

# INTERVENCIÓN POR CAPTACIÓN ILEGAL -PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL-

Yefferson Mauricio Dueñas Gómez

10º Congreso Colombiano de Derecho Concursal.  
Cartagena de Indias, octubre de 2016

# OBJETIVO

El propósito de esta presentación es examinar, desde una dimensión constitucional, el alcance y límites de la facultad de intervención del Estado por captación ilegal de recursos al público, así como la forma de controlar los excesos.

# CONTENIDO

- I. Generalidades
- II. Constitución de 1991 e intervención estatal
- III. Estado y captación ilegal
- IV. Intervención y dificultades constitucionales
- V. Mecanismos de control

# I.- GENERALIDADES

- ✓ Revivamos nuestra historia (local). La patria boba
- ✓ El caso de “Judas Tadeo” (1841).

“Mientras Landínez pierde todo, uno de sus socios José María Plata, huye secretamente, a lomo de mula por los caminos de la Sabana. Diez años después don José María regresó y fue nombrado Ministro de Hacienda”.

✓ **La casa Vásquez Correa (1920).**

“Los grandes y pequeños capitalistas corren apresurados a retirar sus depósitos de los bancos, derrumbando en una hora de irreflexible pusilanimidad prósperas y poderosas instituciones que sostenían ayer”.

✓ **El “Conejo” millonario (1964).** “Los ahorros se pueden multiplicar tan rápido como se multiplican los conejos”.

“No fueron muchos los damnificados que lo denunciaron. Se comentaba que una tercera parte de los dirigentes colombianos le habían entregado sus ahorros. Otra tercera parte había asistido a sus cursos sobre temas financieros. Y la otra parte lo tenía como candidato a Ministro de Hacienda”.

✓ **La crisis de los años 80.** Emergencia económica y delito de captación ilegal.

✓ **DMG y DRFE (2008-2009).** Un nuevo Estado de Emergencia Social.

Lograron captar cerca de 2 billones de pesos.

Más de 250.000 denuncias presentadas en el año 2008 ante la Fiscalía General de la Nación.

✓ **Libranzas (2016).**

Mas de 10.000 inversionistas

Cerca de 1,5 Billones de pesos en riesgo

# BALANCE

- ✓ Dinámicas sociales y económicas difícilmente controlables (Bitcoin o litecoin, tarjetas virtuales, etc.)
- ✓ Delgada línea entre lo legal y lo ilegal.
- ✓ La tormenta perfecta: Un negocio “triple AAA”.
  - Avaricia
  - Avivatos
  - Ausencia de Estado
- ✓ Fenómenos atípicos y ajustes normativos permanentes

## II.- CONSTITUCIÓN DE 1991 E INTERVENCIÓN ESTATAL

- ✓ NO acogió un modelo liberal clásico.
- ✓ TAMPOCO un modelo de Estado benefactor
- ✓ Consagró un modelo de “Economía social de mercado”.
- ✓ Confluyen “la mano invisible del mercado con el brazo visible del Estado”



## II.- CONSTITUCIÓN DE 1991 E INTERVENCIÓN ESTATAL

- ✓ Libertades individuales (art.16 CP)
- ✓ Reconocimiento de la propiedad privada (art.58)
- ✓ Libertad económica, iniciativa privada y libre competencia (art. 333)
- ✓ Libertades económicas sujetas a los límites del bien común (art. 333).
- ✓ Libertades restringidas por el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (art.333)

## II.- CONSTITUCIÓN DE 1991 E INTERVENCIÓN ESTATAL

- ✓ Dirección e intervención del Estado en la economía (art. 334)
- ✓ Interés público y alta intervención en recursos captados al público (art. 335)
- ✓ Autorización previa del Estado
- ✓ Captación ilegal – Banca de hecho

## III.- ESTADO Y CAPTACIÓN ILEGAL

- ✓ Tensión entre libertades económicas e intervención estatal (DMG)
- ✓ Responsabilidad compartida. Empresas – Ciudadanos – Estado
- ✓ Principio de Buena fe
- ✓ Ejercicio excesivo de funciones jurisdiccionales
- ✓ Control a la arbitrariedad de la administración
- ✓ Derecho de defensa y debido proceso
- ✓ Otras garantías y derechos

## IV.- INTERVENCIÓN Y DIFICULTADES CONSTITUCIONALES

- ✓ Declaratoria de Emergencia Social (DL 4333/08 – Sentencia C-135/09)
- ✓ Cambio en la legislación penal (DL 4336/08 – Sentencia C-224/09)
- ✓ Intervención por captación (DL 4334/08 – Sentencia C-145/09)

## IV.- INTERVENCIÓN Y DIFICULTADES CONSTITUCIONALES

- ✓ Intervención estatal (Art. 1)
  - Restablecer y preservar el interés público
  - Superintendencia de Sociedades. Dualidad: (¿Juez y parte?)  
Inspección, control y vigilancia; pero a la vez juez.
  - ¿Amplias facultades?
  
- ✓ Objeto (Art. 2)
  - Conjunto de medida administrativas en (i) negocios, (ii) operaciones y (iii) patrimonio de personas NATURALES o JURÍDICAS.
  - ¿Qué control tienen acaso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo?
  - ¿Procedimiento realmente cautelar?

# IV.- INTERVENCIÓN Y DIFICULTADES CONSTITUCIONALES

## ✓ Naturaleza ( Art. 3)

- Funciones jurisdiccionales de toma de posesión para devolver \$
- Única instancia.
- Problemático: Uso restringido de las facultades (T-079/10, T-760/13, SU-773/14)

## ✓ Sujetos (Art.5)

- Personas Naturales o Jurídicas vinculadas “DIRECTA O INDIRECTAMENTE”, distintos a quienes entregaron sus recursos.
- ¿TECEROS DE BUENA FE?.
- C-145/09. CONTRADICCIÓN

## IV.- INTERVENCIÓN Y DIFICULTADES CONSTITUCIONALES

- ✓ **Supuestos de intervención** ( Art. 6)
  - Hechos objetivos o notorios que “A JUICIO DE LA SUPERINTENDENCIA” de Sociedades... a cambio de bienes, servicios o rendimientos “SIN EXPLICACIÓN FINANCIERA RAZONABLE”.
  - Sentencia C-145/09. Exige adecuada motivación. ¿Y el control?
  
- ✓ **Medidas de intervención** (Art.7 y ss)
  - Toma de posesión. Decision jurisdiccional contra la cual NO procede recurso alguno.
  - Revocatoria e ineficacia de contratos.
  - Terceros NO VINCULADOS y devolución de \$\$\$
  - Determinación de cuándo hay incumplimiento

# IV.- INTERVENCIÓN Y DIFICULTADES CONSTITUCIONALES

- ✓ Medidas de intervención (art. 7 y ss.)
  - Publicación en medios nacionales (Good will)
  - Guarda inmediata de los bienes de una persona.
  - Irrelevancia de la calidad de comerciante para efecto de la liquidación.
  - Cierre de establecimientos y fuerza pública
  - Guarda de bienes y documentos de comercio, incluso previas a la toma de posesión.
  - Levantamiento de medidas cautelares
  - Suspensión de procesos
  - Terminación de contratos



## V.- MECANISMOS DE CONTROL

- ✓ Complejos Debates hermenéuticos
- ✓ Delimitación de competencias y control a la arbitrariedad
- ✓ Insuficiencia de los mecanismos procesales (reposición)
- ✓ Tutela contra providencias judiciales
  - Defecto sustantivo
  - Defecto fáctico
  - Defecto procedimental
  - Defecto orgánico

## V.- MECANISMOS DE CONTROL

- ✓ Tutela cuando además de la propiedad se afectan otros derechos constitucionales (T-079/10, T-733/14)
- ✓ Nulidad por falta de integración del contradictorio (A. 147/05, A. 305/08)
- ✓ Procedencia pago de salarios y mesadas pensionales (T-575/03, T-327/06)
- ✓ Falta de señalar el trámite concursal en la resolución de conflictos (T-017/05)
- ✓ Debido proceso y derechos fundamentales de las partes que hagan o lleguen a ser parte del trámite concursal o liquidatorio (T-235/08, T-337/08)
- ✓ Deberes y responsabilidad del liquidador (T-126/12)

# GRACIAS



Carrera 14 No. 93 B-29, oficina 305

Tel. (57)1 6456965 - (57) 313 2846540

[info@duenasgomez.com](mailto:info@duenasgomez.com)

[www.duenasgomez.com](http://www.duenasgomez.com)