originaria, y el decreto 4705 introdujo adiciones y modificaciones a aquél. De allí que ambos tratan la materia.

Sin embargo, la Corte Constitucional, en la sentencia C-254 de 2009 declaró inexecutable el decreto 4704 de 2008, por medio del cual se ampliaba el Estado de Emergencia Social, y luego, en la sentencia C-283 de 2009 declaró -como consecuencia de la anterior decisión- la inexecutable del decreto 4705 de 2008, es por ello que esta situación implica que hoy día sólo el decreto-ley 4334 de 2008 regula el procedimiento para la toma de posesión de las personas que ejercen actividades financieras sin autorización legal, lo cual produce las siguientes consecuencias importantes para este proceso de validez que adelanta la Sala Plena.

En primer lugar, al declararse inexecutable el decreto-ley 4705 de 2008 –que pretendió modificar el decreto 4334-, el efecto que se produjo, a nivel legislativo – muchas veces analizado en la jurisprudencia constitucional y en la contencioso administrativa-, es que las normas legales derogadas revivieron, es decir, que vuelven a incorporarse al ordenamiento jurídico. Sobre este particular efecto - diferente al que se produce con la declaración de nulidad de los actos administrativos-, ha dicho la Corte Constitucional –sentencia C-501 de 2001-:

“Ante esa situación, se debe recordar la reiterada jurisprudencia de esta Corporación en cuanto a que la declaratoria de inexecutable de una norma implica la reincorporación al ordenamiento jurídico de las disposiciones por ella derogadas siempre que ello se requiera para asegurar la supremacía del Texto Fundamental. Esto es así en cuanto una declaratoria de inexecutable conlleva la expulsión del ordenamiento jurídico de una norma que ha sido encontrada contraria a la Carta y ante ello se debe determinar el peso específico que les asiste a los principios de justicia y seguridad jurídica y establecer si el fallo tiene efectos únicamente hacia futuro o si también cubre situaciones consolidadas en el pasado, evento en el cual restablecen su vigencia aquellas disposiciones que habían sido derogadas por la norma declarada inconstitucional.

“Como lo ha expuesto la Corte, esta postura cuenta con un amplio respaldo en la historia legislativa y jurisprudencial de nuestro país:

“Varias décadas de historia legislativa y Constitucional le dan hilación a la tesis de que hay normas que reviven cuando se declara inexecutable la ley que trató de reemplazarlas.

“A) La providencia precitada de la Corte Constitucional tiene como antecedente inmediato la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que al definir la acusación contra el artículo 146 del Decreto 294 de 1973, reconoció que las normas derogadas por el acto Legislativo N° 1 de 1979 reviven al ser inexecutable éste. Dijo entonces la Corte:

"Al ser declarada inexecutable la modificación introducida en el párrafo del artículo 208 de la Constitución por el acto Legislativo número 1 de 1979, y revivir el antiguo párrafo de dicha disposición, adoptada como artículo 67 del Acto Legislativo número 1 de 1968, recuperó también su vigencia el artículo 146 acusado y por tanto, la Corte puede ejercer su jurisdicción constitucional sobre la norma demandada."

B) Y como antecedente mediato, fue el Consejo de Estado el 7 de noviembre de 1958, el que por primera vez dijo que la declaratoria de inexecutable revive las normas que la ley inconstitucional había tratado de reemplazar. Se trataba de una consulta que el Ministro de Hacienda había formulado sobre este punto:

"Declarado inexecutable en sus artículos vigentes el Decreto 700 de 1954, el cual, por medio de su artículo 113 derogó los Decretos 2266 de 1952, con excepción de su artículo 1º, 3134 de 1952, artículo 1º, 2º, 3º, 6º, 7º y 8º del Decreto 2187 de 1953 y el artículo 7º del Decreto 2602 de 1951 desea el Ministerio de Hacienda saber si tales disposiciones derogadas por el Decreto 700 han vuelto a tener vigencia por causa de la declaratoria de inexecutable del Decreto 700.

La Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Guillermo González Charry, conceptuó:

"Aplicando los conceptos y conclusiones precedentes al caso consultado por el señor Ministro de Hacienda, el Consejo de Estado considera que la derogatoria que hizo el Decreto-Ley número 700 de 1954 de preceptos pertenecientes a otros estatutos, debe tenerse por no hecha desde la fecha de ejecutoria del fallo de la Corte que declaró la inexecutable de tal decreto, y que, en consecuencia, tales normas deben aplicarse mientras no hubiesen sido derogadas por otros decretos-leyes no declarados inexecutables, o hasta cuando se cumpla la previsión contenida en el artículo 2º de la Ley 2ª de 1958."

Estos antecedentes coincidían además con las tesis sostenidas por la doctrina coetánea en el derecho comparado. Así, Mauro Cappelletti, basándose en la Constitución Italiana, que contiene un ordenamiento similar al colombiano, opinó:

"Una vez pronunciada la sentencia de inconstitucionalidad, la ley respectiva es privada de efectos de manera general, ni más ni menos que si hubiere sido abrogada por una ley posterior, y, por el contrario,

recuperan su vigencia las disposiciones legislativas anteriores a la ley de inconstitucionalidad" .

C- Como antecedente legislativo están los artículos 123 del Decreto Ley 1675 de 1964, 155 del decreto 294 de 1973 y el artículo 83 de la Ley 38 de 1989. Dice este último:

"Si la Corte Suprema de Justicia declarare inexecutable la ley que aprueba el presupuesto general de la nación en su conjunto, continuará rigiendo el presupuesto del año anterior, repetido de acuerdo con las normas del presente Estatuto.

"La misma norma se aplicará en caso de suspensión provisional de una o varias apropiaciones de la ley o del decreto."

En el mismo tenor están los otros dos artículos, antes citados.

Tales normas recogieron entonces los conceptos del Consejo de Estado y luego la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Es entonces la actual jurisprudencia de la Corte Constitucional la continuación de una doctrina nacional, elaborada desde 1958 por el Consejo de Estado, reiterada en 1961. Esta tradición fue recogida en normas legales, (artículos 123 del Decreto Ley 1675 de 1964, 155 del Decreto 294 de 1973 y 83 de la Ley 38 de 1989) y adoptada en 1982 por la Corte Suprema de Justicia. Es pues un pensamiento Jurídico coherente con la teoría constitucional colombiana⁷.

De acuerdo con ello, como la Corte declaró la inexecutable del artículo 47 de la Ley 640 de 2001, el párrafo tercero del artículo 52 de la Ley 510 de 1999 se ha reincorporado al ordenamiento jurídico y en esas condiciones esta Corporación puede ejercer su jurisdicción constitucional sobre esa norma."

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, las disposiciones derogadas del decreto-ley 4334 de 2008 recobraron vigencia, y por tanto el procedimiento de toma de posesión para intervenir los negocios financieros que carecen de autorización estatal para funcionar, y devolver los dineros a las personas, se rige exclusivamente por dicha disposición. Es por ello que a dicho decreto-ley se circunscribirá el análisis de validez que hará el Consejo de Estado, por lo menos en lo que corresponde a la comparación con los decretos-ley dictados al amparo del estado de emergencia social.

En efecto, la Sala no estudiará la validez del decreto 1.910 de 2009 por comparación o confrontación con las modificaciones que pretendió introducir el decreto legislativo 4705 de 2008, pues fue declarado inexecutable.

⁷ Sentencia C-045 de 1994. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Pero tanto, la norma subsistente recobró vigencia en todas las disposiciones que había derogado el decreto-ley declarado inexecutable, de allí que el fundamento actual del reglamento permanece, y lo constituye todo el decreto 4334 de 2008, y sobre la base de este se hará el análisis de validez correspondiente. Desde luego, también se analizarán las normas pertinentes de la ley 1.116 de 2006 y el decreto 4591 de 2008.

4.1.2. Contenido de la materia reglamentada: el procedimiento de intervención estatal.

El decreto 4334 de 2008 regula la intervención del Estado, a través de la suspensión inmediata de los negocios financieros sin autorización estatal, por medio de la toma de posesión de los mismos –art. 2-, la cual tiene naturaleza jurisdiccional y las decisiones tienen efectos *erga omnes* –art. 3-.

Ahora, los sujetos intervenidos serán objeto, entre otras medidas, de las siguientes: toma de posesión, revocatoria de negocios jurídicos y devolución de los bienes a terceros, suspensión de actividades, disolución y liquidación de la persona jurídica, etc. –art. 7 decreto 4334 de 2008-.

Además, si se adelanta la toma de posesión se debe nombrar un agente interventor –art. 9 num. 1-, quien asume facultades muy diversas, entre ellas: recibir los activos que posea cualquier persona, de propiedad de la intervenida – art. 9.11-, terminar los contratos innecesarios de la intervenida –art. 9.12-, recibir los pagos a favor de la intervenida –art. 9.13-.

A continuación, el decreto 4334 regula el procedimiento que adelanta el agente interventor, luego de declarada la toma de posesión: en primer lugar, debe publicar un aviso en un diario –art. 10.a-, para convocar a las personas que se crean con derecho a reclamar la devolución de alguna suma de dinero –art. 10.b-; luego estas mismas personas presentarán al Agente Interventor solicitud de devolución, para lo cual éste deberá admitir o rechazar, de manera expresa, en una providencia, las que correspondan –art. 10, literales c y d-. Luego, el agente interventor hará el pago de las reclamaciones –art. 10.e-, para lo cual el decreto señala unos criterios que debe emplear el Agente –art. 10, parágrafo 1-. Finalmente, se decreta la terminación de la toma de posesión –art. 12-.

Por su parte, el decreto-ley No. 4.591 de 2008 crea estímulos en las regiones afectadas con las denominadas “pirámides”, para incentivar el crédito financiero y ofrecer apoyo social y financiero a las actividades económicas de la región.

En este sentido, facilita el acceso a los distintos medios electrónicos al servicio de las instituciones financieras, pero, sobre todo –en el artículo 2-, establece beneficios para créditos nuevos o reestructurados orientados a micro, pequeñas y medianas empresas. Así mismo, exonera del gravamen sobre los movimientos financieros a algunas las cuentas de personas desplazadas y del nivel 1 del SISBEN.

Del mismo modo, estimula la adquisición de equipos electrónicos para el sector financiero –como datáfonos y *pin pads*-, los cuáles reciben beneficios tributarios por su adquisición.

Finalmente, la ley 1.116 de 2006, que también fue reglamentada por el decreto 1.910 de 2009, regula el régimen de insolvencia empresarial y la liquidación de empresas. Su contenido detallado se analizará en cada caso concreto.

4.2. Examen del Decreto reglamentario.

Vale la pena hacer una precisión, de tipo histórico, en relación con el siguiente articulado del decreto 1.910 de 2009, que explicará el cuidado con que se abordará su contenido.

Resulta que este reglamento reproduce muchas etapas, instituciones y figuras, con algunas variantes, que contenía el decreto-ley 4705 de 2008, el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional. Este hecho exige un cuidado especial, por parte de la Sala, para evitar que aspectos que sólo pueden estar en la ley se incluyan en un reglamento –porque tratan temas reservados a ella, o porque directa o indirectamente modifican otras leyes-, así como se **deben** analizar con igual esmero las posibilidades de que algunos de esos contenidos realmente quepan en el reglamento.

En estos términos, se pasará a analizar cada artículo del reglamento, en el siguiente orden.

4.2.1. Dispone el artículo primero del Decreto 1.910 de 2009:

”ARTÍCULO 1º. Sujetos de Intervención. La Superintendencia de Sociedades, ordenará la toma de posesión para devolver o la liquidación judicial, a los sujetos descritos en el artículo 5º del Decreto 4334 de 2008, medidas que, en relación con los sujetos vinculados, operarán también respecto de la totalidad de sus bienes, los que quedarán afectos a la devolución del total de las reclamaciones aceptadas en el proceso o procesos. Los agentes interventores procurarán colaborar y coordinar sus actuaciones y los conflictos que surjan entre ellos serán resueltos por la Superintendencia de Sociedades.

Obsérvese que la norma transcrita contiene dos ideas que deben distinguirse: i) de un lado, que la Superintendencia de Sociedades tomará posesión de los sujetos a que se refiere el art. 5 del decreto 4334 de 2008, para devolver los recursos captados por ellos, o para liquidar la entidad; y ii) de otro, que la misma Superintendencia resolverá los conflictos que surjan entre los Agentes interventores. Analicemos cada parte de la norma.

Sobre el primer aspecto, la Sala no encuentra reparo alguno de legalidad, pues el Decreto-ley 4334 de 2008 dispone claramente que la toma de posesión de la totalidad de los bienes que hace el Gobierno nacional, por conducto de la Superintendencia de Sociedades, y esta, a su vez, por intermedio de los Agentes Interventores, tiene como propósito devolver los recursos captados por las personas que no tienen autorización para hacerlo –entre otros artículos, disponen expresamente esto el 2⁸, 3⁹, 7 lit. a)¹⁰, 10¹¹ y 12¹²-.

⁸ “Artículo 2º. *Objeto.* **La intervención es el conjunto de medidas administrativas tendientes, entre otras,** a suspender de manera inmediata las operaciones o negocios de personas naturales o jurídicas que a través de captaciones o recaudos no autorizados, tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones masivas, generan abuso del derecho y fraude a la ley al ejercer la actividad financiera irregular y, como consecuencia, **disponer la organización de un procedimiento cautelar que permita la pronta devolución de recursos obtenidos en desarrollo de tales actividades.**” (Negrillas fuera de texto)

⁹ “Artículo 3º. *Naturaleza.* El presente procedimiento de intervención administrativa se sujetará exclusivamente a las reglas especiales que establece el presente decreto y, en lo no previsto, el Código Contencioso Administrativo. **Las decisiones de toma de posesión para devolver** que se adopten en desarrollo del procedimiento de intervención tendrán efectos de cosa juzgada erga omnes, en única instancia, con carácter jurisdiccional.” (Negrillas fuera de texto)

¹⁰ “Artículo 7º. *Medidas de intervención.* En desarrollo de la intervención administrativa, la Superintendencia de Sociedades podrá adoptar las siguientes medidas:

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

Ahora, la “liquidación” es una medida que también contempla el art. 10 del Decreto-ley 4334 de 2008¹³, así que la alusión que el reglamento hace a ella se ajusta al mismo. En esta perspectiva, la norma sólo reproduce el sentido de la ley reglamentada.

Sin embargo, la Sala quiere destacar que el art. 1 también dispone que las medidas de intervención operan “respecto de la totalidad de los bienes” de los sujetos intervenidos. Esta norma requiere una revisión especial frente a las leyes reglamentadas, para definir su ajuste a ellas.

A juzgar por los artículos que se señalarán del decreto 4334, todo indica que **la norma analizada los observa y respeta, pues** allí se dispone que los bienes que hacen parte de la toma de posesión o de la liquidación incluye todos los de la persona intervenida. Esto se deduce de los siguientes segmentos, donde se indica que hacen parte de la toma de posesión: “los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas” y también “los bienes, haberes y negocios de dichas personas” –art. 1-; luego establece que incluye los “recursos obtenidos

“c) La **devolución de bienes de terceros**, no vinculados a la actividad no autorizada, (...)” (Negrillas fuera de texto)

¹¹ “Artículo 10. *Devolución inmediata de dineros*. Este procedimiento se aplicará por la Superintendencia de Sociedades cuando previamente haya decretado la toma de posesión. En este caso se aplicará el siguiente procedimiento: (...)”

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

“Parágrafo 1°. *Criterios para la devolución*.- Para la devolución de las solicitudes aceptadas, el Agente Interventor deberá tener en cuenta los siguientes criterios: (...)” (Negrillas fuera de texto)

¹² “Artículo 12. *Declaratoria de terminación de la toma de posesión para devolución*. Efectuados los pagos el Agente Interventor informará de ello a la Superintendencia de Sociedades y presentará una rendición de cuentas de su gestión.

“Declarada la terminación de la **toma de posesión para devolución** por la Superintendencia de Sociedades, ésta tendrá la facultad oficiosa para que, cuando lo considere necesario aplique otras medidas de intervención.” (Negrillas fuera de texto)

¹³ “Artículo 7°. *Medidas de intervención*. En desarrollo de la intervención administrativa, la Superintendencia de Sociedades podrá adoptar las siguientes medidas: (...)”

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

“g) La **liquidación judicial de la actividad no autorizada** de la persona natural sin consideración a su calidad de comerciante;” (Negrillas fuera de texto)

en desarrollo de tales actividades” –art. 2-; o que sólo “Se entenderán excluidos de la masa de la liquidación los bienes de la intervenida hasta concurrencia de las devoluciones aceptadas a quienes hayan entregado sus recursos.” –parágrafo 2 del art. 7-; o que hacen parte de las facultades de la intervención la “toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de la persona natural o jurídica” –art. 8-; y que se pueden tomar “Las medidas cautelares sobre los bienes del sujeto intervenido” –art. 9.3-; o “La congelación de cualquier activo” –art. 9.5-; o lograr “La exigibilidad inmediata de todos los créditos a favor de la persona intervenida” – art. 9.7-; o establece “La obligación de quien tenga en su poder activos de propiedad de la persona intervenida, de proceder de manera inmediata a entregarlos” –art. 9.10-; así como que “se presumirá que todos los recursos aprehendidos son de propiedad de la persona objeto de la intervención y producto de la actividad mencionada en los artículos 1° y 6° de este decreto” –art. 9.15-.

En definitiva, de todas estas normas se deduce que no hay bienes de los intervenidos excluidos de la toma de posesión para devolver a los afectados, y por eso la disposición se ajusta a las leyes reglamentadas.

En cuanto al segundo aspecto de la norma, esto es, que “Los agentes interventores procurarán colaborar y coordinar sus actuaciones y los conflictos que surjan entre ellos serán resueltos por la Superintendencia de Sociedades”, tampoco encuentra la Sala reparo alguno, toda vez que el artículo 4 del decreto 4334 asignó a dicha Superintendencia la competencia para adelantar la Intervención Administrativa ¹⁴, lo que hace por intermedio de los Agentes Interventores –art. 8, inciso segundo¹⁵-, de manera que por tratarse de personal por medio del cual la Superintendencia adelanta sus funciones, bien puede ordenarlo –coordinarlo- para cumplir las tareas a su cargo.

Ahora, si entre los Agentes Interventores surgen discrepancias sobre el alcance de sus tareas, no se tratará más que de diferencias internas de la Superintendencia de Sociedades, que debe resolver la entidad **para la cual actúan**. Esta idea desarrolla el valor de la disciplina interna que debe existir en las

¹⁴ “Artículo 4°. *Competencia*. La Superintendencia de Sociedades, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera será la autoridad administrativa competente, de manera privativa, para adelantar la intervención administrativa a que alude este decreto.”

entidades estatales, según el cual, cada una resuelve los problemas que surgen durante el cumplimiento de las tareas o competencias que tiene a cargo, lo que involucra la organización y disposición de los medios técnicos y económicos a su disposición, así como el personal, interno o contratado, que tiene para este mismo propósito.

No sobra señalar que la solución de los conflictos que surjan no se parece, de ningún modo, a una colisión de competencias entre entidades estatales, de las reguladas en la ley 954 de 2006, y que corresponde resolver a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹⁶, por la sencilla razón de que los Agentes Interventores no constituyen un órgano público, y porque la competencia no la tienen asignada ellos, sino la Superintendencia, que cumple la labor a través suyo.

Por las razones expuestas la Sala declarará la validez del artículo analizado.

4.2.2. Dispone el artículo segundo del Decreto 1.910 de 2009:

“ARTÍCULO 2º. Medidas Precautelativas. Para la ejecución de las medidas de intervención de que trata el Decreto 4334 de 2008, las Superintendencias de Sociedades y Financiera de Colombia, comunicarán a los comandantes de policía las órdenes impartidas en los términos del párrafo 3º del artículo 7º y numeral 4 del artículo

¹⁵ “Si procede la intervención, la Superintendencia de Sociedades expedirá la providencia de toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de la persona natural o jurídica y **designará en la misma providencia el agente interventor.**” (Negrillas fuera de texto)

¹⁶ “Art. 4o. *CONFLICTOS DE COMPETENCIA.* Adiciónase el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo con el siguiente párrafo:

"Párrafo. Los conflictos de competencias administrativas se resolverán de oficio, o por solicitud de la persona interesada. La entidad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente remitirá la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado".

“Si dos entidades administrativas se consideran competentes para conocer y definir un determinado asunto, remitirán la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

“En los dos eventos descritos se observará el siguiente procedimiento: "Recibida la actuación en la Secretaría de la Sala, se fijará por tres (3) días hábiles comunes en lista a fin de que los representantes de las entidades en conflicto y las personas que tuvieren interés en el asunto puedan presentar sus alegatos o consideraciones. Vencido el anterior término, la Sala decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes".

“Derógase el artículo 88 del mismo Código Contencioso Administrativo (Decreto número 01 de 1984).”

9º del Decreto 4334 de 2008, por conducto del alcalde municipal o distrital de que se trate y en concordancia con las funciones atribuidas a dichos funcionarios mediante el Decreto 4335 de 2008.

”Parágrafo. Si en ejecución de las medidas de que trata este artículo se aprehendiera, recuperara o incautara dinero en efectivo, en la misma providencia se ordenará consignarlo en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Agrario a órdenes de la Superintendencia de Sociedades y a nombre del sujeto de la medida precautelativa. Una vez ordenada la medida de intervención, se pondrá a disposición si es del caso, del Agente Interventor.”

Para la Sala esta norma también desarrolla de manera adecuada el decreto-ley reglamentado, como quiera que este dispone, que entre las medidas de intervención con que cuenta la Superintendencia de Sociedades, está la de ordenar a la policía el apoyo necesario, en las localidades correspondientes, para realizar las actividades materiales y de fuerza que se requieran para materializar la toma de posesión con fines de intervención sobre las empresas que captan dinero sin autorización legal¹⁷.

Ahora, si bien el reglamento señala que las órdenes de la Superintendencia se impartirán por conducto de los Alcaldes, al paso que el decreto 4334 alude a que “podrá ordenar a los comandantes de policía”, dando a entender que lo puede hacer directamente, lo cierto es que la Sala en los términos del art. 315.2 de la Constitución Política, advierte que, el Alcalde es la suprema autoridad de policía del lugar, de allí que, en términos constitucionales, es perfectamente ajustado a la Carta Política que las órdenes que se impartan a los Comandantes se hagan por conducto del Alcalde.

¹⁷ En este sentido, dispone el decreto 4334 de 2008: “Art. 7. Medidas de intervención. En desarrollo de la intervención administrativa, la Superintendencia de Sociedades podrá adoptar las siguientes medidas: (...)”

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

“Artículo 9º. *Efectos de la toma de posesión para devolución.* La toma de posesión para devolución conlleva: (...)”

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

Este entendimiento fue el mismo que le dio la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad condicionada de la palabra “ordenar”, contenida en el párrafo 3 del art. 7, transcrito al pie de página –sentencia C-145 de 2009-, que permitía que la Superintendencia de Sociedades impartiera a los comandantes de policía, directamente, las órdenes necesarias para hacer cumplir las medidas de intervención sobre las personas objeto de la misma. Señaló la Corte Constitucional que esto sólo se podía hacer a través de los Alcaldes, ya: “... que las actuaciones allí indicadas las realizarán las Superintendencias de Sociedades y Financiera de Colombia, por conducto del correspondiente alcalde municipal o distrital.”

En cuanto al párrafo de este artículo, la Sala lo encuentra ajustado a la ley, pues la fuerza pública apoya a la Superintendencia de Sociedades para “... **La inmediata guarda de los bienes**, libros y papeles de la persona natural o jurídica intervenida, para lo cual tendrá las facultades necesarias para impartir las órdenes pertinentes a la fuerza pública...” -art. 9.4 del decreto 4334- (Negrillas fuera de texto), de manera que el dinero incautado, que son bienes hallados de la intervenida, deben ser puestos por la policía a disposición de los Agentes Interventores, en los términos que estos indiquen.

Además, el inciso tercero del artículo 8 del decreto 4334 señala, precisamente, que la providencia que dispone la toma de posesión “... ordenará consignar el efectivo aprehendido o incautado en cuenta de depósitos judiciales del Banco Agrario, a nombre de la Superintendencia de Sociedades.”, que es lo que establece el párrafo del artículo analizado; norma reiterada por el numeral 14 del art. 9 del mismo decreto, al prescribir que es un efecto propio de la toma de posesión “El depósito de las sumas aprehendidas que pertenezcan a la persona intervenida en el Banco Agrario de Colombia, a disposición del agente interventor.”

Por las razones expuestas, la norma guarda armonía con las disposiciones que le sirven de fundamento.

4.2.3. Dispone el artículo tercero del Decreto 1.910 de 2009:

"ARTÍCULO 3º. Remisión de Reclamaciones y de Bienes. Cualquier autoridad que reciba o haya recibido solicitud de reclamación, indemnización, pago o equivalente, relacionada con los dineros entregados a los sujetos intervenidos, o que en virtud de actuaciones administrativas o judiciales, tenga a cualquier título bienes de propiedad o aprehendidos a los sujetos intervenidos, deberán remitirlos al Agente Interventor, o al liquidador según corresponda, quien en aplicación del procedimiento dispuesto en el artículo 10º del Decreto 4334 de 2008, será el único competente para resolver acerca de las reclamaciones y de efectuar el inventario, en desarrollo del principio de universalidad del proceso de toma de posesión para devolver o del de liquidación judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto 4334 de 2008 y en el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006.

"Parágrafo 1º. De acuerdo con la ley, los recursos de los sujetos en proceso de toma de posesión para devolver o en proceso de liquidación, serán inembargables y no estarán sometidos a medidas diferentes a las adoptadas por la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de las facultades jurisdiccionales, sin perjuicio de las medidas ordenadas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

"Parágrafo 2º. Cuando los bienes que se entreguen se encuentren a nombre de personas diferentes a los sujetos a los que se refiere el artículo 5º del Decreto 4334 de 2008, el tercero titular del bien que realice la entrega otorgará un poder, mediante documento privado reconocido ante notario o ante una autoridad jurisdiccional, a favor del Agente Interventor, que lo faculte para realizar los actos de disposición frente al bien objeto de la entrega. lo anterior, sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia de Sociedades para adoptar las medidas de que trata el numeral 3º del artículo 9º del Decreto 4334 de 2008."

El inciso primero de la norma ordena que en cualquiera de los siguientes dos eventos las autoridades den traslado al Agente Interventor o al Liquidador, según el caso, para los efectos correspondientes: i) cuando se les presentes solicitudes de devolución de dineros o reclamaciones con tal fin; y ii) cuando tengan bienes de los sujetos intervenidos.

Esta norma se ajusta a lo previsto en el art. 9, num. 9 y 11 del Decreto 4334¹⁸, porque contempla la obligación de las distintas autoridades de remitir los bienes

¹⁸ "Artículo 9º. *Efectos de la toma de posesión para devolución.* La toma de posesión para devolución conlleva: (...)

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

que tengan en su poder, para adelantar el proceso de intervención con fines de devolución, de las sumas de dinero captadas ilegalmente¹⁹. Por tanto, el reglamento sólo reitera la obligación que tiene origen legal, pero que se detalla ligeramente en dicho norma.

Ahora, sobre el deber de dar traslado, a los Agentes Interventores designados por la Superintendencia de Sociedades, de la "... solicitud de reclamación, indemnización, pago o equivalente, relacionada con los dineros entregados a los sujetos intervenidos...", se advierte que guarda armonía adecuada, de un lado, con el decreto 4334, porque asigna la competencia para adelantar la intervención a la Superintendencia de Sociedades –art. 4²⁰-, de manera que a otra autoridad no podría hacerse este traslado. No obstante, vale la pena precisar que, rigurosamente, el traslado no se le hace al Agente Interventor –como lo dice la norma-, sino a la Superintendencia de Sociedades, **que es la titular de la competencia**. No obstante, esta puntualización no torna ilegal la norma, pues se comprende que al remitir a ellos en realidad se hace a la entidad de la cual dependen, o sea quien ostenta la competencia.

De otro lado, esta norma también es válida, porque se adecua al art. 32 del CCA., en virtud del cual, si ante quien se presenta una solicitud, reclamación o petición no es competente para resolverla, debe dar traslado a la autoridad que lo sea, para que reciba la atención oportuna²¹. De allí que, este aparte del reglamento, incluso, es innecesario, a juzgar por el origen legal de la obligación.

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

¹⁹ "Artículo 9°. *Efectos de la toma de posesión para devolución*. La toma de posesión para devolución conlleva: (...)

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

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

²⁰ "Artículo 4°. *Competencia*. La Superintendencia de Sociedades, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera será la autoridad administrativa competente, de manera privativa, para adelantar la intervención administrativa a que alude este decreto."

²¹ "Art. 33. Si el funcionario a quien se dirige la petición, o ante quien se cumple el deber legal de solicitar que inicie la actuación administrativa, no es el competente, deberá informarlo en el acto al interesado, si éste actúa verbalmente; o dentro del término de diez (10) días, a partir de la

En relación con el párrafo primero, que dispone que los recursos de los sujetos en proceso de toma de posesión para devolver, o en proceso de liquidación, son inembargables, encuentra la Sala que los decretos 4334 y 4591 de 2008 contemplan esa protección especialísima para esta clase de bienes. Y es por ello que la Sala declarará la validez de este párrafo, al existir norma especial, de carácter legal, que consagra este tratamiento favorable para estos bienes.

Sobre el particular, establecen los numerales 8 y 9 del art. 9 que son efectos propios de la toma de posesión “8. El levantamiento de las medidas cautelares de que sean objeto los bienes de la persona intervenida, para lo cual la autoridad de que trata el artículo 2° de este decreto, librará los oficios correspondientes. Una vez recibidos los mismos, inmediatamente deberá inscribirse dicho levantamiento por parte de las personas o autoridades encargadas de los registros correspondientes” y “9. La suspensión de los procesos de ejecución en curso y la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta clase contra la persona o entidad objeto de toma de posesión con ocasión de obligaciones anteriores a dicha medida, para lo cual se enviará comunicación a los jueces de la República y a las autoridades que adelanten procesos de jurisdicción coactiva. Igualmente advertirá sobre la obligación de dar aplicación a las reglas previstas en la Ley 1116 de 2006.”

De manera que el embargo sobre los bienes de la intervenida no procede, porque la ley determina que se deben levantar las medidas cautelares que existan sobre ellos; así como los procesos ejecutivos en curso se deben suspender, e incluso no es posible iniciar nuevos, por esto es que materialmente no es factible embargar los bienes de la intervenida, y por eso el párrafo se ajusta a la ley. En estos términos, se declarará su validez.

Ahora, el párrafo segundo tampoco ofrece reparo de legalidad, en efecto, se parte de la idea de que la Superintendencia de Sociedades, con la ayuda de los Agentes Interventores, tiene el deber de incautar y custodiar los bienes de la persona intervenida, bien que estén en su poder o en manos de terceros, con el

recepción si obró por escrito; en este último caso el funcionario a quien se hizo la petición deberá enviar el escrito, dentro del mismo término, al competente, y los términos establecidos para decidir se ampliarán en diez (10) días.”

fin de reunirlos para hacer, luego del complejo proceso, la devolución a las personas que invirtieron en ellas.

Este párrafo también parte del supuesto de que los Agentes Interventores han definido correctamente cuáles bienes, en manos de terceros, pertenecen a la persona intervenida –proceso de clarificación (metodología, procedimiento o sistema) del que no se ocupa este párrafo, y por ello la Sala no hará referencia al mismo²²-. Sobre este supuesto, la norma dispone que el tercero otorgará poder para que el Agente realice los actos de disposición necesarios para avanzar en el proceso de devolución de los recursos; lo cual no ofrece reparo en su legalidad, pues se trata de una medida que se ajusta al decreto 4334, que pretende satisfacer, rápidamente, los derechos económicos de los usuarios de la persona intervenida.

De este modo, el instrumento a través del cual el Agente Interventor dispondrá de los bienes de la intervenida que están a nombre de terceros no afecta los derechos de otras personas –se insiste, aquí no se regula la manera como se llega a la conclusión de que esos bienes, efectivamente, son de la intervenida-, ni impide que en el comercio se muevan con facilidad y seguridad, logrando también que la intervención realice esos patrimonios de manera rápida. En estos términos, se declarará la validez del párrafo segundo comentado.

4.2.4. Dispone el artículo cuarto del Decreto 1.910 de 2009:

”ARTÍCULO 4°. Bienes distintos a sumas de Dinero de los intervenidos. El Agente Interventor elaborará un inventario valorado de los bienes distintos a sumas de dinero, afectos a las devoluciones, el cual será aprobado por la Superintendencia de Sociedades.

”Para la presentación y aprobación del inventario valorado de los bienes distintos a sumas de dinero, en los procesos de toma de posesión para devolver, se aplicará en lo pertinente, lo dispuesto para el proceso de liquidación judicial de la Ley 1116 de 2006 y sus disposiciones reglamentarias, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 15° del Decreto 4334 de 2008.

”Párrafo 1°. El término para la presentación del inventario valorado

²² Sobre un aspecto a fin a este, dispone el artículo 9 del Decreto 4334: *“Efectos de la toma de posesión para devolución. La toma de posesión para devolución conlleva: (...)”*

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

de que trata este artículo, será hasta de quince (15) días hábiles siguientes a la fecha en que quede en firme la providencia que contiene las solicitudes de devolución aceptadas a que se refiere el literal d) del artículo 10º del Decreto 4334 de 2008. En este caso, no habrá lugar a la celebración de audiencias de que trata la Ley 1116 de 2006.

”Parágrafo 2º. Para el caso de aquellas intervenciones en las que, para la fecha de publicación del presente decreto, ya se encontraba en firme la providencia que contiene las solicitudes de devolución aceptadas a que se refiere el literal d) del artículo 10º del Decreto 4334 de 2008, pero aún no se había presentado el inventario, el término para la presentación del inventario valorado de que trata este artículo, será de hasta quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto”.

Esta norma, analizada en forma conjunta, contempla la necesidad de que se haga un “inventario valorado” de los bienes distintos a dinero, cuya presentación y aprobación se regirá por las normas pertinentes de la ley 1.116 de 2006 –“ Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones”-. La particularidad que tiene esta disposición consiste en que el decreto 4334 no contempló este requisito como uno de los pasos del procedimiento de toma de posesión para la devolución de los recursos. En efecto, el art. 10 del decreto –en concordancia con otras normas- no hace alusión a él.

No obstante, la Sala considera que la norma analizada se ajusta a las leyes reglamentadas, por las siguientes razones:

i) Porque si bien el decreto 4334 de 2008 no dispuso nada al respecto, en relación con este tema, es decir no se contempló la valoración de los activos o recursos de la intervenida, el reglamento sí puede complementar, en forma adecuada, este aspecto, necesario para adelantar **correctamente** el proceso de intervención, ya que sin el inventario, con su respectiva valoración, no sería posible repartir los recursos entre los usuarios de las personas que ilegalmente captaron recursos del público.

ii) Porque ante la insuficiencia del decreto-ley, él mismo previó, frente a sus vacíos, la posibilidad de que se apliquen, en lo pertinente, las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero o de la ley que regula el Régimen de Insolvencia

Empresarial –ley 1.116-²³, a la cual, precisamente, remite el reglamento para realizar el inventario de bienes, y presentarlo a la Superintendencia de Sociedades.

De esta manera, la figura o etapa del inventario no sólo es necesaria para adelantar el proceso, sino que la forma como la consagra el reglamento supone un buen complemento al decreto 4334, guiado por las leyes que supletoriamente rigen la materia.

No sobra señalar, sobre los primeros dos incisos, que la referencia que hacen a “bienes distintos a sumas de dinero” también se enmarca en las normas que se reglamentan, porque si bien el decreto 4334 da la impresión, en algunos artículos, de haber autorizado tan sólo la toma de posesión para su devolución “de sumas de dinero”²⁴; lo cierto es que una interpretación armónica del decreto muestra que no sólo a este tipo de recursos se refería, sino a toda clase de bienes que estuvieran en manos de los intervenidos.

En este sentido, en diversas disposiciones se lee, por ejemplo, que la intervención se hace “...para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas,...” –art. 1-, o que las medidas adoptadas también tienen como propósito “La devolución de bienes de terceros, no vinculados a la actividad no autorizada...” –art. 7, lit. c-, de igual modo que la toma de posesión se hace sobre “... los bienes, haberes y negocios de la persona natural o jurídica...” –art. 8 inciso 2-, entre otras disposiciones de este mismo alcance.

No obstante, el anterior análisis -que comprende los dos primeros incisos del artículo 4 y de sus dos párrafos-, ofrece una consideración adicional y especial.

²³ “Artículo 15. En lo no previsto en el presente decreto, se aplicarán, en lo pertinente, supletivamente las reglas establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para la toma de posesión y en el Régimen de Insolvencia Empresarial.”

²⁴ Así, por ejemplo, el artículo 7 dispone: “*Medidas de intervención*. En desarrollo de la intervención administrativa, la Superintendencia de Sociedades podrá adoptar las siguientes medidas:

“a) **La toma de posesión para devolver**, de manera ordenada, **las sumas de dinero** aprehendidas o recuperadas;...” (Negrillas fuera de texto)

Resulta que el párrafo primero establece, al final, que: “En este caso, no habrá lugar a la celebración de audiencias de que trata la Ley 1.116 de 2006.” En otras palabras, dispone que la posibilidad de hacer el inventario de bienes debe hacerse mediante la presentación y aprobación que regula la ley 1.116 para el proceso de liquidación judicial, pero que no aplica el mecanismo de la audiencia que allí se contempla.

En efecto, la ley 1.116 dispone, con ocasión del proceso de liquidación judicial, que “... el traslado del reconocimiento de créditos, del inventario de los bienes del deudor y las objeciones a los mismos serán tramitados en los mismos términos previstos en la presente ley para el acuerdo de reorganización.” –art. 53, inciso 3-. Ahora, esos términos corresponden a los arts. 29 y 30, en virtud de los cuales: del inventario se dará traslado, y allí se pueden presentar objeciones, de las que se correrá traslado y, previa decisiones sobre ellas, decretará una audiencia para resolverlas²⁵.

²⁵ “**ARTÍCULO 29. OBJECIONES.** Del proyecto de reconocimiento y graduación de créditos y derechos de voto presentados por el promotor y del inventario de bienes del deudor, se correrá traslado, en las oficinas del Juez del concurso o donde este determine, según sea el caso, por el término de diez (10) días.

“Dentro del término de traslado previsto en el inciso anterior, los acreedores podrán presentar las objeciones, con relación a tales actuaciones, solicitando o allegando las pruebas que pretendan hacer valer.

“Al día siguiente de vencido el término anterior, el Juez del concurso correrá traslado de las objeciones y observaciones por un término de cinco (5) días para que los interesados hagan los pronunciamientos que consideren pertinentes, solicitando o allegando las pruebas a que haya lugar.

“Una vez vencido dicho término, el promotor tendrá diez (10) días para provocar la conciliación de dichas objeciones. Dentro de los dos (2) días siguientes al vencimiento del término mencionado, el promotor informará al Juez del Concurso, el resultado de su gestión.

“No presentadas objeciones, el juez del concurso declarará aprobado el inventario, reconocerá los créditos, establecerá los derechos de voto, y fijará plazo para la presentación del acuerdo.

“**ARTÍCULO 30. DECISIÓN DE OBJECIONES.** Si se presentaren objeciones, el juez del concurso procederá así:

“1. Decretará y ordenará de oficio o a solicitud de los interesados la práctica de las pruebas que sean conducentes.

“2. **Practicadas las pruebas en un tiempo no superior a treinta (30) días, convocará a audiencia en la cual resolverá las objeciones. En la misma providencia aprobará el inventario, reconocerá los créditos, asignará los derechos de voto y fijará plazo para la presentación del acuerdo.**

“3. La suspensión de la audiencia sólo podrá ser decretada por el Juez del Concurso cuando existan comprobados motivos que ameriten dicha suspensión, siempre en beneficio del proceso y en todo caso por un término no mayor a diez (10) días.

“Resueltas las objeciones, el Juez del concurso mediante providencia declarará aprobado el inventario valorado, la calificación y graduación de créditos, así como los derechos de voto, y fijará plazo para la presentación del acuerdo, de conformidad con lo previsto en el artículo siguiente.

“Igualmente, el deudor, con la mayoría absoluta de acreedores, podrán acordar la designación de un nuevo promotor.” (Negrillas fuera de texto)

La Sala estima que este aparte del párrafo es ilegal, porque elude una serie de pasos que la ley contempla, y a la cual remite el decreto 4334. Es decir, que si el art. 15 del decreto-ley remite, en lo pertinente, al procedimiento de la ley 1116 –en este caso el inventario valorado y todo lo que le es conexo-, no es posible que el reglamento apele a la institución allí contemplada, pero de manera fraccionada, es decir, mutilando el alcance de la figura tomada de ella.

Por esta razón, se declarará la nulidad del aparte analizado, para que, en su lugar, se entienda que el inventario de bienes diferentes a dinero, y por tanto su presentación y aprobación, se rigen, en todo, por la ley 1.116 de 2006.

Este entendimiento es, por demás, el más ajustado a derecho, porque realiza el derecho de defensa y a ser oído, en favor de los afectados -para bien o para mal-, con el proceso de intervención regulado en el decreto 4334. De no ser así, ¿cuándo podrían los acreedores o los intervenidos cuestionar el inventario y su valoración?

La Sala entiende que este tipo de trámites requieren premura, y que el Gobierno Nacional tiene todo el interés en satisfacer rápidamente las expectativas de las personas afectadas por los intervenidos; pero también es cierto –y esto debe prevalecer- que ello no se puede hacer a costa de las garantías fundamentales del debido proceso, en los procedimientos judiciales y en los administrativos.

Además, otra razón adicional para corroborar la violación a la ley, por parte del segmento analizado del párrafo 1, consiste en que si el decreto 4334 remitió a las instituciones de la ley 1.116, en lo no previsto en dicho decreto, debe entenderse que la institución a la que se acuda se debe trasladar de manera integral, esto es, tal como la regula la ley –salvo incompatibilidad clara con el procedimiento que recibe la figura-; lo cual no hace el reglamento, sino que, selectivamente, recorta los alcances de la institución, de manera arbitraria.

Finalmente, en relación con el párrafo segundo, la Sala lo declarará válido porque entiende que la norma, en todo caso, exige y garantiza la realización del inventario valorado -que en realidad tiene origen en la ley 1.116-, de allí que, en estos términos, se entiende que no se omite un requisito legal tan importante como este –del cual no podría prescindirse en el procedimiento de toma de

posesión o de liquidación-, desde luego, incluidas todas las etapas que la ley estableció para él, con la finalidad de cuestionarlo a través de las objeciones, y para que produzca los efectos que la ley 1.116 le asigna a cada una de estas oportunidades de defensa.

4.2.5. Dispone el artículo quinto del Decreto 1.910 de 2009:

”ARTÍCULO 5º. Actos de Conservación de los bienes. El Agente Interventor, en ejercicio de las facultades otorgadas por el numeral 1º del artículo 9º del Decreto 4334 de 2008, deberá efectuar todos los actos de conservación de los bienes del intervenido.

“Cuando sea necesaria la prestación de un servicio público para la conservación de los activos, la Superintendencia de Sociedades podrá ordenar su prestación inmediata por tiempo definido, en los términos establecidos en el artículo 73 de la Ley 1116 de 2006, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15º del Decreto 4334 de 2008.

”Parágrafo. En desarrollo de las facultades de representación legal o de administración de que trata el numeral 1º del artículo 9º del Decreto 4334 de 2008, el Agente Interventor podrá, una vez aprehendidos, enajenar los bienes perecederos o aquellos que se estén deteriorando o amenacen deteriorarse. la enajenación se efectuará sin necesidad de avalúo, en las mejores condiciones de mercado y por el medio que considere más expedito.

”Una vez realizados los bienes, el Agente Interventor deberá informar de ello a la Superintendencia de Sociedades.”

No tiene la Sala reparo qué hacer, en relación con la obligación que al Agente Interventor le recuerda el inciso primero de la norma, de realizar los actos de conservación de los bienes que hacen parte de la toma de posesión. De hecho, se trata de un efecto natural y obvio en un trámite de esta naturaleza, cuando a la persona que desempeña ilegalmente una actividad financiera se le priva de sus haberes, bienes y negocios, para tomarlos el Estado, lo cual, desde luego, traslada a este la obligación de realizar los actos necesarios para su conservación, y posterior devolución.

Del mismo modo, la disposición del inciso segundo también se ajusta a las normas reglamentadas, como quiera que el art. 15 del decreto 4334 -ya analizado-, remite a otros estatutos para su complementación, en este caso al artículo 73 de la ley 1.116, que garantiza el derecho de los intervenidos a disfrutar de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, aunque no se haya pagado el servicio al

operador²⁶. Por esta razón, es posible que el reglamento recuerde que esa disposición legal beneficia el procedimiento previsto en el decreto 4334 de 2008.

En cuanto al párrafo, la Sala encuentra que el decreto 4334 no contiene una norma que disponga la manera como se realizará la venta de los bienes de la persona intervenida; pero se deduce, por razones lógicas, que el representante de esta - esto es, el Agente Interventor, representante legal de la intervenida (art. 9.1 del decreto-ley 4334)- es quien celebrará los negocios necesarios para realizar los activos de la entidad tomada en posesión.

Ahora, en cuanto al procedimiento, sistema y reglas de la venta, debe acudirse, una vez más, a las previstas en la ley 1.116, por aplicación del art. 15 del decreto 4334. En dicha ley existen dos disposiciones que se refieren a la negociación de los activos: una, para los Acuerdos de Reorganización²⁷; y otra, para la Liquidación de Empresas²⁸.

²⁶ “ARTÍCULO 73. SERVICIOS PÚBLICOS. Desde la presentación de la solicitud de inicio del proceso de reorganización o de liquidación judicial, las personas o sociedades que presten al deudor servicios públicos domiciliarios, no podrán suspenderlos o terminarlos por causa de créditos insolutos a su favor, exigibles con anterioridad a dicha fecha. Si la prestación estuviere suspendida o terminada, estarán obligadas a restablecerlos de manera inmediata a partir de la solicitud, so pena de responder por los perjuicios que ocasionen y que el pago de su crédito sea postergado en los términos establecidos en esta ley.

“El valor de los nuevos servicios prestados a partir del inicio del proceso será pagado con la preferencia propia de los gastos de administración.

“Cuando sea necesaria la prestación del servicio público para la conservación de los activos, el juez podrá ordenar su prestación inmediata, por tiempo definido, aún existiendo créditos insolutos a favor de la empresa prestadora de los mismos, causados con posterioridad al inicio del proceso, indicando en la providencia que lo ordene la manera preferente de su pago, cuyo plazo en ningún caso podrá superar los tres (3) meses siguientes a partir de la orden de suministro.”

²⁷ “ARTÍCULO 37. PLAZO Y CONFIRMACIÓN DEL ACUERDO DE ADJUDICACIÓN. Vencido el término para presentar el acuerdo de reorganización, sin que este haya sido presentado, o no confirmado el mismo, empezará a contarse un plazo máximo de treinta (30) días para que el promotor presente al juez del concurso, el acuerdo de adjudicación, al que hayan llegado los acreedores del deudor, incluyendo los gastos de administración.

“Durante el término anterior, **sólo podrán enajenarse los bienes preceaderos del deudor que estén en riesgo inminente de deterioro**, depositando el producto de la venta a orden del Juez del concurso. Los demás bienes podrán enajenarse si así lo autoriza la mayoría absoluta de los acreedores, autorización que en todo caso deberá ser confirmada por el Juez competente. (...)” (Negrillas fuera de texto)

²⁸ “ARTÍCULO 57. ENAJENACIÓN DE ACTIVOS Y PLAZO PARA PRESENTAR EL ACUERDO DE ADJUDICACIÓN. En un plazo de dos (2) meses contados a partir de la fecha en que quede en firme la calificación y graduación de créditos y el inventario de bienes del deudor, el **liquidador procederá a enajenar los activos inventariados** por un valor no inferior al del avalúo, en forma directa o acudiendo al sistema de subasta privada.

“Con relación a los dineros recibidos y los activos no enajenados, el liquidador tendrá un plazo máximo de treinta (30) días para presentar al juez del concurso, el acuerdo de adjudicación al que hayan llegado los acreedores del deudor.

En los términos de ambas normas, es posible enajenar los bienes a que se refiere la disposición que se estudia, entre otras cosas, porque si el art. 37 de la ley 1.116 exige proteger los bienes perecederos que estén en riesgo de deterioro, con mayor razón se deben preservar los que se están deteriorando, norma que contiene un principio cautelar que se tiene que ejercer –no se trata de un simple deber- cuando los bienes se encuentren en esa situación.

De hecho, sería inadmisibles que el Agente, que es un administrador, dejara deteriorar los bienes en sus manos, cuando su obligación es proteger el patrimonio y evitar su pérdida.

Por estas razones, la norma analizada se declarará ajustada al ordenamiento jurídico, porque tiene fundamento claro en las normas legales que rigen supletoriamente el proceso de intervención.

4.2.6. Dispone el artículo sexto del Decreto 1.910 de 2009:

”ARTÍCULO 6°. Terminación de contratos. En ejercicio de las facultades otorgadas al Agente Interventor, en especial la establecida en el numeral 12° del artículo 9° del Decreto 4334 de 2008, éste podrá terminar, entre otros, los contratos de trabajo, sin desmedro del derecho a las indemnizaciones a favor de los trabajadores, de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, para lo cual, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, no se requerirá autorización administrativa o judicial alguna, quedando dichos derechos como acreencias sujetas a las reglas del concurso liquidatorio.”

Esta disposición en armonía con el numeral 12 del art. 9 del decreto 4334 – invocado en el texto mismo de la norma analizada-, permite la terminación de los contratos de trabajo, previa indemnización y sin autorización administrativa o judicial.

“El acuerdo de adjudicación requiere, además de la aprobación de los acreedores, la confirmación del juez del concurso, impartida en audiencia que será celebrada en los términos y para los fines previstos en esta ley para la audiencia de confirmación del acuerdo de reorganización.

“De no aprobarse el citado acuerdo, el Juez dictará la providencia de adjudicación dentro de los quince (15) días siguientes al vencimiento del término anterior.”

Sobre la primera parte de la norma, baste decir que, en realidad, no es más que una reiteración de la atribución legal, la cual dispone que la toma de posesión implica “La facultad al agente interventor para poner fin a cualquier clase de contratos existentes al momento de la toma de posesión, si los mismos no son necesarios” –art. 9, num. 12, del decreto-ley 4334-, de allí que la Sala no tiene reparo al respecto, en relación con el artículo transcrito.

Lo que agrega el art. 6 es lo que requiere de una reflexión adicional, pero que, finalmente, tampoco conduce a formular objeción alguna, porque, una vez más -de la mano del art. 15 del decreto 4334-, los aspectos no regulados allí se suplen, en lo pertinente, con las disposiciones de varios estatutos. Resulta que la ley 1.116 se ocupa de este mismo tema, para efectos de la liquidación judicial de empresas, y señala en el art. 50 –lo cual retoma el artículo analizado- que la terminación de los contratos de trabajo tiene dos condiciones: no necesita autorización estatal, y se deben pagar las indemnizaciones laborales²⁹. En este orden, se aprecia que la regulación legal del tema guarda perfecta armonía con la disposición del decreto 4334, luego es una remisión adecuada la que hace el reglamento para señalar que se debe indemnizar a los trabajadores y que no se requiere autorización especial para proceder a la terminación.

Entre otras cosas, la disposición citada al pie de pagina –art. 50 de la ley 1116- guarda consonancia con el art. 9 del decreto 4334, en el segmento que contempla la potestad de dar por terminado los contratos laborales –entre otros-. Es decir, que ambas normas tienen un contenido similar, lo que ratifica la pertinencia de la remisión a él para deducir los requisitos para ejercer esa competencia de los Agentes Interventores.

Por las razones expuestas, la Sala declarará la validez del artículo analizado.

4.2.7. Dispone el artículo séptimo del Decreto 1.910 de 2009:

²⁹ “ARTÍCULO 50. EFECTOS DE LA APERTURA DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL. La declaración judicial del proceso de liquidación judicial produce: (...)

“5. La terminación de los contratos de trabajo, con el correspondiente pago de las indemnizaciones a favor de los trabajadores, de conformidad con lo previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, para lo cual no será necesaria autorización administrativa o judicial alguna quedando sujetas a las reglas del concurso, las obligaciones derivadas de dicha finalización sin perjuicio de las preferencias y prelaciones que les correspondan.”

“ARTÍCULO 7°. Providencia que ordena la ejecución. Una vez resueltos los recursos de que trata el literal D del artículo 10° del Decreto 4334 de 2008, el Agente Interventor solicitará a la Superintendencia de Sociedades, en su carácter de juez del proceso de toma de posesión para devolver, que mediante providencia judicial apruebe y autorice la ejecución de los pagos de las devoluciones aceptadas por el Agente Interventor. La Superintendencia de Sociedades atenderá la solicitud dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción.

”Parágrafo. Para el caso de aquellas intervenciones en las que, para la fecha de publicación del presente decreto, se hubiere presentado a la Superintendencia de Sociedades la providencia que contiene las solicitudes de devolución aceptadas a que se refiere el literal d) del artículo 10° del Decreto 4334 de 2008, en vigencia del artículo 12° del Decreto 4705 de 2008, y ésta no la hubiere aprobado o la hubiere devuelto, a partir de la vigencia de este decreto dicha superintendencia, en su carácter de juez del proceso de toma de posesión, procederá a su aprobación y ordenará su ejecución de conformidad con lo establecido en el presente artículo.”

Sobre el inciso primero la Sala tiene varias observaciones qué hacer, previa enunciación del marco teórico del tema.

La norma crea una etapa o momento que no contempla el decreto 4334 de 2008, como es la expedición de una providencia que “apruebe y autorice la ejecución de pagos”. Esta decisión, según la norma transcrita, la debe expedir la Superintendencia de Sociedades una vez se resuelvan los recursos de reposición presentados contra la providencia que expide el Agente Interventor, por medio de la cual acepta o rechaza las solicitudes de devolución presentadas por las personas que aspiran a la devolución del dinero entregado a la persona intervenida.

En esta perspectiva –según el reglamento-, en firme la decisión del Agente Interventor, sigue la “aprobación y autorización de ejecución de pagos”. Valga decir que esta lógica es un poco similar –no idéntica- a la que existe para la liquidación judicial de empresas –ley 1.116-, donde el juez profiere los actos jurisdiccionales, pero el liquidador los ejecuta.

A partir de estas ideas, se deben resolver las siguientes las inquietudes: i) qué naturaleza tiene el acto de toma de posesión para devolución, y ii) si a la Superintendencia de Sociedades le corresponde expedir el acto de “aprobación y autorización de ejecución de pagos”.

Sobre el primer aspecto, la respuesta no resulta fácil, pues en varios artículos del decreto 4334 se dispone que la intervención de la Superintendencia es de naturaleza administrativa –arts. 3 y 7-; pero a continuación, incluso en esos mismos dos preceptos, y en otros más, se dispone, por ejemplo, que: “El presente procedimiento de intervención administrativa se sujetará exclusivamente a las reglas especiales que establece el presente decreto y, en lo no previsto, el Código Contencioso Administrativo. **Las decisiones de toma de posesión para devolver que se adopten en desarrollo del procedimiento de intervención tendrán efectos de cosa juzgada erga omnes, en única instancia, con carácter jurisdiccional**” -art. 3- (Negrillas fuera de texto). En este mismo sentido, los arts. 7 párrafo 1³⁰, 8³¹, 10³², entre otros, también disponen lo mismo, de donde se deduce, finalmente, que se trata de un proceso de naturaleza jurisdiccional.

³⁰ “Párrafo 1°. La **providencia** que ordena las medidas anteriores surte efectos desde su expedición y se ordenará su inscripción en el registro de la Cámara de Comercio del domicilio principal del sujeto de intervención, de sus sucursales y agencias, y contra la misma no procederá recurso alguno.” (Negrillas fuera de texto)

³¹ “Artículo 8°. *Providencia que ordena la toma de posesión.* Si los alcaldes informan a la Superintendencia de Sociedades sobre la necesidad de adopción de medidas establecidas en el artículo 7° de este decreto, esta entidad consultará la base de datos de las Superintendencias Financiera y de Economía Solidaria, si se encuentra autorizada la persona jurídica objeto de intervención.” (Negrillas fuera de texto)

³² “Artículo 10. *Devolución inmediata de dineros.* Este procedimiento se aplicará por la Superintendencia de Sociedades cuando previamente haya decretado la toma de posesión. En este caso se aplicará el siguiente procedimiento:

“a) Dentro de los dos (2) días siguientes a la expedición de la **providencia** de toma de posesión, el Agente Interventor publicará un aviso en un diario de amplia circulación nacional, en el cual se informe sobre la medida de intervención, o por cualquier medio expedito. Así mismo, la Superintendencia de Sociedades fijará en su página web copia de la providencia;

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

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

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

“e) La interposición de los recursos no suspenderá el pago de las reclamaciones aceptadas, las cuales serán atendidas dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de la ejecutoria de la

En cuanto al segundo interrogante, la Sala considera que el “acto de aprobación y autorización para la ejecución” le correspondería expedirlo al Agente Interventor y no a la Superintendencia de Sociedades -como lo dispone el reglamento analizado-, por dos razones esenciales: i) porque el decreto 4334 establece la facultad de dictar decisiones, al interior del proceso de toma de posesión, no sólo a cargo de la Superintendencia, sino también del Agente Interventor, para lo cual basta observar los artículos 10 lits. d) y f-), de manera que no necesariamente la Superintendencia tiene que hacerlo por este hecho; ii) porque –quizá esta razón es la más importante, pero requiere tener claro el anterior punto- el artículo 9.1. del decreto 4334 establece que el Agente Interventor “... tendrá a su cargo la representación legal... **y la realización de los actos derivados de la intervención que no estén asignados a otra autoridad...**” (Negrillas fuera de texto).

Por las razones anotadas la Sala declarará la nulidad de las expresiones “... solicitará a la Superintendencia de Sociedades, en su carácter de juez del proceso de toma de posesión para devolver que...” y “La Superintendencia de Sociedades atenderá la solicitud dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción”, contenidas en el inciso primero del artículo analizado.

providencia, por conducto de entidades financieras, previo endoso del título de depósito judicial de la Superintendencia de Sociedades a favor del Agente Interventor;

“f) Los recursos de reposición serán resueltos dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del plazo de presentación, luego de lo cual se atenderán las devoluciones aceptadas dentro de los dos (2) días siguientes a la fecha de la decisión y el saldo, si lo hubiere, acrecerá a todos los beneficiarios de la devolución a prorrata de sus derechos;

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

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

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

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

“Parágrafo 2°. Los días señalados en el presente procedimiento se entenderán comunes.

“Parágrafo 3°. Los honorarios del Agente Interventor y los gastos propios de la intervención, serán cancelados con cargo al patrimonio de la intervenida y, en su defecto, del fondo cuenta que

En cuanto al párrafo, se deben hacer estas otras observaciones.

Resulta que el decreto-ley 4705 de 2008 -que modificó parcialmente el decreto 4334 de 2008- fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional -según se analizó-, pero entre las modificaciones que pretendió introducir se encuentra la contenida en el art. 12, lit. d)³³, que modificaba el art. 10, lit. d) del decreto 4334³⁴, pero que recuperó su vigencia por la declaración de inexecutable mencionada.

Resulta que mientras estuvo vigente el art. 12 del decreto 4705 se estableció que el Agente Interventor era quien expedía la providencia que aceptaba o rechazaba las solicitudes de devolución –en lo cual era idéntico al art. 10 lit. d) original del decreto 4334-, pero a continuación establecía –aquí está la diferencia más importante con el art. 10 lit. d) original- que contra esa decisión procedían objeciones, las que se debían resolver y “la anterior relación será remitida a la

para el efecto sea constituido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Sociedades.” (Negrillas fuera de texto)

³³ **ARTÍCULO 12.** Modifícase el artículo 10 del Decreto 4334 de 2008 el cual quedará así:

“Artículo 10. Devolución inmediata de dineros. Este procedimiento se aplicará por el Agente Interventor cuando la Superintendencia de Sociedades haya decretado la toma de posesión. De acuerdo con el siguiente procedimiento: (...)

“d) El Agente Interventor, dentro de los veinte (20) días siguientes al vencimiento del término anterior, expedirá la providencia que contenga la relación de solicitudes de devolución aceptadas y las rechazadas. Mediante la publicación de un aviso en un medio de amplia circulación Nacional o local, según el caso, el Agente Interventor informará los lugares y/o medios en los que pondrá a disposición de los interesados la mencionada relación con sus respectivos anexos y soportes. Para efectos de la valoración de las reclamaciones el Agente Interventor hará uso de todos los medios de prueba disponibles. En todo caso será aplicable lo señalado en el párrafo del artículo 26 del Decreto 2211 de 2004. **Contra esa decisión podrán presentarse objeciones dentro de los cinco (5) días siguientes a su publicación. Las objeciones serán resueltas dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del plazo de presentación de las objeciones.** La anterior relación será remitida a la Superintendencia de Sociedades para su aprobación mediante providencia de carácter judicial. Copia de la providencia en firme, será enviada a la UIAF Unidad de Información y Análisis Financiero, para lo de su competencia. El monto máximo de las devoluciones aceptadas será el capital entregado;” (Negrillas fuera de texto)

³⁴ “Artículo 10. *Devolución inmediata de dineros.* Este procedimiento se aplicará por la Superintendencia de Sociedades cuando previamente haya decretado la toma de posesión. En este caso se aplicará el siguiente procedimiento: (...)

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

Superintendencia de Sociedades para su aprobación mediante providencia de carácter judicial...”.

Pues bien, el párrafo del art. 7 del decreto 1.910 de 2009 lo que establece es que en aquellos casos en que se hubiere adelantado el trámite previsto en el decreto 4705, pero no obstante eso, actualmente la Superintendencia no hubiere expedido la providencia de aprobación o de devolución correspondiente –a lo que se refería el art. 12 que ya no está vigente-, entonces “... a partir de la vigencia de este decreto –se refiere al 1.910- dicha **Superintendencia**, en su carácter de juez del proceso de toma de posesión, procederá a su aprobación y ordenará su ejecución de conformidad con lo establecido en el presente artículo.” (Anotación fuera de texto).

La Sala no puede aceptar lo prescrito en este párrafo, por la sencilla razón de que está reviviendo una etapa procesal y una competencia declarada inexecutable por la Corte Constitucional, ya que si el art. 12 del decreto 4705 no existe, mal podría la Superintendencia ejercer las facultades que allí se otorgaban.

El asunto no ofrece mayor discusión, lo que ocurre es que si se quedó en trámite en la Superintendencia la aprobación a que se refería el art. 12 del decreto 4705, es evidente que dicha entidad ya no puede resolver el tema, como lo pretende el párrafo del art. 7 analizado, puesto que ello equivaldría a revivir una etapa que ya no existe –la de aprobación de la respuesta a las objeciones presentadas por los afectados-, y también una competencia de la que carece la Superintendencia desde el día en que se declaró inexecutable el decreto 4705 –la de aprobar ese mismo acto-.

Por tal razón, el párrafo se declarará nulo, pues –se itera- una etapa que ya no existe en la ley no puede ejecutarse válidamente desde el momento en que se declaró la inexecutable del decreto-ley 4705, **sin perjuicio que se continúe aplicando frente a los procesos que ya venían corriendo términos.**

4.2.8. Dispone el artículo octavo del Decreto 1.910 de 2009:

”ARTÍCULO 8º. Rendición de Cuentas del Agente Interventor. 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 10º del

Decreto 4334 de 2008, el Agente Interventor, en cumplimiento de los criterios dispuestos en el párrafo 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 12º 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.”

La norma en cuestión desarrolla, adecuadamente, el art. 12 del decreto 4334, el cual contempla las figuras más importantes a que se refiere el precepto citado, esto es: la rendición de cuentas, a cargo del Agente Interventor, y a favor de la Superintendencia; y la posibilidad de iniciar, a continuación de la terminación del proceso de toma de posesión, el proceso de liquidación.

Sobre la rendición de cuentas, el artículo 12 establece que el Agente Interventor procederá a presentarla una vez realizados los pagos, de manera que esta figura tiene origen legal³⁵ no reglamentario. Ahora, lo que agrega el decreto, a manera de complemento útil y válido, es el tiempo que se tiene para cumplir esta obligación, y los conceptos que debe incluir la rendición -los pagos ejecutados, las devoluciones aceptadas insolutas y los bienes debidamente valorados que hacen parte del inventario y que quedan afectos a dichas devoluciones-, lo cual se ajusta a la ley.

³⁵ “Artículo 12. *Declaratoria de terminación de la toma de posesión para devolución.* Efectuados los pagos el Agente Interventor informará de ello a la Superintendencia de Sociedades y presentará una rendición de cuentas de su gestión.

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

Finalmente, también se adecúa a la ley la remisión que hace el reglamento –en el inciso final- a que el proceso de liquidación judicial se tramitará de conformidad con el procedimiento previsto en la ley 1.116, pero, según se ha visto, es el decreto 4334 de 2008 el que realmente contempla esa posibilidad³⁶, luego, el reglamento no hace más que repetir lo que dice el, pero que el reglamento, en todo caso, trata de esclarecer.

4.2.9. Dispone el artículo noveno del Decreto 1.910 de 2009:

”ARTÍCULO 9º.- Finalidad de la Liquidación Judicial como medida de intervención. El proceso de liquidación judicial, como medida de intervención, persigue la liquidación pronta y ordenada del patrimonio del intervenido, mediante la enajenación o adjudicación de los bienes y su aplicación, en primera medida, a las devoluciones aceptadas insolutas, hasta concurrencia del valor de las mismas.

”Para los procesos de toma de posesión para devolver, liquidación judicial como medida de intervención, reorganización y liquidación judicial, la solicitud de inicio del proceso o la intervención de las personas objeto de recaudo no autorizado y los acreedores en los mismos, podrá hacerse directamente o a través de abogado, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 11 de la Ley 1116 de 2006.

”Párrafo 1º. Podrá ser designado por el Superintendente de Sociedades, como liquidador, el Agente Interventor que hubiera adelantado el proceso de toma de posesión para devolver. Para los procesos de liquidación judicial como medida de intervención, no se aplicará para la designación del liquidador el artículo 67 de la Ley 1116 de 2006.

”Párrafo 2º. La Superintendencia de Sociedades podrá solicitar, como crédito quirografario, en el proceso de liquidación judicial de los sujetos intervenidos, la devolución de los recursos aplicados a los honorarios de los Agentes Interventores y a los gastos propios de la intervención, trasladados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a dicha superintendencia, en vigencia del artículo 2º del Decreto 4705 de 2008 y los correspondientes al fondo cuenta.”

³⁶ Dispone el art. 7 -que se debe concordar con el 15- que: “*Medidas de intervención*. En desarrollo de la intervención administrativa, la Superintendencia de Sociedades podrá adoptar las siguientes medidas: (...)”

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

“g) La **liquidación judicial** de la actividad no autorizada de la persona natural sin consideración a su calidad de comerciante; (...)” (Negrillas fuera de texto)

El proceso de liquidación judicial, según se acabó de indicar, y en los términos del art. 7 del decreto 4334, es una de las medidas posibles que puede adoptar la Superintendencia de Sociedades en el proceso de intervención sobre las empresas que captan recursos de manera ilegal. En esta medida, el inciso primero del artículo citado del reglamento guarda armonía con la ley, que se refirió al tema en los términos señalados.

En este mismo sentido, el inciso segundo también se ajusta a la ley, pero por razones distintas. En este evento, y una vez más, el artículo 15 del decreto 4334 dispone que se debe acudir a la ley 1.116 para regular lo no previsto en él, es por esto que un aspecto como ese –la forma como se hace la solicitud de inicio del proceso- puede seguirse por lo dispuesto en el artículo 11 de la ley 1.116, que establece que podrá hacerse por medio de abogado o en forma directa³⁷.

La Sala no encuentra reparo alguno a esta posibilidad, pese a que rompe la regla general según la cual sólo los abogados pueden actuar ante los despachos judiciales –derecho de postulación-, salvo casos excepcionales previstos en la ley, como acontece en el presente, pero lo que debe quedar claro es que no es el reglamento el que establece la excepción, sino la ley 1116, de donde se toma la posibilidad.

Sin embargo, no puede decirse lo mismo de la totalidad del párrafo primero de este artículo, porque si bien es aceptable que sea designado como liquidador el Agente Interventor, en atención a que no hay norma legal que lo prohíba, y por esta razón el decreto no la viola; lo inadmisibles es que no se de aplicación al artículo 67 de la ley 1.116, pues carece de sentido que esta norma, que precisamente regula cómo se designan los liquidadores, así como la forma de

³⁷ “ARTÍCULO 11. LEGITIMACIÓN. El inicio de un proceso de reorganización podrá ser solicitado únicamente por los siguientes interesados:

“1. En la cesación de pagos, por el respectivo deudor, o por uno o varios de sus acreedores titulares de acreencias incumplidas, o solicitada de oficio por la Superintendencia que ejerza supervisión sobre el respectivo deudor o actividad.

“2. En la situación de incapacidad de pago inminente, el inicio deberá ser solicitado por el deudor o por un número plural de acreedores externos sin vinculación con el deudor o con sus socios.

“3. Como consecuencia de la solicitud presentada por el representante extranjero de un proceso de insolvencia extranjero.

“PARÁGRAFO. La solicitud de inicio del proceso de reorganización y la intervención de los acreedores en el mismo, **podrá hacerse directamente o a través de abogado.**” (Negrilla fuera de texto)

recusarlos o removerlos, la cantidad de procesos de liquidación que pueden atender, el sistema de ingreso a la lista de elegibles para ser designado liquidador, entre otros temas³⁸, no sea aplicable a un proceso que, precisamente, tiene la misma naturaleza del regulado en dicha ley.

La Sala declarará la nulidad de este aparte del parágrafo 1, porque viola el art. 15 del decreto 4334, que señala: “En lo no previsto en el presente decreto, se aplicarán, en lo pertinente, supletivamente las reglas establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para la toma de posesión y en el Régimen de Insolvencia Empresarial”, de manera que no puede el reglamento excluir la aplicación de una norma que es compatible con lo regulado en el decreto 4334.

Ahora, en virtud del parágrafo segundo del artículo analizado, la Superintendencia de Sociedades pretende cobrar a las personas intervenidas los gastos en que incurrió -durante la vigencia del art. 2 del decreto-ley 4705 de 2008-, por concepto de honorarios de los Agentes Interventores y otros gastos de la intervención que cubrió la Nación.

³⁸ “ARTÍCULO 67. PROMOTORES O LIQUIDADORES. Al iniciar el proceso de insolvencia, el juez del concurso, según sea el caso, designará por sorteo público al promotor o liquidador, en calidad de auxiliar de la justicia, escogido de la lista elaborada para el efecto por la Superintendencia de Sociedades.

“En cualquier tiempo, los acreedores que representen por lo menos el sesenta por ciento (60%) de las acreencias, calificadas y graduadas, podrán sustituir al liquidador designado por el Juez, escogiendo el reemplazo de la lista citada en el inciso anterior, quien deberá posesionarse ante aquel. Lo anterior aplicará también al promotor cuando actúe como representante legal para efectos del acuerdo de adjudicación.

“Adicionalmente, los promotores y liquidadores podrán ser recusados o removidos por el juez del concurso por las causales objetivas establecidas por el Gobierno.

“El promotor o liquidador removidos en los términos de la presente ley, no tendrán derecho sino al pago mínimo que para el efecto determine el Gobierno, teniendo en consideración el estado de avance del proceso.

“Una misma persona podrá actuar como promotor o como liquidador en varios procesos, sin exceder un máximo de tres (3) procesos en que pueda actuar en forma simultánea.

“PARÁGRAFO 1o. La lista de promotores y liquidadores de la Superintendencia de Sociedades será abierta y a ella ingresarán todas las personas que cumplan con los requisitos mínimos de experiencia e idoneidad profesional que para el efecto establezca el Gobierno.

“PARÁGRAFO 2o. Salvo en los casos en los cuales la empresa carezca de activos suficientes y se requiera un pago mínimo, la remuneración de liquidadores no podrá exceder, del seis por ciento (6%) del valor de los activos de la empresa insolvente. Para los promotores el valor de los honorarios no podrá exceder del punto dos por ciento (0,2%) del valor de los activos de la empresa insolvente, por cada mes de negociación.

“PARÁGRAFO 3o. El Gobierno reglamentará el presente artículo dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de promulgación de la presente ley. Mientras tanto, se aplicarán a promotores y liquidadores los requisitos y demás normas establecidas en las normas vigentes al momento de promulgarse la presente ley.”

Sobre el tema ya señalaba el decreto-ley 4334, en el párrafo 3 del art. 10, que esos gastos podían provenir de la persona intervenida o de la Nación:

“Parágrafo 3°. Los honorarios del Agente Interventor y los gastos propios de la intervención, **serán cancelados con cargo al patrimonio de la intervenida y, en su defecto, del fondo cuenta que para el efecto sea constituido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, de conformidad con las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Sociedades.” (Negrillas fuera de texto)

Sin embargo, luego se expidió el decreto-ley 4705 de 2008, que dispuso en el art. 2, en lo pertinente:

“Art. 2. Modificase los párrafos 1° y 4° del artículo 7° del Decreto 4334 de 2008. Los Parágrafos 1° y 4° del artículo 7° del Decreto 4334 de 2008 quedarán así: (...)”

“Parágrafo 4°.- Los honorarios del Agente Interventor, y los gastos propios de la intervención, serán cancelados con cargo a los recursos que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público transfiera a la Superintendencia de Sociedades para atender dichos gastos durante el término de la intervención.

“Los honorarios se fijarán y pagarán de conformidad con los parámetros establecidos por la Superintendencia de Sociedades.

“Así mismo, la Superintendencia Financiera de Colombia sufragará los gastos propios del ejercicio de las funciones a ella asignadas respecto de las presuntas operaciones de captación o recaudo sin la debida autorización estatal, con cargo a los recursos que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público le transfiera para tal efecto. Se entienden contemplados todos aquellos gastos necesarios para el cabal cumplimiento de tales funciones.”

Esta norma estableció la obligación, en cabeza del Estado, de sufragar los costos de honorarios de los Agentes Interventores y los de la intervención. No obstante, recuérdese que el Decreto-ley 4705 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, por ello la posibilidad contemplada en esta disposición desapareció.

Ante esta circunstancia la norma que subsiste, y que se refiere al tema, es el párrafo tercero del art. 10 del decreto 4334, que permite que los gastos sean asumidos por la intervenida, y en su defecto, es decir, por exclusión, por la Nación.

Por su parte, el párrafo 2 de la norma reglamentaria que se estudia señala que, durante la vigencia del art. 2 del decreto declarado inexecutable, los gastos en que haya incurrido la Nación podrán cobrarse a las intervenidas.

Esta posibilidad, considera la Sala, vulnera la ley, ya que mientras estuvo vigente el art. 2 citado del decreto 4705 los efectos que produjo –es decir los gastos- se entendían ajustados a la Constitución Política, hasta tanto no fuera declarado inexecutable. Ahora, esta sentencia no señaló que sus efectos fueran retroactivos – a la fecha de expedición del decreto-, y por no hacerlo se entiende que son hacia el futuro, en los términos previstos en el art. 45 de la ley 270 de 1996³⁹, de donde se deduce, a su vez, que lo dado o pagado durante su vigencia, haciendo uso de la posibilidad que allí se contemplaba, se ajustó a dicha norma, así como al párrafo 3 del art. 10 del decreto 4334; luego, lo pagado fue legal, y no existe la posibilidad de repetir lo cancelado en vigencia suya, so pretexto de la inexecutableidad que luego recayó sobre la norma. En estos términos el párrafo segundo será declarado nulo.

4.2.10. Dispone el artículo décimo del Decreto 1.910 de 2009:

”ARTÍCULO 10º. Audiencias. En el trámite de Liquidación Judicial como medida de intervención, no se aplicará lo pertinente a la celebración de audiencias de que trata la Ley 1116 de 2006 y, en su lugar, la Superintendencia de Sociedades expedirá las providencias correspondientes, las cuales serán notificadas por estado y contra ellas procederá el recurso de reposición de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil.”

La Sala declarará la nulidad de esta norma, por las razones expuestas con ocasión del estudio del párrafo primero del art. 4 del decreto objeto de análisis, y por ello a dichas consideraciones se remite.

En tal sentido, ya se expuso que el art. 15 del decreto 4334 remitió a la ley 1.116 – entre otras disposiciones- para que “En lo no previsto en el presente decreto, se aplicarán, en lo pertinente, supletivamente las reglas establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para la toma de posesión y en el Régimen de

³⁹ “ARTÍCULO 45. REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario.”

Insolvencia Empresarial". Para la Sala, esta norma no puede reducir el reglamento en su alcance, sin consideración técnica alguna, pues se limita a señalar que las audiencias no se aplicarán, pese a que la ley las contempla.

En este caso, las razones de la Sala para tomar esta decisión son aún más evidentes y claras, toda vez que resulta que las audiencias que pretende suprimir el decreto reglamentario son las del proceso de liquidación judicial, ni siquiera se trata de las del proceso de toma de posesión para devolución, de manera que no existe posibilidad alguna para que el reglamento impida hacer lo que la ley 1.116 expresamente contempla para dicho proceso judicial.

En otras palabras, es claro que una parte o algunas etapas de un proceso judicial –como el regulado en la ley 1.116-, al que remite el decreto 4334, no puede suprimirlas un reglamento –en este caso las audiencias-, en atención a que el art. 29 de la CP. dispone que las formalidades propias de cada juicio las establece el legislador –lo cual hizo a través de la ley 1.116-, luego, esta disposición no sólo vulnera el art. 15 del decreto 4334, y las normas pertinentes de la ley 1.116, sino que también atenta contra la Constitución Política; lo cual debe corregir esta Sala, anulando el artículo 10 analizado.

4.2.11. Dispone el artículo décimo primero del Decreto 1.910 de 2009:

"ARTÍCULO 11.- Inventario en la Liquidación Judicial. El trámite de liquidación judicial como medida de intervención, no incluirá el procedimiento de presentación y aprobación del inventario valorado, según lo dispuesto en el artículo 4º de este decreto, salvo que terminado el proceso de toma de posesión para devolver aparezcan nuevos bienes."

Esta norma también será declarada nula, por razones técnicamente similares a las anotadas en relación al artículo anterior; es decir, ante lo expuesto con ocasión del párrafo primero del art. 4 del decreto objeto de análisis, y por ello a dichas consideraciones también se remite la Sala.

En efecto, se acaba de exponer, en el análisis de la norma anterior, que el reglamento de la ley no puede suprimir –derogar- una etapa del proceso de liquidación judicial que la ley reglamentada contempla –en este caso, el art. 48, lit.

b), de la ley 1.116 de 2006⁴⁰-, por obvias que parezcan las razones al poder ejecutivo, o por inútil que aparente ser la exigencia –por estar precedida de un procedimiento (el de toma de posesión) donde se realizó una etapa similar-, o por innecesario que parezca ahora el requisito.

El criterio jurídico supera las razones prácticas que deja entrever el ejecutivo, en el artículo analizado; sencillamente –y una vez más-, se constata que un reglamento no puede derogar una ley, pues dejaría de ser reglamento para fungir de norma legal; siendo aquella la única que puede reformar o derogarse a sí misma.

En estos términos, el Consejo de Estado debe garantizar uno de los principios jurídicos más fuertes que inspira a nuestro ordenamiento jurídico: el de la jerarquía normativa, que reside en la base del control de legalidad, en función del cual unas normas le deben obediencia a otras, por ser de inferior rango jurídico, de manera que la corrección de la norma superior, por deficiencia en su contenido, por desuetud, por inoperancia, o por cualquier otra razón que la hace ver para algunos como innecesaria, sólo la puede hacer la autoridad competente para hacer o derogar la norma de superior valor; criterio que ahora el reglamento pretende desconocer abiertamente, señalando que “El trámite de liquidación judicial... no incluirá el procedimiento de presentación y aprobación del inventario valorado...”, cuando la ley sí lo contempla.

En estos términos, la norma será declarada nula.

4.2.12. Dispone el artículo duodécimo del Decreto 1.910 de 2009:

”ARTÍCULO 12. Enajenación de activos y Adjudicación. El plazo para enajenación de los activos de que trata el artículo 57 de la Ley 1116 de 2006, se contará a partir de la posesión del liquidador y hasta dos (2) meses después, sin que al nuevo adquirente se le puedan hacer exigibles las obligaciones que pesen sobre los bienes adquiridos y,

⁴⁰ “ARTÍCULO 48. PROVIDENCIA DE APERTURA. La providencia de apertura del proceso de liquidación judicial dispondrá: (...)

“9. Ordenar al liquidador la **elaboración del inventario de los activos del deudor**, el cual deberá elaborar el liquidador en un plazo máximo de treinta (30) días a partir de su posesión. Los bienes serán evaluados por expertos designados de listas elaboradas por la Superintendencia de Sociedades.

“Una vez vencido el término, el liquidador entregará al juez concursal el inventario para que este le corra traslado por el término de diez (10) días.” (Negrillas fuera de texto)

para todos los efectos, se entenderán libres de todo gravamen u obligación, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 58 de la misma ley.

“Vencido el término anterior, el liquidador informará el resultado de la enajenación y presentará el proyecto de Adjudicación a la Superintendencia de Sociedades, la cual procederá a expedir la providencia de que trata el último inciso del artículo 57 de la Ley 1116 de 2006, siguiendo las reglas establecidas en el artículo 58 de la misma ley, en la cual ordenará la adjudicación del dinero y de los bienes a las devoluciones aceptadas insolutas determinadas en la rendición de cuentas del proceso de toma de posesión para devolver, hasta concurrencia del valor de las mismas, según la propuesta presentada por el liquidador.

”Cumplido el procedimiento anterior, la Superintendencia de Sociedades ordenará la publicación del aviso de que trata el artículo 48 de la Ley 1116 de 2006, para que los acreedores se presenten al proceso de liquidación y comparezcan las personas objeto de recaudo no autorizado que no se hubieren presentado al proceso de toma de posesión para devolver, para continuar el proceso de liquidación judicial previsto en la Ley 1116 de 2006.

”En la liquidación judicial se tendrá en cuenta que los recursos deberán aplicarse, en primer lugar, a las reclamaciones reconocidas, no presentadas en tiempo en el proceso de toma de posesión para devolver y presentadas en el proceso de liquidación judicial, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 7º del Decreto 4334 de 2008 y, en segundo lugar, a los acreedores reconocidos y admitidos distintos de las reclamaciones.

“Párrafo 1º. El liquidador podrá, con la autorización de la Superintendencia de Sociedades y en atención a la naturaleza de los bienes objeto de la adjudicación, constituir patrimonios autónomos receptores de las adjudicaciones, u otros mecanismos, con la finalidad de que continúen las enajenaciones o su administración en las condiciones establecidas en los respectivos contratos, cuyos costos serán con cargo a dichos bienes.

”En todo caso, los derechos fiduciarios correspondientes serán cedidos a los beneficiarios de la adjudicación, antes de la terminación del proceso de liquidación.

”Párrafo 2º. En los procesos liquidatorios que no cuenten con dinero o bienes para efectuar la adjudicación, no se dará aplicación a lo dispuesto en el presente artículo, caso en el cual, la Superintendencia de Sociedades aplicará el procedimiento de la Ley 1116 de 2006, ordenando en primer término la publicación del aviso de que trata el artículo 48 de dicha ley.

”Para efectos del artículo 63 de Ley 1116 de 2006, debe entenderse que el proceso de liquidación judicial termina también en aquellos casos en que por ausencia de bienes no es posible realizar una adjudicación. En este evento, la terminación se producirá una vez se

encuentre en firme la providencia de calificación, graduación y determinación de derechos de voto.

Por las mismas razones expuestas en relación a los dos artículos inmediatamente analizados este también será anulado.

En efecto, una vez más la Sala se encuentra con que estas últimas normas establecen una serie de modificaciones a las disposiciones legales que se ocupan de la liquidación judicial. En esta ocasión, el art. 12 introduce varias modificaciones a la “enajenación de activos” y a la “adjudicación”, que impiden, incluso, declarar la validez de algunos apartes de la extensa disposición, sencillamente porque la nulidad de algunos aspectos o materias conduce a la imposibilidad de aplicar aquellas que se regulan a continuación.

Así, por ejemplo, el primer inciso del artículo citado modifica la forma de contar el plazo para la enajenación de activos, ya que mientras el art. 57 de la ley 1.116 – supletiva en los temas no regulados en el decreto 4334- dice que es “... de dos (2) meses contados a partir de la fecha en que quede en firme la calificación y graduación de créditos y el inventario de bienes del deudor...”, el reglamento –que en el artículo anterior pretende además derogar el trámite de presentación y aprobación del inventario valorado- dispone que “... se contará a partir de la posesión del liquidador...”, lo que introduce una modificación manifiesta a la ley, consecuencia –por cierto- de lo dispuesto en el art. 11 ya analizado.

El inciso segundo, por su parte, tiene dos problemas: i) de un lado, que se encuentra ligado a la etapa y al término señalado en el inciso primero, de tal forma que si este se anula resulta imposible mantener sin problema procesal este otro inciso; y ii) de otro lado –y quizá más grave aún-, indica que la adjudicación de los bienes y del dinero se hará “... a las devoluciones aceptadas insolutas determinadas en la rendición de cuentas del proceso de toma de posesión para devolver, hasta concurrencia del valor de las mismas, según la propuesta presentada por el liquidador”; mientras que el art. 58.1 de la ley 1.116 establece que “La totalidad de los bienes a adjudicar, incluyendo el dinero existente y el obtenido de las enajenaciones, será repartido con sujeción a la prelación legal de créditos.” El tratamiento distinto resulta evidente, y esto en razón de un reglamento es inadmisibles.

Ahora, pudiera ser que en el caso concreto el reglamento actúe con mejor juicio que el legislador en la regulación de esta materia; pero resulta que –según se ha dicho varias veces- no es la norma inferior la llamada a corregir presuntos desperfectos de la ley en el tratamiento del tema. De hecho, la presunción con la que opera el sistema jurídico es la inversa: que la norma superior tiene contenidos dignos de ser mantenidos, y que la norma inferior yerra al modificarlos.

El tercer inciso del art. 12 resulta afectado por la nulidad los dos primeros incisos, de allí que no podría mantenerse con autonomía, pues resultaría inane su lectura.

El inciso cuarto presenta el mismo defecto del inciso tercero, pero, además, dispone el orden en que deben aplicarse los recursos de la liquidación; cuando el art. 58.1. de la ley 1.116 establece que “La totalidad de los bienes a adjudicar, incluyendo el dinero existente y el obtenido de las enajenaciones, será repartido con sujeción a la prelación legal de créditos.” Una vez más la regulación disímil del tema es evidente, de modo que no se trata de un reglamento de la ley, sino de una nueva ordenación de la materia.

La misma suerte, ya por consecuencia de la nulidad de los anteriores incisos, correrán los párrafos de la norma analizada. Pero para abundar en razones frente a estos, baste señalar como, por ejemplo, el párrafo segundo establece una nueva forma de terminación del proceso liquidatorio –en tal sentido, señala que: “... debe entenderse que el proceso de liquidación judicial termina también en aquellos casos en que por ausencia de bienes no es posible realizar una adjudicación...”-, en lugar de ajustarse a las causales que contempla el art. 63 de la ley 1.116⁴¹, a las que remite el art. 15 del decreto 4334 de 2008.

En estos términos se declarará la nulidad del art. 12 analizado.

4.2.13. Dispone el artículo décimo tercero del Decreto 1.910 de 2009:

⁴¹ “ARTÍCULO 63. TERMINACIÓN. El proceso de liquidación judicial terminará:

“1. Ejecutoriada la providencia de adjudicación.

“2. Por la celebración de un acuerdo de reorganización.

“Cumplido lo anterior, dispondrá el archivo del expediente, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que proceda contra el deudor, los administradores, socios y el liquidador, y ordenará la inscripción de la providencia en el registro mercantil o en el que corresponda. La anotación indicada extinguirá la persona jurídica de la deudora.”

”ARTÍCULO 13. Planes de Desmonte Voluntarios. Corresponde a las Superintendencias de Sociedades y Financiera de Colombia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4334 de 2008, según el caso y a prevención, 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.

”La información suministrada por el captador deberá estar soportada en su contabilidad, llevada de acuerdo con los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia. Para los casos en que no exista contabilidad o en los que la misma no se ajuste a los principios o normas citados, el captador deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que la información reportada para efectos del plan de desmonte se ajusta a la realidad económica de las operaciones realizadas.

”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, las Superintendencias deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar la publicidad de la propuesta, así como la efectividad de la misma.

”Para otorgar la autorización las Superintendencias deberán verificar que el plan cumple con:

“a) Un porcentaje de aprobación equivalente al 75% de las personas afectadas por la captación o recaudo no autorizado por la ley,

”b) Evidencia de que la negociación ha tenido suficiente publicidad,

“c) Otorga los mismos derechos a todos los afectados

”d) No incluye cláusulas ilegales o abusivas,

”e) Cumple con los preceptos legales

”Una vez autorizado el plan, será de obligatorio cumplimiento para la totalidad de personas afectadas por la captación o recaudo no autorizado por la ley.

”las Superintendencias de Sociedades y Financiera de Colombia, informarán a la Fiscalía General de la Nación de la autorización y el resultado de la ejecución de los planes de desmonte, para lo de su competencia.

“Parágrafo: Ante la inobservancia del plan de desmonte aprobado en los términos de este artículo, se informará de ello a la Superintendencia que hubiere aprobado el plan, para que declare el incumplimiento. En este evento, corresponde a la Superintendencia de Sociedades decretar la apertura de la liquidación judicial, sin

perjuicio de las actuaciones administrativas y penales a que hubiere lugar.

”la Superintendencia de Sociedades, en el marco del proceso de toma de posesión para devolver, podrá aprobar el plan de desmonte de que trata este artículo.

El decreto 4334 de 2008 contempló la posibilidad de que las personas que han realizado actividades de captación de recursos sin autorización estatal eviten la toma de posesión para la devolución, siempre que voluntariamente desmonten sus estructuras empresariales. Para este efecto, dispone el art. 7 del decreto 4334 que la Superintendencia de Sociedades, en desarrollo de la intervención, podrá adoptar, entre otras, las siguientes medidas: “d) En caso de que a juicio de la Superintendencia se presente una actividad con la cual se incurra en alguno de los supuestos descritos en el presente decreto, por parte de una persona natural o jurídica y ésta manifieste su intención de devolver voluntariamente los recursos recibidos de terceros, esta Entidad podrá autorizar el correspondiente plan de desmonte. En el evento que dicho plan se incumpla se dispondrá la adopción de cualquiera de las medidas previstas en este decreto, sin perjuicio de las actuaciones administrativas y penales a que hubiere lugar;...”

El “plan de desmonte”, creado por la ley, debe autorizarlo la Superintendencia de Sociedades, aunque el decreto ley no estableció su contenido ni la manera como se aprueba. Para estos **efectos resulta** pertinente que el reglamento desarrolle el tema, regulando el procedimiento para llevarlo a cabo.

Ahora, para la Sala, las condiciones que establece el decreto 1.910 resultan razonables, de manera que se ajustan a la ley. Entre ellas se exige: la relación de las personas beneficiarias de las devoluciones y la determinación de los bienes afectos al plan, soporte contable de la información, cobertura de la totalidad de las personas afectadas y publicidad del plan, requisitos de la solicitud, vinculatoriedad del plan aprobado y efectos de su incumplimiento. Como se ve, se trata de aspectos propios de un reglamento, para eventos en los cuales la ley crea una institución y le establece su alcance; pero no señala la manera de hacerla funcionar en sus detalles.

Finalmente, es necesario hacer una precisión adicional. El inciso primero del artículo 13 establece que “Corresponde a las Superintendencias de Sociedades y Financiera de Colombia... aprobar los planes de desmonte”, lo cual permite

preguntar si la atribución de esa misma facultad a la Superintendencia Financiera se ajusta a la ley, o si se trata de un exceso del reglamento.

Pues el tema no ofrece tanta dificultad, porque si bien el art. 7 le asigna la facultad a la Superintendencia de Sociedades para aprobar el plan, el art. 13 lo hace extensivo a la Financiera, al establecer que “Las actuaciones en curso que viene conociendo la Superintendencia Financiera se someterán a las siguientes reglas: (...)

“Parágrafo. En los eventos a que se refiere este artículo, la Superintendencia Financiera podrá aplicar cualquiera de las medidas establecidas en el artículo 7° del presente decreto, y las mismas se notificarán por aviso”, medidas entre las cuales se encuentra, precisamente, la de aprobar los planes de desmonte.

Por las razones expuestas, la Sala declarará la validez del artículo analizado.

4.2.14. Dispone el artículo décimo cuarto del Decreto 1.910 de 2009:

”ARTÍCULO 14. Acción Revocatoria y Reconocimiento de los Presupuestos de Ineficacia. Las acciones revocatorias y de reconocimiento de los presupuestos de ineficacia, se tramitarán de conformidad con lo establecido en los artículos 74, 75 y 76 de la Ley 1116 de 2006 y procederán durante el trámite del proceso de toma de posesión para devolver o de liquidación judicial.

”La acción revocatoria como medida de intervención, podrá también interponerse por el Agente Interventor o por cualquier reclamante del proceso de toma de posesión para devolver.

”Parágrafo 1°. las acciones referentes a daciones en pago y a los actos de disposición a título gratuito, podrán ser iniciadas por la Superintendencia de Sociedades en los procesos de toma de posesión para devolver y se tramitarán como incidente de conformidad con el artículo 8 de la Ley 1116 de 2006.

”Parágrafo 2°. En los casos en que las acciones revocatorias sean interpuestas por los reclamantes del proceso de toma de posesión para devolver, estos tendrán derecho a la recompensa de que trata el parágrafo del artículo 74 de la Ley 1116 de 2006.

”Parágrafo 3°. Para los efectos de este decreto, quien interponga la acción de que trata el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006, deberá allegar prueba siquiera sumaria del acto o negocio realizado por el intervenido, so pena de rechazo.”

El reglamento, en esta ocasión, se ocupa de la acción revocatoria y de la figura de la ineficacia de los actos o negocios celebrados por la intervenida, remitiendo para su trámite a la regulación contenida en los arts. 74 a 76 de la ley 1116 de 2006.

Desde el punto de vista de la creación de estas dos figuras, la Sala no encuentra problema al respecto, pues el decreto 4334 también las contempló, para ponerlas al servicio del procedimiento de toma de posesión y de liquidación de las personas que ilegalmente prestan el servicio financiero. En este sentido, dispuso el art. 7 del decreto 4334 de 2008 que “En desarrollo de la intervención administrativa, la Superintendencia de Sociedades podrá adoptar las siguientes medidas: (...)”

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

En esta perspectiva el reglamento es legal, porque la posibilidad de revocar actos o negocios jurídicos, o **reconocer** su ineficacia, fueron contemplados por la ley, que es quien tiene la potestad para hacerlo. El reglamento, en este punto, sólo reproduce la ley.

A continuación, el inciso segundo del art. 14 establece que el procedimiento para tramitar estas acciones es el previsto en los arts. 74 a 76 de la ley 1.116, circunstancia que se ajusta al ordenamiento jurídico, como quiera que el art. 15 del decreto 4334 –ya muchas veces citado para resolver este tipo de asuntos- remitió a esa norma, “En lo no previsto en el presente decreto...”

Y no queda duda que las normas de reenvío, que se ocupan de temas como la legitimación, el procedimiento, el alcance, la caducidad y los presupuestos de ineficacia, son las que corresponde, por su pertinencia, tanto que a ellas se debe acudir, no porque lo diga el reglamento, sino porque el art. 15 del decreto-ley es suficiente para entender que así debe ser.

En estos mismos términos deben considerarse los tres párrafos del art. 14, pues son una extensión de las razones analizadas respecto al contenido principal del mismo artículo.

4.2.15. Dispone el artículo décimo quinto del Decreto 1.910 de 2009:

"ARTÍCULO 15.- Operaciones de crédito. Las organizaciones no gubernamentales que otorguen microcrédito gozarán de los beneficios previstos en el artículo 2 del Decreto 4591 de 2008."

Considera la Sala que esta norma no se ajusta a la ley reglamentada, porque crea un beneficio tributario, de indiscutible reserva legal, a favor de organizaciones no gubernamentales.

El vicio de ilegalidad consiste en que el decreto 4591 de 2008 estableció, en el art. 2, una serie de beneficios en favor de establecimientos de crédito y cooperativas autorizadas para ello, si ejercen su actividad crediticia en las regiones del país golpeadas por el fenómeno de la pirámides y demás actividades ilícitas afines⁴².

En esta línea de pensamiento, un análisis simple del tema permite concluir fácilmente que el decreto-ley creó el incentivo a que se refiere para dos clases de instituciones financieras: los establecimientos de crédito y las cooperativas que pueden ejercer la actividad financiera. En este orden de ideas, es inadmisibles que

⁴² "Art. 2°. *Tendrán 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 reglamento agregue a este listado una entidad más -las organizaciones no gubernamentales que otorguen microcréditos- cuando se sabe que una norma de esta jerarquía no puede arrogarse ese alcance.

Entre otras cosas, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece que "... Los establecimientos de crédito comprenden las siguientes clases de instituciones financieras: establecimientos bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial y cooperativas financieras" –art. 2, num. 1-, listado en el que no figuran las organizaciones no gubernamentales que otorguen microcréditos, y por eso el reglamento viola el decreto 4591 de 2008.

En estos términos, el artículo analizado será declarado nulo.

4.2.16. Dispone el artículo décimo sexto del Decreto 1.910 de 2009:

“ARTÍCULO 16.- Responsabilidades de Agente Interventor. Las responsabilidades de los agentes interventores, como representantes legales de la entidad intervenida, referidas a asuntos fiscales, parafiscales, aduaneros, cambiarios o derivados de tasas y contribuciones nacionales o territoriales, se limitarán al tiempo durante el cual ejerzan el cargo. Por lo tanto, los agentes interventores no serán responsables de las obligaciones pendientes de cumplir por las entidades intervenidas al momento de adoptarse dicha medida, ni tampoco cuando por fuerza mayor o caso fortuito no pudiesen cumplir con las mismas en el proceso de intervención.”

Considera la Sala que esta norma debe declararse nula, porque trata una materia que sólo la ley puede desarrollar, como es la responsabilidad personal de los Agentes Interventores.

En concreto, este artículo se ocupa de tres aspectos: i) de los asuntos a que se concreta la faceta de la responsabilidad que allí se regula -fiscales, parafiscales, aduaneros, cambiarios o derivados de tasas y contribuciones nacionales o territoriales-, ii) del tiempo durante el cual opera la responsabilidad personal de los Agentes Interventores –mientras ejerzan el cargo- y iii) de los eximentes de responsabilidad -cuando por fuerza mayor o caso fortuito no pudiesen cumplir con las obligaciones-.

Para la Sala es claro que estos tres aspectos son materias reservadas a la ley, y concretamente a cada una de las que actualmente desarrollan el tema, de allí que el reglamento no puede añadir contenidos de ningún alcance. Esta idea tiene fundamento en los arts. 6 y 124 de la Constitución Política, según los cuales la responsabilidad de los particulares y la de los servidores públicos debe asumirla la ley, normas que disponen:

“Art. 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”

“Art. 124. La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.”

En este entendimiento la Constitución le encomendó al legislador ocuparse personalmente de la responsabilidad por el ejercicio de ciertos cargos o trabajos, además de que normas como estas, entre otras que regulan formas de responsabilidad específicas –como la penal, la disciplinaria y la fiscal- reiteran esta idea.

En ese horizonte, resulta extraño a un reglamento que señale el alcance de la responsabilidad de quien ejerce una función pública, pues así la norma propuesta fuese acertada, lo cierto es que sólo el legislador puede indicar hasta cuándo, desde cuándo y bajo qué circunstancias opera cada tipo de responsabilidad personal de los funcionarios o de las personas privadas.

Desde este punto de vista, es inadmisibles que se establezca de qué conductas, circunstancias o en qué eventos no son responsables los Agentes Interventores, toda vez que -se insiste, aunque esta vez por la vía de lo negativo- el reglamento no puede tratar la materia que sólo la ley puede abordar. Por estas razones la norma será anulada.

4.2.17. Dispone el artículo décimo séptimo del Decreto 1.910 de 2009:

”ARTÍCULO 17. Normas de aplicación en el tiempo de las reglas de procedimiento. Lo dispuesto en el presente decreto se aplicará a los procesos en curso, sin perjuicio de que los recursos interpuestos y los términos que hubiesen comenzado a correr, se rijan por la ley vigente cuando se interpuso el recurso, o empezó a correr el término.”

La norma citada reproduce un viejo principio, que establece que las normas de procedimiento son de aplicación inmediata a los procesos en curso, salvo los términos que ya hubiesen empezado a correr, los cuales se rigen por las disposiciones vigentes al momento de su presentación. Se trata del artículo 40 de la ley 153 de 1887, que preceptúa: “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”

En esta línea de pensamiento, el artículo 17 se ajusta a la ley, en virtud a que no hace más que reproducir la norma legal que consagra este aspecto. Incluso, de no existir dicho artículo es inhesitable que la ley 153 establecía los efectos de la entrada en vigencia de esta clase de normas.

No obstante, se debe hacer una precisión. Como se ha expuesto a lo largo de esta providencia, varias normas analizadas del reglamento en realidad no contemplan o crean aspectos procesales nuevos, se limitan a reproducir o a remitir al procedimiento –o parte de el- previsto en la ley 1.116 de 2006. En tal caso debe entenderse que lo contemplado en la ley -a lo cual remitió el art. 15 del decreto 4334 de 2008-, rige desde la fecha de entrada en vigencia de este decreto-ley, pues es obvio que no era necesario que el reglamento reprodujera o incorporara la ley 1.116, o parte de ella, para que tuviera vigencia. En estos términos se declarará la validez condicionada de la norma.

4.2.18. Dispone el artículo décimo octavo del Decreto 1.910 de 2009:

“ARTÍCULO 18. Mecanismos de Cooperación y Coordinación Judicial. La Superintendencia de Sociedades podrá hacer uso de los mecanismos de cooperación y coordinación judicial establecidos en el régimen de insolvencia transfronteriza establecido en la Ley 1116 de 2006 y en los tratados internacionales vigentes para Colombia.

En los términos analizados respecto al art. 15 del decreto 4334 de 2008, la Sala declarará la validez de la norma citada, ya que en virtud de este –según se ha señalado tantas veces ya- “En lo no previsto en el presente decreto, se aplicarán, en lo pertinente, supletivamente las reglas establecidas en el Estatuto Orgánico

del Sistema Financiero para la toma de posesión y en el Régimen de Insolvencia Empresarial”, reglas que invoca el artículo 18 -concretamente los artículos 85 y siguientes- y que la Sala observa que son compatibles con el proceso de toma de posesión para devolución del dinero captado irregularmente.

En otras palabras, si la ley 1.116 permite que para los procedimientos allí regulados operen los mecanismos de cooperación y coordinación judicial con otros países, es perfectamente compatible con los procedimientos judiciales previstos en el decreto 4334 de 2008 servirse de esos mismos instrumentos, para lograr los fines indicados en la declaración del Estado de Emergencia Social. Una vez más se debe indicar que no es este reglamento **el que** hace posible el uso de estas herramientas, sino la ley misma, que remitió a ellos.

Por las razones expuestas, la Sala declarará la validez del artículo analizado.

4.2.19. Dispone el artículo décimo noveno del Decreto 1.910 de 2009:

“ARTÍCULO 19.- Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.”

La Sala tampoco observa problema de legalidad en esta disposición, y por ello declarará su validez pura y simple, pues lo que regula –la vigencia a partir de la publicación del decreto- se ajusta a las normas que debe observar. Tal es el caso del art. 1 de la ley 57 de 1985, que establece: “La Nación, los Departamentos y los Municipios incluirán en sus respectivos Diarios, Gacetas o Boletines oficiales todos los actos gubernamentales y administrativos que la opinión deba conocer para informarse sobre el manejo de los asuntos públicos y para ejercer eficaz control sobre la conducta de las autoridades, y los demás que según la ley deban publicarse para que produzcan efectos jurídicos.”

Y el art. 95 del decreto ley 2150 de 1995 señaló que: “... A partir de la vigencia del presente decreto, sólo se publicarán en el Diario Oficial, los siguientes documentos públicos: (...)

“c) **Los decretos** y resoluciones ejecutivas expedidos por el Gobierno Nacional, **cuya vigencia se determinará en el mismo acto de su expedición**, y los demás actos administrativos de carácter general expedidos por las entidades u órganos

del orden nacional, cualquiera que sean las ramas u organizaciones a las que pertenezcan;” (Negrillas fuera de texto)

En consecuencia, el artículo 19 del decreto 1.910 de 2009 decidió que su vigencia operaba desde la publicación del decreto⁴³, opción que respeta las normas citadas.

Sin embargo, se debe hacer una precisión semejante a la del artículo 17, en el sentido de indicar que como varias normas analizadas del reglamento en realidad no contemplan o crean aspectos procesales nuevos, y se limitan a reproducir o a remitir al procedimiento –o parte de el- previsto en la ley 1.116 de 2006, entonces, en tal caso debe entenderse que lo contemplado en la ley -a lo cual remitió el art. 15 del decreto 4334 de 2008-, rige desde la fecha de entrada en vigencia de este decreto-ley, puesto que es obvio no era necesario que el reglamento reprodujera o incorporara la ley 1.116, o parte de ella, para que tuviera vigencia. En otras palabras, la vigencia de esos aspectos no opera por la entrada en vigencia de este decreto reglamentario, sino por la ley que rige autónomamente.

Pese a lo anterior, en esta ocasión no se condicionará la validez de la norma analizada, sino que se declarará su validez pura y simple, porque se entiende que al haberse condicionado el art. 17, entonces es claro el sentido en que debe leerse el art. 19 citado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero. DECLÁRASE la nulidad de la expresión: *”En este caso, no habrá lugar a la celebración de audiencias de que trata la Ley 1116 de 2006”*, contenida en el párrafo primero del art. 4 del decreto 1.910 de 2009.

Segundo. DECLÁRASE la nulidad de las expresiones: *“... solicitará a la Superintendencia de Sociedades, en su carácter de juez del proceso de toma de posesión para devolver que...”* y *“La Superintendencia de Sociedades atenderá*

⁴³ Además de estas normas, otras de la ley 153 de 1887 regulan la vigencia de ciertas normas generales en el tiempo, entre las cuales se hallan las siguientes, que no inciden sobre el caso concreto: Arts. 18, 19, 39 a 44, 52 y 53.

la solicitud dentro de los quince (15) días **siguientes** a su recepción”, contenidas en el inciso primero del artículo 7, así como la totalidad de su párrafo, del decreto 1.910 de 2009.

Tercero. DECLÁRASE la nulidad de la expresión: “...Para los procesos de liquidación judicial como medida de intervención, no se aplicará para la designación del liquidador el artículo 67 de la Ley 1.116 de 2006...”, contenida en el párrafo 1, así como la totalidad del párrafo 2, del art. 9 del decreto 1.910 de 2009.

Cuarto. DECLÁRASE la nulidad de los artículos 10, 11, 12, 15 y 16 del decreto 1.910 de 2009.

Quinto. DECLÁRASE la validez de los artículos 1, 2, 3, 4 –salvo lo dispuesto en el numeral primero-, 5, 6, 7 –salvo lo dispuesto en el numeral tercero-, 8, 9 –salvo lo dispuesto en el numeral cuarto-, 13, 14, 18 y 19 del decreto 1.910 de 2009.

Sexto. DECLÁRASE la validez condicionada del art. 17 del decreto 1.910 de 2009, en el entendimiento de que las normas procesales de este reglamento aplican a los procesos que se encuentran en curso; sin perjuicio de que las normas procesales que contempla la ley 1.116 de 2006, a las cuales remitió el art. 15 del decreto 4334 de 2008, aplican desde la entrada en vigencia de dicho decreto-ley.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE EL EXPEDIENTE

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Presidente

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

**HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
VALENCIA**

MARTHA TERESA BRICEÑO DE

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

MAURICIO TORRES CUERVO

ALFONSO VARGAS RINCÓN

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO