

OFICIO 220-098119 DEL 12 DE MAYO DE 2017

Ref: Radicación 2017-01-157202 04/04/2017 – DEVOLUCION DE DINEROS POR LA CAPTACION ILEGAL.

Aviso recibo de su escrito radicado bajo el No. citado, mediante el cual formula una consulta en los siguientes términos:

“... Bajo qué ley o normatividad, la Superintendencia de Sociedades descuenta totalmente los intereses recibidos cuando una empresa es intervenida y se llega al punto de la devolución del dinero invertido?”

Al respecto es preciso señalar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, esta oficina con fundamento en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto sobre las materias a cargo de la Entidad. Por tanto sus respuestas en esta instancia, no están dirigidas a resolver situaciones particulares, en tanto se trata de una labor eminentemente pedagógica que busca ilustrar a los usuarios, lo que explica que sus pronunciamientos no sean vinculantes ni comprometan su responsabilidad.

Tampoco es la instancia para prestar asesoría sobre temas relacionados con los procesos concursales que se tramitan ante la Entidad, máxime si se tiene en cuenta que la doctrina constitucional sobre el ejercicio de funciones judiciales por las superintendencias, invariablemente exige, que los funcionarios administrativos que ejercen funciones judiciales, estén dotados de independencia e imparcialidad, doctrina que reitera la Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la que la H. Corte Constitucional advierte no le es dable a esta Superintendencia como autoridad administrativa, intervenir en asuntos que haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales o administrativas, en relación con los cuales se debe pronunciar como juez en las instancias procesales a que haya lugar.

Bajo esa perspectiva, a título meramente ilustrativo resulta oportuno efectuar las siguientes consideraciones jurídicas de orden general:

Con fundamento, en los artículo 212 y 213 de la Constitución Política de Colombia, El Gobierno Nacional declaró el estado de emergencia en todo el territorio nacional, a través del Decreto 4333 de 2008.

Conforme al citado decreto, “... *las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público son de interés público y están sujetos 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 considera penalmente responsables las personas que captan de manera masiva sin la debida autorización de la Superintendencia Financiera.”

En tal virtud se expidieron por parte del Gobierno Nacional sendos decretos con el fin de conjurar, prevenir, reprimir y sancionar todas aquellas conductas y actividades por parte de personas naturales y jurídicas, en la modalidad de captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones, que 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 protegido por el artículo 335 de la Constitución Política.

En efecto, se expidieron los Decretos 4334 de 2008 y 1910 de 2009, por medio de los cuales, se reguló **el procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008 y el segundo**, por el cual se reglamentó parcialmente el Decreto 4334 de 2008, la Ley 1116 de 2006, y el artículo 2º del Decreto 4591 de 2008 y se dictaron otras disposiciones.

Con ese mismo fin, se expide el Decreto 4336 de 2008, por medio del cual se modificó el artículo 316 de la Ley 599 de 2000, en torno al delito de “*Captación masiva y habitual de dineros*”, así:

(...)

“Artículo 1º. *Modificarse el artículo 316 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:*

“Artículo 316. *Captación masiva y habitual de dineros. El que desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, colabore, o realice cualquier otro acto para captar dinero del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de ciento veinte (120) a doscientos cuarenta (240) meses y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

“Si para dichos fines el agente hace uso de los medios de comunicación social u otro de divulgación colectiva, la pena se aumentará hasta en una cuarta parte.”

Como se puede apreciar, se trata de regulaciones de orden público y de obligatorio cumplimiento, las cuales hacen parte del derecho público de la nación.

Por su parte es sabido que de acuerdo con la regla general, para que una persona se obligue con otra, se requiere un acto o declaración de voluntad, el cual debe reunir ciertos requisitos de ley, entre ellos: **1.** Que sea legalmente capaz, **2.** Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio, **3.** Que recaiga sobre un objeto lícito; **4** Que tenga una causa lícita (artículo 1502 del Código Civil)

Así mismo, el artículo 1519 ibidem prescribe: “**OBJETO ILICITO** Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto.

Bajo esa perspectiva fácilmente se infiere que en la medida en que todas aquellas operaciones derivadas de la actividad de captación de recursos del público, sin contar con la debida autorización, resultan ilegales. De ahí que cuando se trata de captación ilegal de recursos del público, se está frente a un objeto ilícito, que como tal contraviene al interés jurídico protegido por derecho público de la nación, en los términos de la disposición legal mencionada.

Lo expuesto explica que las normas que regulan el proceso de intervención, como las que tipifican el delito de captación ilegal, tienen como objeto **la devolución** como **el reintegro** de los dineros entregados por los afectados; mas no en cumplimiento de la obligación producto de un acuerdo de voluntades al que se hubiere llegado al momento de entregar los dineros, el cual no cumplió con los presupuestos de ley, sino que por la ilicitud del objeto de la captación, es que procede la finalidad del proceso, pues no puede haber obligación sin una causa real y lícita, amén de las reglas previstas en los artículos 1524 y 1525 de la codificación civil.

En ese orden de ideas, es para efectos de la devolución del dinero de los afectados por la captación ilegal, que se estableció el procedimiento regulado to en el artículo 10 Decreto 4334 de 2008, en el cual el interventor aceptará o rechazará la reclamación, y respecto de las reclamaciones aceptadas, procederá conforme al Parágrafo 1º , así:

(...)

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

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

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

“c) En el evento en el que 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.”

En definitiva, el propósito esencial de la intervención es la devolución y reintegro del dinero a los afectados, pero no con arreglo al acuerdo previo de voluntades que por su connotación tiene objeto ilícito, como fue visto.

De forma tal, que los criterios de devolución de los dineros, como el de imputar los intereses previamente recibidos a las sumas que deben ser devueltas, son un asunto propio y exclusivo que debe definir el interventor de la sociedad 1 en virtud de las facultades jurisdiccionales otorgadas para adelantar los procesos de intervención, encaminados a devolver de manera ordenada las sumas de dinero aprehendidas o recuperadas, en razón de su autonomía, de la justicia y del derecho, conforme lo establece el literal C del párrafo del artículo 10 Decreto 4334 de 2008.

En los anteriores términos, su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituyó Sustitúyase el Título II, Derecho de Petición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 9 de diciembre de 2009. Referencia 11001-03-15-000-2009-00732-00. Como se estableció con anterioridad, tal actuación no es competencia de la accionada en el presente caso, ni existe tampoco un control jerárquico de nuestra parte sobre la misma. Así lo estableció el Consejo de Estado al estudiar la legalidad del párrafo artículo 7 del Decreto 1910 de 2009. En su momento, dicha Corporación mencionó:

“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 de Sociedades no hubiere expedido la providencia de aprobación o de devolución correspondiente – a lo que se refería el artículo 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 del 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” (Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.