

DE LAS PIRÁMIDES AL DELITO DEL EJERCICIO ILEGAL DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA *

*Hernando A. Hernández Quintero***

Sumario. I. Aspectos generales. II. Antecedentes de la figura. III. La captación masiva y habitual de dineros en el Código Penal (Ley 599 de 2000). IV. La emergencia y la modificación del tipo penal de captación masiva y habitual. V. Estudio dogmático del tipo penal de captación masiva y habitual de dineros. A. Sujetos. 1. Activo. 2. Pasivo. B. Conducta. 1. Ingredientes normativos. a. “Sin contar con la previa autorización de la autoridad competente”. b. Patrimonio líquido. c. Objeto. d. Consumación y tentativa. e. Complicidad. f. Concurso de conductas punibles. g. Críticas a la figura. h. Acciones administrativas como consecuencia de la captación masiva y habitual. i. Acciones tendientes a prevenir la captación masiva y habitual. j. Proyecto del Gobierno para combatir la captación masiva y habitual de dineros. VI. Legislación comparada. A. Bolivia. B. Chile. C. Ecuador. D. El Salvador. E. Guatemala. F. Italia. G. Perú. H. Venezuela.

* Fecha de recepción: febrero de 2009. Fecha de modificación: abril de 2009. Fecha de aceptación: junio de 2009.

** Abogado; magíster en derecho penal y criminología de la Universidad Externado de Colombia; profesor de delitos financieros en la Especialización de Derecho Penal en la misma universidad. Correo electrónico: hernando.hernandez@uexternado.edu.co.

Resumen. Recientes defraudaciones que afectaron a una gran masa de ciudadanos motivaron al Gobierno a dictar normas al amparo de la emergencia social, con las que se modificó el Código Penal colombiano, con el propósito de sancionar severamente a los captadores ilícitos de recursos. Son evidentes la improvisación legislativa en materia de delitos financieros y la total ausencia de política criminal en este tema.

Palabras clave: captación, dineros, masiva, habitual, autorización, autoridad competente.

FROM PYRAMIDS TO THE ILLEGAL PRACTICE OF FINANCIAL ACTIVITY

Abstract. Recent cases of fraud that affected a great number of citizens have motivated the Government to issue rules amending the Colombian Criminal Code in order to protect against social emergency, with the purpose of severely punishing the illegal raisers of means. The legislative improvisation in the field of financial crimes and the complete absence of criminal politics on the subject become obvious.

Keywords: raising, money, massive, habitual, authorization, competent authority.

El afán de enriquecimiento rápido y fácil, la inteligencia y la habilidad financiera mal utilizadas y la desidia de las autoridades se confabularon para generar en Colombia una de las más grandes defraudaciones de los últimos tiempos, situación que condujo al Gobierno a decretar, el 17 de noviembre de 2008, el estado de emergencia económica y a adoptar una serie de medidas tendientes a frenar la captación ilícita de recursos por medio de las conocidas pirámides. Éstas constituyen negocios en los que el capital de unos inversionistas es aprovechado para pagarles a otros hasta que, merced al agotamiento del ingreso, sobreviene la imposibilidad de cancelar los dineros del grueso de los incautos inversionistas, quienes ven desaparecer su dinero como por arte de magia.

A continuación efectuamos un análisis de los aspectos legales de las pirámides, que consisten en empresas que captan, masiva y habitualmente, el dinero del público sin contar con la previa autorización de las autoridades.

I. ASPECTOS GENERALES

Como es conocido, la función de intermediación financiera constituye el objeto y razón fundamental del sector financiero. Empero, esta gestión se desnaturaliza por la presencia, en el mercado, de individuos y personas jurídicas que sin una infraestructura adecuada, carentes de solidez económica y, desde luego, sin contar con la necesaria

autorización de la Superintendencia Financiera o de la Superintendencia de la Economía Solidaria, se dedican a recibir dineros del público que desea mayores réditos por su capital, y a evadir las obligaciones tributarias sin reparar en el riesgo a que se enfrentan, perdiendo el producto de una vida de esfuerzos o, en otras palabras, los ahorros de los que dispone el ciudadano.

Esta historia no es nueva en nuestro país; la picaresca nacional es generosa en este tipo de situaciones desafortunadas. El 31 de diciembre de 1841 tuvo lugar la quiebra del Grupo Landínez, el imperio financiero que logró crear Judas Tadeo Landínez y cuyo descalabro no dejó familia bogotana ilesa, contándose que cancelaba intereses del 2% mensual, cuando la mayor cifra de la época ascendía al 1%. El volumen de la quiebra, al decir de Mario Arango Jaramillo en su obra *Judas Tadeo Landínez y la primera bancarrota colombiana* (1842), “superó varias veces el presupuesto nacional de la época”¹.

Más tarde, en 1920, la casa Vásquez Correa, que inició sus actividades en Medellín y extendió sus tentáculos hasta Nueva York, corrió similar suerte que la del Grupo Landínez, hasta el punto que el periódico *La Defensa* de Medellín afirmaba en su editorial del 29 de octubre de ese año: “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”².

En las décadas de 1980 y 1990 sobresalen las quiebras y los malos manejos de Correa Acevedo y Furatena, pertenecientes al Grupo Colombia de FÉLIX CORREA, Inversiones Oro, el Grupo Central, el Grupo Santa Fe, el Grupo Duque, la Caja Vocacional, Cofinza, de los esposos POMBO URIBE, la Compañía de Asuntos Bursátiles y General Financiera, de JUAN RICARDO ESCOBAR y GUILLERMO URIBE HOLGUÍN, quienes se autodenominaron “Los Picas”, y más recientemente, el Grupo Glottmann, Cocentral y Philaac, la Cooperativa Avancemos, La Fortaleza y el Peluquero de Facatativá. El último, según la versión del periódico *El Tiempo* del 17 de septiembre de 1992, efectuó una defraudación de más de dos mil millones de pesos. Igual sucedió con la Fórmula Turística de Medellín; La Lonja de Ibagué, Capitalización y Seguros Limitada; el centro numismático El Centavo, de Medellín, y doña SOCORRO VALLEJO DE ARCILA, de quien se dice que defraudó a los ahorradores del municipio de Concordia, llevándose consigo más de 1.000 millones de pesos.

Lo curioso es que aun después de conocidos todos estos descalabros la gente siga confiando sus ahorros a “banqueros” que reconocen generosos intereses pero que, más temprano que tarde, se alzan con dichos recursos. Así lo demuestran las más de dos-

1 MARIO ARANGO JARAMILLO. *Judas Tadeo Landínez y la primera bancarrota colombiana* (1842), Medellín, Hombre Nuevo, Lealón, 1981, p. 15.

2 JORGE CHILDE y MARIO ARANGO. *Bancarrotas y crisis*, Bogotá, Grijalbo, 1988, p. 73.

cientas cincuenta mil denuncias presentadas en el año 2008 ante la Fiscalía General de la Nación, la mayoría de ellas contra la firma Dinero Rápido, Fácil y Efectivo (DRFE) y su dueño CARLOS SUÁREZ³, al igual que el proceso que se sigue a DAVID MURCIA GUZMÁN y su firma DMG, la cual, según el dicho de sus socios MARGARITA PABÓN y DANIEL ÁNGEL, alcanzó a lavar la suma de 245 mil millones de pesos⁴.

Esta forma de delincuencia, desde luego, no es exclusiva de Colombia, como se advierte en la nota publicada por la revista *Semana* en su número 569, correspondiente al 30 de marzo de 1993, en la cual se da cuenta de que JEZDIMIR VASILJEVIC huyó de Yugoslavia con destino a Atenas después de captar ahorros por 75 millones de dólares mediante la oferta de intereses superiores al 15% mensual. El cronista afirma que “la alta renta de los depósitos permitía a más de 100 mil ahorradores de lo que queda de Yugoslavia superar los rigores del bloqueo económico impuesto por la ONU, para castigar la agresión serbia contra Bosnia”.

Asimismo se da cuenta en el periódico *El Tiempo* del 3 de noviembre de 1994 (p. 16 A), de que el ruso SERGUEI MAVRODI, director de la compañía MMM, captó dinero de la población durante dos años, ofreciendo inmensos porcentajes antes de quebrarse en agosto, dejando a todos sus accionistas en la calle. A pesar de ello, se presentó como candidato al parlamento de su país y recibió un amplio respaldo popular que lo llevó a la cámara baja.

Sobre esta misma situación vale la pena recordar el drama humano que se generó en Venezuela a mediados de la década de 1990, como consecuencia de la quiebra del Banco Latino, resumido por el cronista ORLANDO GAMBOA en *El Tiempo* del 7 de marzo de 1994, de la siguiente manera:

Francisco D’Amato Di Miele se mató de un tiro en la cabeza para lavar su honor manchado.

María Da Concepção Alves murió el día que debió viajar a Portugal y no pudo. La mató el corazón.

Marina Regina Villamizar fue vista por un vecino en el mercado de Coche, cuando recogía frutas podridas.

El hombre entendió la razón de la inmigrante colombiana, y ambos lloraron y maldijeron.

3 *El Tiempo*, lunes 29 de diciembre de 2008, pp. 1 y 2.

4 *El Espectador*, sábado 10 de enero de 2009, p. 2.

Antonio Figueroa sacó sus máquinas a la calle en Valencia y las entregó a los obreros de su fábrica de quesos. “No tengo otra forma de pagarles”, les dijo, y se encerró.

A D’Amato, italiano de 59 años, su honor se le manchó por la misma razón por la cual la conserje portuguesa de 63 murió, la misma que obligó a Villamizar a buscar frutas podridas para llevarles de comer a sus cuatro hijos, y la misma del español de los quesos; la catástrofe del “Banco Latino” (BL) de Venezuela.

Ellos, como 1,2 millones de personas, seducidos por tasas de interés del 72 por ciento, entregaron hasta su último centavo disponible al latino.

En Albania, según lo informado por el Periódico *El País* en su edición del 11 de marzo de 1997,

[e] espejismo etéreo de la más grande e imaginaria riqueza jamás contada a los súbditos del país real más pobre de Europa ha terminado en un fantasmagórico viaje desde la ilusión y la fantasía al escarnio de la cruda e imponente realidad. Multiplicada ésta por el timo y la estafa de desaprensivos locales y extranjeros que –cuando menos con la aquiescencia gubernamental– han sumido en la ultramiseria ¿cabe imaginarla? a los millares de albaneses que no pudieron atravesar el charco Adriático. Aquellos que entregaron sus ahorros a los ladrones piramidales, que se han encargado de volatilizar en su propio beneficio las transferencias de los trabajadores emigrados, que en 1995 ascendieron a 385 millones de dólares [...].

En Ecuador se conoció como “una historia de horror, de usura y de muerte” el proceso seguido por el notario de Machala, JOSÉ CABRERA, quien dirigía un negocio ilegal de captación de recursos del público que contaba con 31.300 clientes y cuyas operaciones irregulares afectaron a 200 mil ciudadanos, quienes movidos por intereses del 7% al 12% mensuales acudían religiosamente a su despacho a entregar sus dineros. Se afirmó que CABRERA

[H]egó a manejar alrededor de 800 millones de dólares, lo que indica que a su muerte se quebró el segundo “banco” del país. Pues el banco de Pichincha maneja 1.350 millones en depósitos y el banco de Guayaquil, 700 millones.

Desde luego, entre los clientes del banquero aparecían desde prestigiosos funcionarios del gobierno hasta una trabajadora sexual, “que invirtió 10 mil dólares y luego de un año recibió 12 mil dólares” (*El Tiempo*, domingo 4 de diciembre de 2005, pp. 1-19).

Más recientemente, a finales del año 2008, BERNARD MADOFF desapareció en los Estados Unidos la suma de cincuenta mil millones de dólares, afectando a entidades financieras de gran trayectoria como el Banco Santander (2.330 millones de euros),

el BBVA (300 millones de euros), el HSBC (cerca de 1.000 millones de euros) y Fairfield Greenwich Group (7.300 millones de dólares invertidos). El señor MADOFF, ampliamente reconocido en Wall Street, “desplegó una supuesta técnica de inversión llamada *aplit-strike*, conversión que le permitía a sus clientes obtener rentabilidades anuales del 12 por ciento (con mínimos del 11 y máximos del 10 por ciento). ¿Pero cómo lo hacía? Sencillo. Utilizó el viejo truco de la pirámide. El retorno de unos inversionista lo pagaban otros inversionistas (sin saberlo) y así operaba como una cadena”⁵.

Así, otra frase del editorial de *La Defensa* recobra actualidad: “¡Pobre gente! ¡Cuántos pierden en un momento todos sus ahorros por querer enriquecerse en dos años!”⁶.

II. ANTECEDENTES DE LA FIGURA

El ejercicio de la *banca de hecho* cobró inusitado auge en la década de 1980, cuando en razón del exceso de medio circulante y, en consecuencia, de la medida gubernamental de ordenar un elevado encaje marginal, los bancos encontraban poco halagüeño recibir dineros del público, estimulándose de esta forma el mercado extrabancario. Tampoco es un secreto que muchos de estos recursos fueron captados por ciudadanos que los destinaron a operaciones ajenas al sector bancario.

Unidas al fenómeno comentado surgieron otras conductas que contribuyeron decididamente a la difícil situación vivida por el sector financiero, tales como las comentadas por FRANCISCO J. ORTEGA, ex gerente del Banco de la República:

La crisis de 1982 puede considerarse como la culminación de los múltiples desajustes que venía enfrentando el sistema financiero en las últimas dos décadas. Su crecimiento desordenado en cuanto a tipo y número de instituciones; el tamaño desproporcionadamente grande del sector respecto a su solidez patrimonial; la concentración de la propiedad y las malas prácticas en materia de crédito, dieron lugar a que las fallas internas del sistema se manifestaran plenamente, al entrar la economía en su ciclo recesivo. Además, las entidades que fracasaron y que fueron sometidas a procesos de nacionalización o liquidación eran de propiedad de unas pocas personas y presentaban, sin excepción, manejos claramente irregulares expresados en índices sorprendentes de concentración de cartera por medio de autopréstamos, falta de diversificación de las fuentes de recursos, y, en general, malos manejos administrativos.⁷

5 *Semana*. “Edición 1930 - 1931”, 22 de diciembre de 2008 a 5 de enero de 2009, p. 76.

6 CHILDE y ARANGO. Ob. cit., p. 73.

7 FRANCISCO J. ORTEGA. *Ensayos sobre política económica*, n.º 4, Bogotá, Banco de la República, Departamento de Investigaciones Económicas, 1984, p. 8.

Buscando controlar esta situación, el legislador extraordinario incluyó, en el artículo 20 del Decreto 2920 del 8 de octubre de 1982, la tipificación como delictual de la captación masiva y habitual de dinero sin la correspondiente autorización legal, en los siguientes términos:

Quien capte dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente incurrirá en prisión de dos a seis años.

El Decreto 1730 del 4 de julio de 1991, denominado Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en el artículo 1.7.1.1.3, hoy numeral 3 del artículo 208 del Decreto 663 del 2 de abril de 1993, con la denominación de “captación masiva y habitual”, incorporó el comportamiento en similares términos.

Dentro de las múltiples demandas de inconstitucionalidad contra el Decreto 2920 de 1982, se destaca la formulada contra la norma que tipificó como delictivo el ejercicio ilegal de la intermediación financiera. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de diciembre de 1982, con ponencia del magistrado RICARDO MEDINA MOYANO, declaró exequible este precepto. Empero, el magistrado ALFONSO REYES ECHANDÍA salvó su voto en relación con este preciso tipo penal, por estimar que el legislador había excedido las facultades conferidas por el Decreto 2919 de 1982, pues se refirió a personas naturales o jurídicas que, precisamente, estaban por fuera del sistema financiero, cuando el propósito de la emergencia se encaminaba a controlar comportamientos de los agentes financieros. Expresó el ilustre maestro:

Como se desprende de los considerandos del Decreto 2919 del 8 de octubre de 1982 que declaró la emergencia económica, ésta fue desatada por graves e imprevistos factores que alteraron el normal funcionamiento del sector financiero nacional y afectaron seriamente la necesaria confianza que en él debe tener la ciudadanía; de manera que las medidas que el gobierno podía adoptar para conjurar esa crisis, debían estar directa y estrechamente relacionadas con los fenómenos que la produjeron, y como en este caso tales fenómenos se circunscribían al sector financiero, le estaba vedado al gobierno –por mandato del art. 122 de la Carta– tomar determinaciones que sobrepasaran dicho marco. Ahora bien, puesto que el tipo penal descrito en el art. 20 se refiere a conductas realizables por personas físicas indeterminadas que puedan obrar por su propia cuenta o en representación de instituciones que no pertenezcan al sector financiero, su radio de acción punitiva sobrepasa ostensiblemente los límites normativos que a sí mismo se trazó el gobierno en el decreto de emergencia económica, y por lo mismo, resulta violatorio del art. 122 de la Constitución. Dentro de este mismo orden de ideas, también adolecen de tal vicio los arts. 22 y 23, porque la Superintendencia Bancaria no sólo ejerce vigilancia sobre las empresas financieras sino también sobre las sociedades urbanizadoras, exceptuadas del riesgo

de nacionalización por el art. 24 del decreto *sub iudice*, pero no de los alcances punitivos de los arts. 22 y 23.

Por otra parte, como ya lo hemos mencionado, todos los comportamientos reseñados como punibles en el Decreto 2920 de 1982 se encontraban ya sancionados por el derecho penal administrativo. Así, el Decreto 1970, del 14 de agosto de 1979, prohibía ejercer la intermediación financiera sin autorización de la Superintendencia Bancaria, conminando con sanciones pecuniarias a sus infractores.

En efecto, el decreto en mención, cuyo fin primordial era fijar los parámetros para el ejercicio de la intermediación financiera, preceptuaba en su artículo 12:

El desarrollo de las actividades de que trata este decreto sin la debida autorización de la Superintendencia Bancaria, dará lugar por parte de ésta, a la imposición de multas sucesivas a favor del tesoro nacional, hasta por la suma de quinientos mil pesos (\$500.000.00) moneda legal cada una, multa que se podrá aplicar al infractor, a los representantes legales del mismo y a los administradores y directores, cuando sea el caso. Además, podrá inhabilitar al sancionado hasta por un término de cinco (5) años para desempeñar cargos de representante, director o revisor fiscal de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria y comunicará a las mismas los nombres de las personas para que se abstengan de nombrarlos en ese tipo de cargos.

Queda, pues, a ojos vistas, que el comportamiento reseñado se encontraba previsto ya por el derecho administrativo sancionatorio.

En relación con las argumentaciones que se tuvieron en cuenta para tipificar la captación masiva y habitual como delictiva, debe precisarse que no se conocen actas en las que conste un debate concienzudo sobre el tema, razón por la cual debe acudir a la motivación que el Gobierno consagró en el Decreto 2919 de 1982 para declarar el estado de emergencia económica y con base en la cual expidió el Decreto 2920 de 1982: “Por el cual se dictan normas para asegurar la confianza del público en el sector financiero colombiano”. Al revisar cuidadosamente la sustentación comentada, no aparece en ninguna parte referencia a la captación de recursos por personas ajenas al sector financiero como circunstancia generadora de la crisis, limitándose a mencionar exclusivamente las instituciones financieras, la confianza que deben ofrecer al público, el descubrimiento de actividades especulativas en esas entidades y la concentración de la propiedad de las acciones y del crédito, entre otras.

Ante la ausencia de antecedentes, es preciso entonces servirnos de lo expresado por doctrinantes que defendieron en su momento esta norma, como el doctor BERNARDO GAITÁN MAHECHA, quien afirmó:

Se habían afectado los intereses colectivos con el manejo que se le estaba dando, por ejemplo, a la facultad privada de recibir a título de mutuo con intereses dineros que aparentemente daban ganancia extraordinaria al inversionista, lo ponían al cubierto del régimen tributario, pero no le aseguraban restitución, ni indemnización en caso de falencia [...] Nos habíamos acostumbrado a un manejo holgado y libre de las normas sobre control, en el manejo financiero, sin que se siguieran consecuencias demasiado graves.

La experiencia demuestra que estas actividades han llevado en más de una ocasión a la pérdida de los dineros por parte de los ahorradores, dado que los responsables de las actividades de captación, operan como verdaderos piratas de la economía financiera, sin riesgo mayor que el incumplimiento de obligaciones civiles, y sin que sus actos verdaderamente sean estafas, dado que obran de buena fe, pero sometiendo a los inversionistas a consecuencias imprevisibles por el manejo suelto y sin control de fuertes economías monetarias.⁸

Otra opinión que podría ayudarnos a encontrar la razón de ser de la tipificación del delito en estudio es la expuesta por el ex superintendente bancario GERMÁN TABARES C., en el discurso de clausura de la Vigésima Tercera Convención Bancaria y de Instituciones Financieras. Expresó en aquella ocasión el destacado funcionario:

Se ha criticado el hecho de que, presuntamente, las medidas que han sido adoptadas y algunas que se proyectan o se han presentado al Congreso de la República en relación con el sistema financiero, adolecen de un exagerado carácter represivo. Se insiste en algunos círculos, en que tales medidas y recomendaciones parecen inspiradas en el principio de que, utilizando una expresión popular, “todos los banqueros son ladrones”. No ha sido ni es este el criterio del gobierno. Ni mucho menos. Simplemente de lo que se trata, es de evitar la repetición de conductas cuyos resultados están hoy a la vista de todo el mundo. Cuando se analizan tales críticas no puede dejar uno de preguntarse en qué forma puede afectar a los banqueros honrados y ortodoxos la existencia de esas normas punitivas. Parecería más lógico pensar que, así como al ciudadano honrado, al que cumple la ley, al que respeta los derechos de sus semejantes, no le preocupa ni tiene por qué preocuparle la existencia de un Código Penal en el cual se describe una serie de conductas punibles, tampoco al banquero honrado tiene por qué afectarle ni preocuparle que existan normas que sancionan conductas en las cuales él, por ser contrarias a la ética, o a las sanas prácticas bancarias, no incurrirá nunca. Parece un tanto fuera de foco que, como consecuencia de las medidas y proyectos que venimos comentando, se trate de convertir en víctima a un gremio que el gobierno no está persiguiendo, y no tiene interés en perseguir.

8 BERNARDO GAITÁN MAHECHA. “El régimen penal del decreto 2020”, en *Revista de Derecho Económico*, n.ºs 3 y 4, julio-diciembre, Bogotá, Temis, 1985, pp. 15-17.

Se olvida, en cambio, que la situación que hizo crisis en 1982 dejó unas víctimas reales de carne y hueso, que son más de 80 mil ahorradores que perdieron a manos de gentes inescrupulosas en algunos casos los ahorros de toda su vida. Y si consideramos el tamaño de una familia colombiana promedio, tenemos que esa crisis afectó a medio millón de compatriotas que, repito, sí fueron víctimas reales. De manera que no sobra la penalización de ciertas conductas. Infortunadamente a veces se pierde un poco la perspectiva de las cosas.⁹

Pensamos que el momento que vivía el país como consecuencia de los desaguisados financieros y la pérdida de la confianza de la comunidad en el sector bancario requería adoptar con celeridad las medidas pertinentes, particularmente en relación con la necesaria canalización de los excedentes de liquidez de los particulares hacia los sectores deficitarios de la comunidad, operación que debe efectuarse por medio de un sistema financiero organizado. De esta forma se garantiza un adecuado control del medio circulante y, de contera, del fenómeno inflacionario, toda vez que las entidades que captan con la correspondiente autorización legal están en la obligación de mantener el encaje que señale la ley. Por otra parte, se permite irrigar racionalmente el dinero hacia sectores de la economía que lo requieren para su desarrollo.

Con todo, siempre hemos expresado nuestra reserva sobre la necesidad de crear un tipo penal como el comentado para lograr el control del mercado extrabancario. Nos parece que de haberse cumplido estrictamente las normas administrativas existentes en 1982, según las cuales debía sancionarse pecuniariamente a los responsables de captaciones ilegales, sin duda se habría evitado el avance de esta conducta que fue llevada apresuradamente al ordenamiento penal, sin los rigurosos estudios que tal penalización sugiere. No puede negarse que es un hecho comprobado que el derecho administrativo sancionatorio ha resultado siempre más ágil y efectivo para castigar estos comportamientos que el derecho penal en cuya aplicación son marcadas las dificultades, entre otros factores, por el exagerado culto al formalismo. Tampoco puede desconocerse que en el evento de presentarse engaño o inducción por el captador, la ley penal podría alcanzar al individuo en los tipos penales tradicionales contra el patrimonio económico, tales como la estafa o el abuso de confianza, según el caso.

La actitud del legislador del año 1982 contraría también la recomendación que la Asociación Internacional de Derecho Penal consignó en su XIII Congreso Internacional celebrado en El Cairo, según la cual “[n]ormalmente, debería fomentarse la introducción de medios administrativos y civiles (mercantiles) antes de inculpar determinados actos u omisiones perjudiciales para la vida económica”¹⁰.

9 GERMÁN TABARES C. *La protección de la confianza pública*, Asociación Bancaria de Colombia, Vigésima Tercera Convención Bancaria y de Instituciones Financieras, 1985.

10 LUIS E. ROMERO SOTO. “Los delitos contra el orden económico social desde el punto de vista del derecho comparado”, en *Cambio jurídico*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1987, p. 52.

El profesor JAIME BERNAL CUÉLLAR, con su reconocida seriedad, ha criticado la consagración como delictual de los comportamientos reseñados en el Decreto 2920 de 1982, al concretar:

¿Por qué razón el legislador ha tratado de convertir en comportamiento punible, en hecho conforme al Código Penal, conductas que estaban descritas de manera idéntica o similar y que traían unas sanciones dentro de las disciplinas del derecho penal administrativo? ¿Será que en un momento determinado estos decretos fueron inoperantes? Si la respuesta es afirmativa, tendríamos que hacernos otra pregunta: ¿Se logrará la eficacia de ese control dándoles entidades de delitos a conductas ya sancionadas, con medidas de otra naturaleza e impuestas por personas u organismos que conocen perfectamente estos temas del posible control financiero de los autopréstamos y demás? O el elevar a tipos penales estas conductas nos conducirá a una conclusión también negativa, por una razón y debemos ser muy claros. ¿Estamos en condiciones de aplicar precisamente este decreto con los elementos de juicio que tienen actualmente los señores jueces penales?¹¹

Pues bien, transcurridos algo más de veinticinco años de vigencia de la norma, sería conveniente revisar las bondades que le adjudicaron sus defensores. Creemos, sin temor a equivocarnos, que ninguna preocupación generan a los ciudadanos las penas con las que se amenaza en el Decreto 2920 de 1982, pues puede advertirse que las personas siguen captando dentro del público, protegidas siempre por la estricta reserva de quienes se benefician de altos intereses y de la evasión de impuestos, ciudadanos que, en el evento de ser burlados por sus *banqueros*, se abstienen, las más de las veces, de denunciar el hecho, por el temor a la crítica social o a un proceso penal en el que también pueden ser vinculados y que puede terminar sin ninguna consecuencia jurídica para el responsable. Tal situación pudo advertirse en el sonado caso de la Caja Vocacional, en el que los perjuicios materiales fueron evaluados en \$ 6.472.305.791.96 y que, inexplicablemente, prescribió.

Tampoco puede perderse de vista que si bien el objeto de la disposición es resguardar el orden económico social, resulta protegiendo a ciudadanos que están al margen de la ley, toda vez que llevan sus dineros a personas no autorizadas, en procura de mayores intereses de los concedidos por el sector financiero y, especialmente, para no cancelar las obligaciones tributarias que resultan de obtener esas ganancias, manteniendo –de hecho– esos recursos ocultos al gobierno. Empero, una vez sufren el desmedro de su patrimonio, corren apresuradamente a la justicia para que les ayude a recuperar el dinero que habían sustraído a la actividad económica del país.

11 JAIME BERNAL CUÉLLAR. “Conductas delictuales consagradas en el Decreto 2920 de 1982”, en *Revista de Derecho Económico*, julio-diciembre de 1984, Bogotá, Temis, 1985, p. 22.

III. LA CAPTACIÓN MASIVA Y HABITUAL DE DINEROS EN EL CÓDIGO PENAL (LEY 599 DE 2000)

El 24 de julio del año 2001 entró en vigencia un nuevo Código Penal en Colombia, contenido en la Ley 599 del 24 de julio del 2000. En este estatuto, el legislador ubicó en el título x, “Delitos contra el orden económico social”, el capítulo segundo, al que denominó “Delitos contra el sistema financiero”, y en el artículo 316 tipificó el punible de “Captación masiva y habitual de dineros”, en los siguientes términos:

Artículo 316. *Captación masiva y habitual de dineros.* Quien capte dineros del público, en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

IV. LA EMERGENCIA Y LA MODIFICACIÓN DEL TIPO PENAL DE CAPTACIÓN MASIVA Y HABITUAL

Ante la estrepitosa caída de la pirámide DRFE, y la intervención de la firma DMG, emporio que construyó de la nada DAVID MURCIA GUZMÁN, el Gobierno Nacional, en forma tardía, decidió intervenir para conjurar la grave crisis, acudiendo, como lo había hecho el Gobierno en 1982, a la figura de la emergencia económica, consagrada en la Constitución Política en el artículo 215. Se trataba, en el caso de las dos pirámides, de entidades que lograron captar cerca de dos billones de pesos, comprometiendo la economía de los departamentos del sur del país.

De esta forma, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008, por medio del cual declara el estado de emergencia en todo el territorio nacional, por el término de treinta días¹².

En desarrollo de la emergencia económica, el Gobierno profirió el Decreto 4336 del 17 de noviembre de 2008, en el cual se modifica el artículo 316 del Código Penal (captación masiva y habitual de dineros) y se adiciona el artículo 316 A, a la Ley 599 de 2000 (Código Penal en vigencia), creando un nuevo tipo penal para sancionar a los captadores ilegales que no reintegren a sus *clientes* el dinero de ellos recibido. Así, el artículo 316 fue regulado en los siguientes términos:

Artículo 316. *Captación masiva y habitual de dineros.* El que desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, colabore, o realice cualquier acto para captar dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa

12 Con la Sentencia C-135 del 25 de febrero de 2009, la Corte Constitucional declaró exequible el estado de emergencia social decretado el 17 de noviembre de 2008.

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 tales fines el agente hace uso de los medios de comunicación social u otro de divulgación colectiva, la pena se aumentará hasta en una cuarta parte¹³.

Como puede advertirse claramente, en la nueva regulación se amplía la posibilidad de ser sujeto activo del delito, alcanzando la responsabilidad penal además del captador, a quien promueva, patrocine, induzca, financie o colabore con esta actividad no autorizada.

La gran modificación de la norma se encuentra en el aumento de la consecuencia punitiva, con el objeto de impedir la excarcelación de sus responsables o de que éstos alcancen el beneficio de la prisión domiciliaria. De esta forma, se pasa de una pena mínima de 32 meses a una de 120 meses, y de una sanción máxima de 108 meses a una de 240 meses. Así mismo, esta pena se aumentará hasta en una cuarta parte cuando se utilicen medios de comunicación para alcanzar los fines que se busca combatir.

Una vez más, insistimos en nuestra observación en el sentido de que el aumento de penas no resulta suficiente para controlar un fenómeno social motivado por la imposibilidad de que los ciudadanos accedan al sector bancario, y que ningún resultado positivo se alcanza con la persecución de esta delincuencia si no se modifica el Decreto 1981 de 1988, que permite disfrazar las captaciones haciéndolas aparecer como la contraprestación por el suministro de bienes o servicios.

Ahora bien: en el Decreto 4336 de 2008 se crea un nuevo tipo penal en los siguientes términos:

Artículo 316 A. Independientemente de la sanción a que se haga acreedor el sujeto activo de la conducta por el hecho de la captación masiva y habitual, quien habiendo captado recursos del público, no los reintegre, por esta sólo [sic] conducta incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ciento a treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Parágrafo. Los fiscales que conozcan de los procesos penales que correspondan a este tipo penal, por la falta de devolución de dineros captados antes de

13 Por decisión adoptada por la Corte Constitucional contenida en la Sentencia C-224 de 2009, las modificaciones que se introdujeron al artículo 316 del CP sólo podrán regir durante un año, contado a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4336 de 2008.

la vigencia de esta norma, podrán aplicar de manera preferente el principio de oportunidad en aras de procurar la devolución de los recursos¹⁴.

Como puede observarse, se trata de un tipo penal de coyuntura con el que se busca recuperar los dineros que los *ahorradores* tienen hoy embolados en manos de los captadores ilegales.

Desde luego, criticamos esta forma irreflexiva de legislar en Colombia y el convertir el derecho penal en un instrumento para superar dificultades creadas por el afán de enriquecimiento fácil de los ciudadanos y la falta de acción oportuna del Estado para impedir la captación ilegal de recursos, como se lo ordenan claramente el numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política, la Ley 35 de 1993 y el Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero). A continuación, efectuamos el análisis dogmático de estos tipos penales.

V. ESTUDIO DOGMÁTICO DEL TIPO PENAL DE CAPTACIÓN MASIVA Y HABITUAL DE DINEROS

A. Sujetos

1. Activo

Es este el único de los ilícitos consagrados en el estatuto de protección penal de la confianza en el sistema financiero cuyo sujeto activo es indeterminado, esto es, que el actor no requiere cualificación ninguna. De esta forma, cualquier persona que se dedique en forma masiva y habitual a captar dineros del público sin autorización legal, o a promover, patrocinar, inducir, financiar o colaborar con esta conducta, o que realice cualquier otro acto para captar dineros, será sujeto pasivo de la acción del Estado por este punible. También puede efectuarse la operación ilegal por parte de entidades autorizadas para otras actividades como el *factoring* o compra de cartera, que no cuentan con permiso para recibir dineros en préstamo de los particulares (num. 2, art. 108, Decreto 663 de 1993). En este caso se sanciona a las personas naturales responsables del incumplimiento de la ley, al igual que a las empresas que representan, por violación de sus estatutos y de la ley.

En relación con la condición de sujeto activo indeterminado en la captación ilegal de recursos, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación del 15 de noviembre de 2005, con ponencia del magistrado ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO, expresó lo siguiente:

14 De acuerdo con la Sentencia C-224 de 2009, esta norma sólo podrá regir durante un año, contado a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4336 de 2008.

Está en lo cierto la Procuradora delegada al sostener que el sujeto activo es indeterminado por cuanto no exige ningún tipo de cualificación jurídico, sino que incurre en él cualquier persona que capte en forma masiva y habitual dineros del público, vale decir, que realice la función de intermediación financiera, propia de este sector, sin autorización legal. Por ello, si los que ejecutan la conducta pertenecen a una empresa asociativa, similar a una cooperativa, o de economía solidaria –como FODEMM– resultan también sujetos activos del tipo penal, por atentar contra el orden económico y contra el sistema financiero, por alterar el método reglado de captación y utilización de los recursos del público, como el ofrecimiento del crédito.

En cuanto al número de personas que la norma exige para su concreción, se afirma que puede ser realizado por un solo individuo, con lo que se concluye que se trata de un tipo penal monosubjetivo. No obstante, los nuevos verbos rectores que utiliza el tipo penal, tales como *promover*, *patrocinar*, *inducir*, *financiar* y *colaborar*, sugieren la existencia de un tipo penal monosubjetivo pero anómalo, toda vez que además de las conductas ya reseñadas se requiere que otro individuo capte el dinero, en los términos consagrados en la ley, para que pueda actualizarse la figura delictual. De alguna manera, comportamientos que en el pasado podían sancionarse por la vía de la participación criminal (determinador y cómplice) ahora deben tratarse como autoría y coautoría.

2. *Pasivo*

En este comportamiento, que lesiona el orden económico social, el sujeto pasivo es el Estado, titular del bien jurídico que se busca tutelar. Debe advertirse que lo que quiere sancionar el estatuto punitivo, prioritariamente, es el ejercicio ilegal de la actividad financiera, esto es, que personas sin la debida autorización se dediquen a este importante ramo de la economía, sin perjuicio, desde luego, de que los ahorradores que resulten afectados puedan intervenir como víctimas en procura de la correspondiente indemnización por los perjuicios irrogados.

Sobre el tema, el Tribunal Superior de Bogotá, al desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria dictada en el proceso por las defraudaciones por medio de la Caja Vocacional, en providencia del 5 de mayo de 1993, con ponencia del doctor LUIS EDUARDO MANRIQUE BERNAL, concluyó:

Por sujeto pasivo debe entenderse el titular del bien jurídico ofendido, esto no quiere decir que pueda identificarse el sujeto pasivo de un delito con el perjudicado por ese delito. Se puede ser ofendido sin ser perjudicado [...].

Lo anterior nos lleva a la conclusión de que si el permiso y el posterior control de la Superintendencia Bancaria tiene por objeto preservar el sistema financiero y darle seguridad a los ahorradores, lógico es que cuando se infringe el mandato, es el Estado el sujeto pasivo de la infracción; y cuando ese comportamiento

ilegal, causa baja patrimonial a los particulares, son ellos los perjudicados y por ende, tienen derecho al resarcimiento. Conclusión a la que se llega incluso, siguiendo un elemental principio de equidad y de justicia.

Por esta vía, el tribunal determinó que los responsables del ilícito debían indemnizar no sólo a los ahorradores, sino a la persona jurídica –Fundación Caja Vocacional– o a quien hubiere cubierto los dineros ilícitamente apropiados.

B. Conducta

La conducta en esta disposición, según las voces del artículo 316 original del Código Penal, consistía en captar en forma masiva y habitual dineros del público sin contar con la correspondiente autorización legal para ello. El verbo rector es *captar*, término que, según lo sentado por el profesor ANTONIO CANCINO, “significa incorporar, coger, recibir caudales provenientes de un conglomerado de ciudadanos”¹⁵.

Ahora, con la modificación introducida por la legislación de emergencia económica, la conducta que se busca sancionar es la de *desarrollar, promover, patrocinar, inducir, financiar, colaborar* o realizar cualquier otro acto para captar dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente. De esta forma, estamos frente a un tipo penal compuesto, que utiliza varios verbos rectores, es decir, que la persona que ejecute la conducta a que se refiere cualquiera de estos verbos rectores, actualiza el punible. A continuación, analizamos cada uno de esos verbos rectores auxiliándonos en algunas de las definiciones propuestas por el diccionario de la Real Academia Española:

Desarrollar: Descoger lo que está arrollado, deshacer un rollo. [...] Acrecentar, dar incremento a una cosa del orden físico, intelectual o moral. [...] Explicar una teoría y llevarla hasta sus últimas consecuencias. [...] Efectuar las necesarias operaciones de cálculo para cambiar la forma de una expresión analítica.

Promover: Iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro. [...] Levantar o elevar a una persona a una dignidad o empleo superior al que tenía.

Patrocinar: Defender, proteger, amparar, favorecer.

Inducir: Instigar, persuadir, mover a uno.

Financiar: Crear o fomentar una empresa aportando el dinero necesario.

15 ANTONIO CANCINO MORENO. *Los delitos contra el orden económico social en el Nuevo Código Penal*, Bogotá, Librería del Profesional, 1983, pp. 330 y 331.

Colaborar: Trabajar con otra u otras personas, especialmente en obras del espíritu.

En el caso de la expresión “realizar cualquier otro acto”, debemos atenernos al concepto de *acto*, definido por el mencionado diccionario como “hecho o acción”. Se trata de un tipo penal de mera actividad, que no exige ningún resultado para su adecuación típica, es decir que la conducta penal se perfecciona cuando la persona recibe dinero del público sin contar con la previa autorización de la entidad con facultades para conceder dicho permiso y en los términos que precisan las normas con las que se reglamentó esta figura (decretos 3227 de 1982 y 1981 de 1988).

La Superintendencia Bancaria, en Concepto 91032560-1, del 14 de agosto de 1991, expresó:

[e]n Colombia los fondos provenientes del ahorro privado se canalizan por medio de los *establecimientos de crédito*, esto es, de aquellas sociedades mercantiles que, previo el lleno de los requisitos señalados en la ley, han recibido la correspondiente autorización por parte de la Superintendencia Bancaria.

Se consideran establecimientos de crédito, atendiendo las voces del artículo 92 de la Ley 45 de 1990, “las instituciones financieras cuya función principal consista en captar en moneda legal recursos del público en depósitos, a la vista o a término, para colocarlos nuevamente por medio de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito”.

Dentro de los establecimientos de crédito, esto es, quienes pueden captar recursos del público, la norma ubica a las siguientes clases de instituciones financieras: “establecimientos bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda y compañías de financiamiento comercial”.

El Decreto 663 en su artículo 108, numeral 2, prohíbe expresamente a las empresas de *factoring* captar recursos del público.

Con el fin de dilucidar lo que debe entenderse por captación “masiva y habitual”, el presidente de la República, mediante el Decreto 3227 del 12 de noviembre de 1982, en ejercicio de la facultad conferida en el ordinal 3.º del artículo 120 de la Constitución Política vigente para entonces, reglamentó el Decreto 2920 de 1982, en los siguientes términos:

Para los efectos del Decreto 2920 de 1982, se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual cuando su pasivo para con el público esté compuesto por obligaciones contraídas con más de 20 personas, diferentes de las señaladas en el parágrafo de este artículo, o

por más de 50 obligaciones, siempre y cuando se presente una cualquiera de las siguientes condiciones:

1. Que el valor total de dichas obligaciones, en uno u otro caso, sobrepase el 50% del patrimonio líquido de aquella persona.
2. Que estas situaciones de endeudamiento hayan sido resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas innominadas o, de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares.

Parágrafo. Por pasivo con el público se entiende el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquier otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios.

No se computarán dentro de tal monto los dineros recibidos de los socios, sean personas jurídicas o naturales, o del cónyuge o los parientes hasta el 4° grado de consanguinidad, 2° de afinidad y único civil o de las instituciones financieras definidas por el artículo 24 del Decreto 2920 de 1982.

Así mismo, el artículo 8.º del decreto mencionado fijó un plazo máximo de dos años para que las personas que se encontraran en la situación descrita sustituyeran esas fuentes de financiación, registrándose previamente ante la Superintendencia Bancaria y obteniendo el otorgamiento de la licencia provisional para tal gestión.

A su vez, la Superintendencia Bancaria, por conducto de la circular del 18 de diciembre de 1982, señaló los documentos e informaciones que debían remitir quienes se encontraban en la situación referida en la norma y determinó las bases para el programa de desmonte de captaciones.

Empero, con el transcurso del tiempo el ingenio mal utilizado de nuestros “financistas” ideó nuevas formas de burlar la norma, lo que obligó al ejecutivo a dictar el Decreto 1981 del 26 de septiembre de 1988, con el cual se buscó evitar dichos comportamientos.

En efecto, como una novedosa figura se celebraron contratos de mandato en los cuales el mandatario recibía habitualmente dineros de un buen número de mandantes con el fin de administrarlos libremente o de invertirlos a su juicio en títulos o valores; se procedió a la venta habitual de títulos de crédito o de inversión en los cuales se establece la obligación del comprador de transferir al vendedor la propiedad de otros títulos de la misma especie, a la vista o en un plazo convenido y contra reembolso de un precio que lleva implícito un rendimiento financiero, actividad conocida como *repos*, operaciones permitidas a determinadas entidades financieras que gozan del correspondiente permiso de la Superintendencia Bancaria, pero que se quedaron fuera del mercado directo.

De igual forma, en el decreto original sobre captación masiva y habitual no se previó la posibilidad de que dicha gestión se realizara por interpuesta persona, con lo cual varios ciudadanos captaban para un tercero, llegando cada uno de ellos hasta el máximo permitido por el decreto.

Por último, en razón a la excepción consagrada en el inciso segundo del párrafo del artículo 1.º del Decreto 3227 de 1982, en el sentido de que los dineros que la sociedad recibe de sus socios a título de mutuo o de cualquiera otra en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios no constituye, para los efectos del Decreto 2920, pasivo para con el público, permitió que las sociedades sin la autorización correspondiente efectuaran captaciones masivas y habituales de dineros, con el argumento de vincular previamente al ahorrador al capital social, con una reducida participación. De esta forma, esquivaban la correspondiente responsabilidad penal.

Así las cosas, el Decreto 1981 del 26 de septiembre de 1988, con el propósito de cubrir penalmente estas conductas, preceptuó:

Artículo 1º. Para los efectos del Decreto 2920 de 1982, se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual en uno cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando su pasivo para con el público esté compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta (50) obligaciones, en cualquiera de los dos casos, contraídas directamente o por medio de interpuesta persona.

Por pasivo para con el público se entiende el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquier otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios.

2. Cuando, conjunta o separadamente, haya celebrado en un período de tres (3) meses consecutivos más de veinte (20) contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario, o haya vendido títulos de crédito o de inversión con la obligación para el comprador de transferirle la propiedad de títulos de la misma especie, a la vista o en un plazo convenido, y contra reembolso de un precio.

Para determinar el período de los tres (3) meses a que se refiere el inciso anterior, podrá tenerse como fecha inicial la que corresponda a cualquiera de los contratos de mandato o de las operaciones de venta.

Parágrafo 1º. En cualquiera de los casos señalados debe concurrir además una de las siguientes condiciones:

- a) Que el valor total de los dineros recibidos por el conjunto de las operaciones indicadas sobrepase el 50% del patrimonio líquido de aquella persona, o
- b) Que las operaciones respectivas hayan sido el resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas innominadas, o de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares.

Parágrafo 2º. No quedarán comprendidos dentro de los cómputos a que se refiere el presente artículo las operaciones realizadas con el cónyuge o los parientes hasta el 4º grado de consanguinidad, 2º de afinidad y único civil, o con los socios o asociados que, teniendo previamente esta calidad en la respectiva sociedad o asociación durante un período de seis (6) meses consecutivos, posean individualmente una participación en el capital de la misma sociedad o asociación superior al cinco por ciento (5%) de dicho capital.

Tampoco se computarán las operaciones realizadas con las instituciones financieras definidas por el artículo 24 del Decreto 2920 de 1982.

Es importante mencionar a esta altura que en el país se ha detectado la conducta de captar recursos del público para iniciar urbanizaciones, ilusionando a los aportantes con la posibilidad de poseer una vivienda. En muchas ocasiones, los responsables de estos proyectos desaparecen y se alzan con los dineros del público, burlando sus esperanzas y defraudándolo en su patrimonio. Es preciso aclarar que en este evento no es viable aplicar la norma que sanciona la captación masiva y habitual de dineros, toda vez que ella tiene por objeto proteger el bien jurídico del orden económico y social, el cual no resulta vulnerado en el caso en mención. Por ello, el legislador, de manera sabia, tipificó en el artículo 260 la gestión indebida de recursos sociales, en la cual se subsume en forma por demás clara la conducta a que hemos hecho referencia. Establece la norma citada:

Art. 260. El que con el propósito de adelantar o gestionar proyectos de interés cívico, sindical, comunitario, juvenil, benéfico o de utilidad común no gubernamental, capte dineros sin el lleno de los requisitos señalados en la ley para tal efecto, o no ejecute los recursos recaudados conforme a lo señalado previamente en el respectivo proyecto, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

1. Ingredientes normativos

- a. “Sin contar con la previa autorización de la autoridad competente”

La figura en estudio, que es un tipo penal en blanco, presenta un ingrediente normativo consistente en la expresión “sin contar con la previa autorización de la autoridad competente”. No existe duda alguna en cuanto a que la autoridad que puede, en principio,

otorgar la autorización correspondiente es la Superintendencia Financiera, tal como lo precisó la Circular externa IF-002 del 11 de enero de 1983, que a la letra expresa:

Con el fin de complementar la circular que sobre el mismo tema expidió esta Superintendencia en diciembre pasado es pertinente aclarar que, en concepto de este despacho, la expresión “permiso de autoridad competente” empleada por el artículo 8° del Decreto 3227 de 1982 solamente permite a las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria captar masiva y habitualmente dineros del público sin incurrir en la conducta punible consagrada en el artículo 20 del Decreto 2920 de 1982.

En consecuencia, las entidades que aun contemplando tal actividad dentro de su objeto social, lo desarrollen con permiso de funcionamiento expedido por la Superintendencia de Sociedades u otra entidad del Estado, si se encuentran dentro de los parámetros que configuran la captación masiva y habitual de dineros del público (artículo 1° del Decreto 3227 de 1982), no están exentos de la obligación de registrarse ante esta Superintendencia dentro del plazo estipulado en la norma.

Por ello, entre otras, a dicho procedimiento están sujetas las entidades que desarrollen las actividades contempladas en el literal a) del inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1970 de 1979, que no se encuentren sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria. (Régimen financiero y cambiario, pp. 527 y 528.)

A pesar de la perentoria afirmación de la circular citada, debe advertirse que en desarrollo de la Ley 79 de 1988, con la que se actualizó la legislación cooperativa, se dictaron los decretos 1111 del 26 de mayo de 1989 y 1134 del 30 de mayo del mismo año, en los cuales, según nuestro criterio, se superaron las facultades legales de reglamentación para entregar la vigilancia de los entes cooperativos que desarrollan actividad financiera, en forma exclusiva, al Departamento Administrativo de Cooperativas, hoy Superintendencia de la Economía Solidaria (Ley 454 de 1998).

Así, en el Decreto 1111 de 1989 se precisó que en circunstancias especiales y cuando condiciones sociales y económicas lo justifiquen, el Gobierno Nacional podrá autorizar a las cooperativas multiactivas e integrales la apertura de una sección especializada para el ejercicio de la actividad financiera.

En cuanto a la vigilancia integral de la actividad financiera y demás aspectos contables y operativos de los organismos cooperativos de grado superior, se reiteró que ésta era competencia de la Superintendencia Bancaria. Por el contrario, tratándose de cooperativas de ahorro y crédito se adjudicó la competencia en forma exclusiva al Departamento Administrativo de Cooperativas, convertido hoy, para esos efectos, en la Superintendencia de la Economía Solidaria.

De esta forma, el artículo 12 del Decreto 1111 de 1989 expresa:

Corresponderá al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas la inspección y vigilancia exclusiva de las cooperativas de ahorro y crédito. Para ejercer este control el jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas contará con las mismas facultades con que cuenta el superintendente bancario con respecto a las entidades sometidas a la inspección y vigilancia permanentes consagradas en la Ley 45 de 1923 y en los Decretos 2216, 2217 de 1982, 1215 de 1984 y 1939 de 1986 y demás normas complementarias.

Dichas facultades se aplicarán igualmente, al caso en que una cooperativa u organismo bajo su control y vigilancia ejerza ilegalmente la actividad financiera o capte recursos del público en forma masiva y habitual sin autorización legal, sin perjuicio de la colaboración de orden técnico que el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas pueda solicitar a la Superintendencia Bancaria en estos eventos.

En el artículo 13 del decreto en estudio se limita a las cooperativas no contempladas en él, para captar y ejercer actividades financieras, y en forma perentoria se prohíbe a los fondos de empleados y a las asociaciones mutualistas desarrollar esas actividades.

La oficina jurídica de la Superintendencia Bancaria, en Concepto n.º 91032560-0, del 14 de agosto de 1991, recordó que los fondos de empleados tienen prohibido captar recursos de personas diferentes de sus asociados, de la siguiente manera:

Como se observa, pues, los fondos de empleados no tienen el carácter de “instituciones financieras”, no sólo porque así lo dispuso expresamente la ley al determinar su naturaleza jurídica, sino porque, si bien es cierto que están facultados para captar ahorro, no lo es menos que dicho ahorro solo puede derivar única y exclusivamente de sus asociados y destinarse al otorgamiento de créditos a los mismos o, eventualmente, a la compra de activos fijos para la prestación de otros servicios.

A su vez, el Decreto 1134 del 30 de mayo de 1989 consagró en su artículo 1.º:

Disposición general sobre el servicio de ahorro y crédito de las cooperativas. Por regla general las cooperativas especializadas de ahorro y crédito y las secciones de ahorro y crédito de las cooperativas multiactivas o integrales, podrán recibir y mantener ahorros en depósitos sólo por cuenta de sus asociados entre quienes, igualmente, quedará circunscrito el otorgamiento de préstamos.

En cuanto a la actividad financiera de las cooperativas especializadas de ahorro y crédito, señala que pueden captar de terceros y otorgar préstamos a sus ahorradores si así

lo consagran expresamente sus estatutos, cumplen los requisitos de ley y cuentan con autorización previa del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas.

Así mismo, autoriza a las cooperativas multiactivas e integrales para contar con sección especializada para ejercer la actividad financiera, con el lleno de los requisitos del artículo 3.º del decreto mencionado.

En el artículo 5.º, el decreto establece que la expedición de la resolución de autorización para el ejercicio de la actividad financiera a las cooperativas especializadas de ahorro y crédito corresponde al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, por un período no mayor de diez años. Las cooperativas especializadas de ahorro y crédito y las multiactivas e integrales que presten su servicio de ahorro y crédito exclusivamente a sus asociados no requieren autorización especial.

En torno a la vigilancia de las cooperativas con actividad financiera, el artículo 16 del Decreto 1134 determina:

Corresponderá al departamento administrativo nacional de cooperativas, en forma exclusiva, la inspección y vigilancia de las cooperativas especializadas de Ahorro y Crédito y de las operaciones de ahorro y crédito que realicen las cooperativas multiactivas o integrales. Para el ejercicio de tales funciones el jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas tendrá las mismas facultades con que cuenta el Superintendente Bancario con respecto a las entidades sometidas a su inspección y vigilancia permanente, consagradas en la Ley 45 de 1923, en los decretos 2216 y 2217 de 1982, 1215 y 2906 de 1984, 1939 de 1986 y en las normas concordantes.

En el artículo 17 del decreto en mención se establece que el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas podrá solicitar la colaboración técnica a la Superintendencia Bancaria para el ejercicio de la función de inspección y vigilancia de la actividad financiera de las cooperativas.

En el año de 1984, y ante la crisis financiera que afrontó el país, desde el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas se dictó el Decreto 2263 del 14 de septiembre, en el que se autorizó al jefe de esa institución para tomar medidas especiales de control respecto de las entidades que captaran ahorros de sus socios o de terceros en forma masiva y habitual y que no estuvieran sometidas al control concurrente de la Superintendencia Bancaria.

Finalmente, sobre este tema puede indicarse que la Ley 35, del 5 de enero de 1993, en su capítulo II, artículo 10.º: *Inspección, vigilancia y control en las actividades financieras, aseguradora y bursátil*, en su inciso segundo estipula que los organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero continuarán bajo el control y a vigilancia de la Superintendencia Bancaria, dejando el control de las demás coopera-

tivas de ahorro y crédito, de primer grado, a cargo del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas (Dancoop), tarea asumida hoy por la Superintendencia de la Economía Solidaria.

Empero, es preciso señalar que el párrafo 2.º del artículo 17 del Decreto 1688 de 1997 determinó que el control y la vigilancia de las cooperativas que adelantan actividad financiera en forma especializada deberán ser asumidos por la Superintendencia Bancaria, en un plazo máximo de un año contado a partir de la vigencia del decreto, lapso durante el cual el control y la vigilancia sobre este tipo de cooperativas permanecerán en el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas.

Estas entidades fueron incluidas, por disposición de la Ley 454 de 1998, como entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, con lo cual, conforme a lo reglado por la Ley 45 de 1990, son instituciones financieras.

Finalmente, se reitera que, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 34 de la Ley 454 de 1998, el presidente de la República ejercerá por conducto de la Superintendencia de la Economía Solidaria la inspección, vigilancia y control de las organizaciones de la economía solidaria que no se encuentren sometidas a la supervisión especializada del Estado. En el caso de las cooperativas de ahorro y crédito y cooperativas multiactivas e integrales con sección de ahorro y crédito, las funciones serán asumidas por esa superintendencia.

b. Patrimonio líquido

Para la adecuada interpretación de este ingrediente normativo es preciso acudir al estatuto tributario, Decreto 624 del 30 de marzo de 1989, que en su artículo 282 establece que “[e]l patrimonio líquido gravable se determina restando del patrimonio bruto poseído por el contribuyente en el último día del año o período gravable el monto de las deudas a cargo del mismo, vigentes en esa fecha”.

El régimen del impuesto a la renta y complementarios concluye que

[e]l patrimonio líquido está conformado por el total de los bienes y derechos apreciables en dinero que posea el contribuyente en el último día del ejercicio fiscal, menos el monto de las deudas a su cargo que afecten dicho patrimonio, bien sea producto de la actividad económica que desarrolle el sujeto o bien que se originen a título personal.¹⁶

16 Envío n.º 181 del *Régimen del impuesto a la renta y complementarios*, Bogotá, Legis, 1990, pp. 318-320.

c. Objeto

A este respecto es importante distinguir entre dos tipos de objeto a los que se refiere el ingrediente normativo: el *jurídico* y el *material*. Si entendemos con el maestro ALFONSO REYES ECHANDÍA que el *objeto jurídico* es el interés que el Estado busca proteger por medio de los diversos tipos penales y que resulta vulnerado por la conducta del agente cuando ésta se acomoda a la descripción hecha por el legislador, es preciso señalar que en el comportamiento plasmado en el artículo 316 del Código Penal colombiano como *captación masiva y habitual de dineros*, el bien jurídico que se busca resguardar es el orden económico social. Éste, en sentido estricto, como lo enseña el profesor MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, se identifica con la “regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía de un país”.¹⁷

En efecto, en Colombia se consagró la intervención del Estado en la economía desde la Constitución de 1886 (artículos 19, 31, 32, 33 y 34) y se robusteció en las reformas de 1936 (artículo 32) y 1945 (artículos 4.º y 10.º). Dicha intervención fue precisada luego magistralmente en el artículo 32 de la reforma de 1968 y, en el pasado reciente, en forma más amplia, en los artículos 333, 334 y 335 de la nueva Constitución Política, promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente el 6 de julio de 1991.

Por ello, el maestro LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO afirma con razón:

El Estado va abandonando su papel de mero espectador para asumir un rol de actor y aun de director de los cambios económicos, manifestándose en dos formas principales: “la de intervención”, es decir, la de dirigir las diversas políticas (de crédito, de control de precios, etc.) y la de protección, que, como su nombre lo indica, tiene como objeto amparar a la parte más débil de la sociedad: consumidores, contratantes.¹⁸

Para lograr el objetivo descrito, el legislador consagró en el título x del Código Penal (Ley 599 de 2000), bajo el nombre genérico de *Delitos contra el orden económico-social*, una serie de comportamientos que lesionan o ponen en peligro la intervención del Estado en la economía, ubicando ahora en dicha sede (capítulo segundo) el artículo 316, que sanciona la captación masiva y habitual de dineros. Allí se destaca que el interés que se busca proteger es ese orden económico-social, con el que se bautizó el título correspondiente. Esta afirmación encuentra respaldo en las palabras del doctor LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN, en la comisión redactora del Código Penal colombia-

17 MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ. “Los delitos contra el orden económico social”, en *Revista de Abogados Penalistas del Valle*, n.º 6, 1982, pp. 9-10.

18 LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO. “Los delitos contra el orden económico social desde el punto de vista del derecho comparado”, en *Cambio jurídico*, Bogotá, Universidad de los Andes - Cijus, 1988, p. 42.

no de 1979, en sesión del 31 de marzo, cuando, siguiendo de cerca el pensamiento de RAFAEL MIRANDA GALLINO, expresó:

Los llamados, pues, delitos económicos, y más concretamente, contra el “orden económico”, tutelan la organización que el Estado intervencionista de hoy establece, para que la sociedad alcance los fines que le son propios. Por eso se marca el acento en la expresión “orden”. De manera que, todo lo que tienda a perturbar o romper dicho sistema u “orden”, debe sufrir la sanción correspondiente. En la protección de ese orden como es lógico, resalta el interés público, por sobre el individual o particular de los banqueros, comerciantes, industriales, agricultores, ganaderos, etc., los que también resultan tutelados de manera refleja o mediata.¹⁹

JUAN ANTONIO MARTOS NÚÑEZ, quien es indiscutiblemente uno de los doctrinantes que con mayor profundidad han analizado la relación delito económico/orden económico-social en la Constitución, reitera que el delito económico ataca las normas jurídico-penales que protegen el orden público económico, sin perjuicio de los intereses patrimoniales que pueda afectar, y concluye que, indefectiblemente en este ilícito, el bien jurídico que se tutela es el orden público económico. Lo expresa de la siguiente manera:

En resumen, el interés estatal en la integridad y mantenimiento del orden económico constituye el bien jurídico protegido técnicamente por el derecho penal económico, según la concepción clásica estudiada.²⁰

No sobra advertir que el profesor MARTOS NÚÑEZ entiende como orden público económico “el interés estatal en la integridad y mantenimiento de la organización económica constitucional”, criterio que coincide con el utilizado por los autores que, en Colombia, han estudiado el delito económico o el delito contra el orden económico social.

ENRIQUE AFTALIÓN, en un clásico artículo titulado *Panorama del derecho penal financiero*, no duda en señalar que el orden público económico resulta ser el bien jurídico que se tutela en los comportamientos que lesionan o ponen en peligro el planeamiento económico de un país, entendido este como el derecho económico de un estado. Diserta así el ilustre maestro:

No hay duda, pues, que [sic] un buen funcionamiento del sistema bancario y financiero es uno de los requisitos “*sine qua non*” para el exitoso desenvolvimiento de la economía de un país. Admitido el principio de que los gobiernos

19 LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN. *Actas del Nuevo Código Penal Colombiano*, vol. II, Bogotá, Pequeño Foro, 1981, p. 371.

20 JUAN ANTONIO MARTOS NÚÑEZ. *Derecho penal económico*, Madrid, Montecorvo, 1987, p. 377.

no pueden menos que intervenir en el curso de los procesos económicos –para promover el desarrollo y tender hacia la opulencia equitativamente compartida–, cabe concluir que una eficaz implementación, no sólo de las regulaciones bancarias sino de todas las instituciones y normas que configuran el planeamiento económico de un país –derecho económico– constituyen el bien jurídico –el orden público económico– acreedor a la tutela del derecho.

De esta forma y aceptando lo sentado por C. PEDRAZI acerca de que la noción del bien jurídico tiende, además, un puente entre la ley penal y la Constitución, en cuyos preceptos el catálogo de bienes penalmente protegidos encuentra su legitimación última, no cabe duda de que el interés jurídico que se busca tutelar en el delito de *captación masiva y habitual de dineros*, al igual que en todos los reseñados en el título x del Código Penal, bajo la denominación de *delitos contra el orden económico social*, encuentra clara conexión con los dictados de la Constitución Política colombiana, que garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada, pero responsabiliza de la dirección general de la economía al Estado.

Por otra parte, si, como se ha aceptado sin reparo, el *objeto material* lo constituye aquello que se concreta la vulneración del interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo y al cual se refiere la conducta del agente, en el ilícito en estudio el objeto material es de carácter real y corresponde a los dineros que se captan sin la debida autorización de la entidad competente para facultar tal operación.

La expresión *dineros*, utilizada por el legislador en esta norma, puede ser definida en su forma más elemental como un medio de pago de total liquidez. “El dinero está constituido por efectivo (billetes y monedas) emitido y puesto en circulación por la banca central, y por el dinero bancario correspondiente a los depósitos en bancos comerciales que son transferibles por medio de cheque”²¹.

d. Consumación y tentativa

Tratándose de un tipo de peligro abstracto, en el que el legislador anticipa la protección del bien jurídico tutelado, no es admisible la tentativa. De tal suerte que sólo cuando el sujeto tenga un pasivo para con el público compuesto por obligaciones, con más de veinte personas o por más de cincuenta obligaciones, al igual que cuando haya celebrado en un período de tres meses consecutivos más de veinte contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes, su conducta es punible. Se requiere, desde luego, que el total de las obligaciones, en cualquiera de los casos comentados, sobrepase el 50% del patrimonio líquido de esa persona, o que el endeudamiento sea

21 BANCO DE LA REPÚBLICA. *Introducción al análisis económico, el caso colombiano*, Bogotá, Banco de la República, 1990, p. 108.

el resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas innominadas, o de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares.

e. Complicidad

Ha sido señalado por algunos autores que en este tipo penal responde tanto quien capta los dineros como quien los entrega con el propósito de obtener las ganancias al margen de la ley, dado que sin el concurso del dueño de los recursos es absolutamente imposible que el delito se estructure.

A este respecto comentan los autores PINZÓN y CARRILLO en la obra *Sector financiero y delincuencia económica*:

En relación con el auge del mercado extrabancario hay que insistir en la importancia que tiene la actitud complaciente del público en general. Estrictamente hablando, en la segunda hipótesis del decreto reglamentario, no se pueden “captar” dineros del público sin que la oferta prevista en el artículo 1º del Decreto 3227 de 1982 haya sido aceptada por un tercero que, consecuentemente, haga entrega de su dinero. Así las cosas, el carácter de cómplice (art. 30, Código Penal) de quienes acuden al mercado extrabancario es indiscutible, pues es indudable su contribución necesaria en la realización de un hecho punible imposible de ejecutar sin su acción. Que no se diga que quien confía sus dineros a uno de esos sujetos que antes llamaban “usureros” y que hoy son mirados hasta con cierta simpatía, es una “víctima”, en los casos en los cuales resulta defraudado, ello puede deberse a la comisión de otro tipo de delitos (estafas, etc.), pero por lo general, obedece a la consumación del riesgo que se corre al buscar afanosamente rendimientos excesivamente elevados.²²

Así las cosas, es de rigor que el funcionario que conoce del proceso compulse copias para investigar las infracciones al régimen tributario que se generan, necesariamente, en la gestión de intermediación financiera sin la debida autorización de la autoridad competente. Así mismo, y si se colige de las indagaciones pertinentes que los propietarios de los dineros recibían intereses que superen los legales, debe compulsarse copias para que se investigue el punible de usura en que pueden haber incurrido.

f. Concurso de conductas punibles

Es factible el concurso heterogéneo de hechos punibles entre el delito de ejercicio ilegal de la actividad financiera y el punible de falsedad material en documento público, cuando el captador falsifica la autorización de la Superintendencia Bancaria o de la

22 JORGE PINZÓN y FERNANDO CARRILLO. *Sector financiero y delincuencia económica*, Bogotá, Temis, 1985, p. 249.

Superintendencia de la Economía Solidaria (artículo 287 del Código Penal). Si sólo lo usa, sin haber concurrido en la falsedad, concursa la captación masiva y habitual con el punible de falsedad, por el uso del documento público falso (artículo 291 Código Penal). En este caso, y si el ahorrador entrega su dinero inducido por el supuesto permiso, o por otras acciones que lo llevan al error o a mantenerse en él, podría pensarse también en la posibilidad de un delito de estafa, que concursaría con los ya mencionados. No se olvide que la descripción de la captación masiva y habitual castiga el ejercicio ilegal de la actividad financiera, esto es, que su interés es proteger la actividad financiera dentro de los marcos establecidos por el Estado, en tanto en cuanto la falsedad protege la autenticidad de los documentos públicos y privados, y la estafa guarda relación con la protección al patrimonio del individuo, del cual es desposeído por medio de la inducción o la permanencia engañosa en el error a que lo lleva el beneficiario de tal menoscabo de la propiedad.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia expresó, en sentencia de casación del 15 de noviembre de 2005, con ponencia del magistrado ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO, que “[e]l delito de captación masiva y habitual de dineros es de mera conducta o actividad, pues no exige resultado alguno para su adecuación típica. Por tanto, es factible que concurse con los ilícitos concurrentes, como sucedió en este evento con la estafa”.

Lo que no resulta viable, en razón de la redacción de la norma, es el concurso homogéneo de delitos entre las diversas captaciones después de superar el número señalado en la ley (20), situación que acarrea una benigna consecuencia punitiva para el responsable, pues de ese modo resulta igual captar de veintiuna personas que de mil o más. Para superar este inconveniente, en nuestro trabajo *Tratamiento procesal de los delitos financieros* hemos propuesto estudiar la tesis del *delito masa*, tesis que se abre camino desde la jurisprudencia, en España y en otros países. Hoy, gracias a las innovaciones del nuevo Código Penal, es posible el aumento considerable de la pena por este punible, atendiendo las voces del artículo 31, que prescribe que en los casos de los delitos continuados y en masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo, aumentada en una tercera parte.

Los últimos acontecimientos vividos en Colombia hacen ver la posibilidad de que el delito de captación masiva y habitual concurse también con el punible de lavado de activos. En efecto, esta actividad de captación masiva puede convertirse en una cortina que proteja a quienes por esta vía logran dar apariencia de legalidad a recursos provenientes de actividades ilícitas. Como se señaló ya en este artículo, algunos socios de DMG aceptaron ante la Fiscalía General de la Nación que dicha firma, dedicada a la captación de recursos mediante el procedimiento de tarjetas prepago, logró lavar cerca de 245 mil millones de pesos.

g. Críticas a la figura

A pesar del esfuerzo realizado por el ejecutivo para abarcar, en los decretos 3227 de 1982 y 1981 de 1988, todas las posibilidades de captación masiva y habitual sin autorización legal, esto es, buscar afanosamente impedir que piratas del sector financiero ejercieran la actividad de intermediación financiera sin las debidas seguridades para el público y el adecuado control de la Superintendencia Financiera, continúan siendo caprichosos los parámetros que se utilizan para evidenciar dicha gestión.

Por ello, resulta antitécnico determinar que alguien capta masiva y habitualmente, para efectos del tipo penal consagrado en el Decreto 2920 de 1982, cuando su pasivo para con el público esté compuesto por obligaciones con más de veinte personas o por más de cincuenta obligaciones contraídas en forma directa o por interpuesta persona, al igual que cuando, en conjunto o por separado, haya celebrado en un período de tres meses consecutivos más de veinte contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración.

Consideramos que siempre que se señale una cantidad de operaciones como límite para la concreción del punible, la norma seguirá siendo antitécnica y permitirá que se burlen sus controles por medio de sofisticados mecanismos que a diario ingenian quienes buscan utilizar el sector financiero como medio de enriquecimiento.

Estimamos que resultaría más afortunado utilizar la fórmula de sancionar a quienes ejerzan la actividad financiera sin autorización legal, considerando a su vez el hecho como delito de estafa cuando de dicha gestión irregular se derive perjuicio para el Estado o para los particulares.

h. Acciones administrativas como consecuencia de la captación masiva y habitual

Al lado de las sanciones penales y administrativas que pueden imponerse a quien desarrolle la actividad financiera sin contar con la debida autorización legal, y sin que se vulnere el principio del *non bis in idem*, el Decreto 1730 de 1991, en su artículo 1.8.5.0.1., recogido hoy por el artículo 208 del Decreto 663 de 1993 (artículo 316 del Código Penal), en concordancia con los artículos 292 y 325 numeral 23 de ese estatuto, autoriza a la Superintendencia Bancaria para adoptar las medidas cautelares que a continuación se precisan:

- a) La suspensión inmediata de tales actividades, bajo apremio de multas sucesivas hasta por un millón de pesos (\$1.000.000.00) cada una.
- b) La disolución de la persona jurídica.
- c) La liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente, para lo cual se seguirán en lo pertinente los procedimientos administrativos que

señala el presente estatuto para los casos de toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de las instituciones financieras.

Parágrafo. La Superintendencia Bancaria establecerá, en estos casos, las acciones cautelares para asegurar eficazmente los derechos de terceros de buena fe y, bajo su responsabilidad, procederá de inmediato a tomar las medidas necesarias para informar al público.

i. Acciones tendientes a prevenir la captación masiva y habitual

Aceptando la gravedad que la conducta en estudio puede causar al orden económico social, toda vez que los recursos que deben canalizarse por el sistema financiero se trasladan a ciudadanos o personas jurídicas que no pueden garantizar su adecuado manejo, su rentabilidad, seguridad y devolución, es necesario emprender acciones y soluciones que trasciendan el derecho penal. No podemos continuar en esta inflación criminalizante, creyendo ingenuamente que con la amenaza de una pena, que generalmente no se cumple en razón de los múltiples y generosos mecanismos de excarcelación, vamos a solucionar todas las dificultades de la comunidad.

Si el problema planteado es de orden económico, en esta misma sede debe ser atacado. Si los ciudadanos acuden al mercado extrabancario, lo hacen, la mayor parte de las veces, convencidos de que los intereses que reciben de las entidades financieras resultan exiguos y en el entendido de que ellos no alcanzan a cubrir la devaluación de sus recursos. Por ello, sería recomendable buscar el mecanismo que aumente adecuadamente los beneficios obtenidos por la liquidez que se cede y acortar el margen de intermediación financiera, que en el país alcanza cifras mayores al 14%, uno de los más altos del mundo, tal como lo advertimos en nuestro trabajo “Los altos costos del dinero”, publicado por la *Revista de Derecho Económico*, número 16, de 1992.

En igual forma, debe incentivarse el ahorro privado concediendo exenciones de orden tributario a quienes depositan su dinero en entidades financieras y ayudan, con tal proceder, a que dichos recursos irriguen la economía o, por lo menos, procurando una reducción de los valores que dichos ahorradores deben cancelar por impuestos o por retención en la fuente.

Papel fundamental en esta tarea de prevención deben cumplir la Superintendencia Financiera y la Superintendencia de la Economía Solidaria, orientando por medio de publicaciones a los ahorradores para advertirlos sobre los riesgos que se corren por depositar dineros en entidades o con personas no autorizadas y, especialmente, practicando visitas de inspección, cuando exista evidencia atendible sobre el ejercicio irregular de la actividad financiera, a los lugares donde operen personas naturales o jurídicas no sometidas a vigilancia permanente, como lo ordena el numeral 12 del artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993).

j. Proyecto del Gobierno para combatir la captación masiva y habitual de dineros

Ante el auge inusitado de la captación de recursos del público sin la debida autorización legal y la defraudación de numerosos incautos, el Gobierno Nacional presentó ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley n.º 154 de 2008, por el cual se modifica el Código Penal. Con la propuesta se pretende aumentar la punibilidad del delito de captación masiva y habitual y con dicho incremento, evitar la aplicación de penas sustitutivas como la prisión domiciliaria. Además, limitar beneficios para este comportamiento como la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la ejecución de ésta.

Desde la aprobación de nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), expusimos nuestra preocupación por la escasa punibilidad asignada a los tipos penales con los que se busca tutelar la actividad financiera, y con la posibilidad de que sus responsables fueran beneficiarios de subrogados penales y beneficios que deben estar vedados para quienes defraudan la confianza pública y afectan gravemente el orden económico social. Expresábamos entonces:

Ahora, según las voces del artículo 357 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), en principio no procede la medida de aseguramiento para los delitos contra el sistema financiero, por el mínimo de sanción consagrado en el Código Penal para estos comportamientos y no aparecer en el listado de aquellos en que, indefectiblemente, se debe proceder a la detención preventiva.

Creemos que los delitos contra el sistema financiero, tanto por la gravedad que encierran, como por la conmoción social, el daño patrimonial individual y la lesión contra el orden económico social que ocasionan, así como por la ventaja profesional y social de que normalmente se valen sus autores, al igual que por el poco riesgo que éstos corren en su ejecución, demuestran ser un ámbito donde existe una gran proclividad delictual. En consecuencia, sus responsables requieren, ordinariamente, de tratamiento penitenciario que los ponga en posibilidad de servirle a la comunidad, y no de aprovecharse de ella y de sus leyes permisivas. En síntesis, como lo afirman BAJO FERNÁNDEZ y KLAUS TIEDEMANN, si hay algún tipo de delito en el que no está indicada la aplicación de la condena de ejecución condicional, es precisamente en los delitos económicos.

Sobre el tema es preciso citar aquí, lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de abril de 1992, con ponencia del magistrado GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ:

¿Qué da lugar a que se repudie la ejecución condicional de la condena? Pues el que lo haga desaconsejable la personalidad del procesado, entendiendo por ésta, de ordinaria manera, la “estructura interna del individuo o del grupo, más o menos estable, que se traduce en comportamientos o actos relativamente se-

mejantes y correspondientes...”. Indudablemente que una estafa que priva de todo el patrimonio o de parte vital de éste a personas de menguados recursos económicos, que le impiden una adecuada y oportuna recuperación y magnifica sus necesidades, no puede valorarse a los fines comentados, del mismo modo que la dirigida contra el ofendido de contrarias condiciones: ni guardarán niveles de semejanza, así se trate de perjudicados solventes, infracciones en cuantía y miles de pesos y los que representan cifras millonarias y jugará también poder distinguir entre quienes defraudan en altísimas cuantías fondos destinados a la niñez, a la salud, la educación, o producto del ahorro particular, que quien actúa contra bienes que no exhiben esta caracterización.

Con todo, estimamos que no debe ser por la vía del estatuto procesal por la que se garantice que los responsables de estos graves comportamientos reciban una sanción acorde con estos reprochables delitos, sino con la amenaza de una pena de cierta gravedad. Por esto señalamos nuevamente aquí lo expresado hace ya varios años en la ponencia que presentamos ante el Undécimo Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado en Ibagué entre el 26 y el 30 de noviembre de 1990, titulada “Tratamiento procesal de los delitos financieros”:

Quiero dejar muy claro que no tengo mentalidad retribucionista pues participo de las nuevas tendencias de la criminología crítica sobre la intervención mínima del derecho penal, y de la urgencia de despenalizar, desjudicializar o desprisonalizar determinados comportamientos cuyo tratamiento tendría mayor eficacia en otros ordenamientos como el del administrativo sancionatorio. Lo que pretendo demostrar es precisamente que si el legislador considera tan graves estas conductas que atentan contra el desarrollo económico del país y la estabilidad del sistema financiero, debe ser más consistente en su tratamiento punitivo, acabar, de una vez por todas, con esa aplicación selectiva de la pena para considerar sólo graves los delitos de hurto y otros reservados a las gentes de menos posibilidades económicas.

Obrar en sentido diferente, es quebrantar el principio de proporcionalidad que debe existir entre delito y pena y arribar así a la grave sentencia de Beccaria: “Si una pena igual castiga dos delitos que ofenden desigualmente a la sociedad, los hombres no encontrarán un más fuerte obstáculo para cometer el delito mayor, si a él encuentran unida una mayor ventaja”.

Pues bien, ahora el Gobierno Nacional, ante su impotencia para controlar a estos *banqueros de hecho*, se apresura a modificar el artículo 316 del Código Penal con un aumento considerable de pena, desperdiciando la oportunidad de concretar la descripción del tipo y facilitar así su plena aplicación. El texto propuesto para estudio del Congreso es del siguiente tenor:

Artículo 1: Modifícase el artículo 316 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 316. Captación masiva y habitual de dineros. Quien capte dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de sesenta y uno (61) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”²³.

Ahora bien: como un grupo de personas, aprovechando la defectuosa descripción del tipo penal de captación masiva y habitual de dineros, ha logrado evadir su vinculación a investigaciones por este punible, el Gobierno aprovechó el proyecto de ley para incluir un nuevo tipo penal relacionado con el lavado de activos, con el cual se pretende controlar empresas que se han dedicado a recibir dineros de los ciudadanos pero con el uso de mecanismos que no son alcanzados por los términos del artículo 316, pues logran acreditar que las personas se vinculan con ellos en razón de la compra de artículos por el sistema de prepago y no por la entrega de dineros a cambio de jugosos intereses. Así, se concibió el artículo 325 A del Código Penal en los siguientes términos:

Artículo 2: Adiciónase el artículo 325 A de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“325 A. Omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo. El que deliberadamente omita el cumplimiento de los reportes a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo, o para la movilización o almacenamiento de dinero en efectivo, incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Se exceptúan de lo dispuesto en el presente artículo quienes tengan el carácter de empleados o directores de instituciones financieras o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito, a quienes se aplicará lo dispuesto en el artículo 325 del presente capítulo”²⁴.

23 Este proyecto se viene tramitando en el Congreso con antelación a los normas de emergencia social y naturalmente el Gobierno pretende que sean aprobadas por el Congreso para que inicien su vigencia al cumplirse el año que otorgó la Corte Constitucional a las normas adoptadas por vía de la emergencia social.

24 Estas normas fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional en la Sentencia C-225 de 2009, porque no guardan conexidad directa y específica con los motivos por los cuales se declaró el estado de emergencia social.

Como se recordará, el legislador colombiano incorporó a la legislación penal, desde la Ley 365 de 1997, el delito de *omisión de control*, figura que ahora se encuentra regulada en el artículo 325 del estatuto de penas, con el cual se pretende sancionar a los funcionarios del sector financiero y del sector cooperativo que, con el propósito de colaborar con el lavado de activos, omitan el cumplimiento de alguno o de todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo²⁵.

De esta forma, lo que se pretende es extender a los particulares la obligación de reportar a la UIAF las transacciones, el movimiento y el almacenamiento de dinero que desarrollen en el ejercicio de sus actividades. Desde luego, para verificar la concreción del tipo penal es necesario revisar todas las circulares impartidas por los organismos de vigilancia y control, tales como las superintendencias, al igual que las leyes y los decretos en que el Gobierno precise obligaciones para personas naturales o jurídicas con el propósito de controlar el lavado de activos.

Resulta paradójico que en la exposición de motivos el Gobierno critique la escasa punibilidad para el delito de captación masiva y habitual y, desde luego, proponga su modificación, pero no le parezca menor la pena con que pretenden castigar una forma sofisticada de lavado de activos, pues puede observarse que la pena mínima señalada para la figura que se crea en el artículo 325 A es de 32 meses, situación que permite a los responsables gozar de beneficios como la prisión domiciliaria.

VI. LEGISLACIÓN COMPARADA

Las diferentes legislaciones se han preocupado por sancionar el ejercicio de la actividad financiera sin autorización de la autoridad competente, bien por vía administrativa o mediante la amenaza penal y, en algunas ocasiones, con la combinación de los dos procedimientos. Por ello, a continuación reseñamos la legislación existente sobre el tema en algunos países.

A. Bolivia

En el título séptimo, capítulo I, de la Ley de Bancos y Entidades Financieras de Bolivia encontramos la prohibición expresa del ejercicio de la actividad bancaria sin la debida autorización de las entidades competentes. Así, en el artículo 91 se precisa:

25 Sobre el tema puede consultarse el libro de nuestra autoría titulado *Delitos económicos en la actividad financiera* (Bogotá, Ibáñez), especialmente, las páginas 479 a 606 de la quinta edición, publicada en 2008.

Ninguna persona natural o jurídica podrá realizar en forma habitual operaciones propias de los bancos y entidades financieras no bancarias, sin autorización previa de la Superintendencia; aquellas realizadas en contravención a lo dispuesto por este artículo serán nulas de pleno derecho.

B. Chile

En el artículo 34 de la legislación bancaria chilena encontramos las siguientes prescripciones en relación con el ejercicio ilegal de la actividad financiera:

Artículo 34. Ninguna persona natural o jurídica que no hubiere sido autorizada para ello por otra ley, podrá dedicarse a giro que, en conformidad a la presente, corresponda a las empresas bancarias y, en especial, a captar o recibir en forma habitual dinero del público, ya sea en depósito, mutuo o en cualquier otra forma.

Ninguna persona natural o jurídica que no hubiere sido autorizada por la ley, podrá dedicarse por cuenta propia o ajena a la correduría de dinero o de créditos representados por valores mobiliarios o efectos de comercio, o cualquier otro título de crédito.

Tampoco podrá poner en su local u oficina plancha o aviso que contenga, en cualquier idioma, expresiones que indiquen que se trata de un banco, de una empresa bancaria, o de una sociedad financiera, ni podrá hacer uso de membretes, carteles, títulos, formularios, recibos, circulares o cualquier otro papel que contenga nombres u otras palabras que indiquen que los negocios a que se dedica dicha persona son de giro bancario o de intermediación financiera. Le estará, asimismo, prohibido efectuar propaganda por la prensa u otro medio de publicidad en que se haga uso de tales expresiones.

Se presume que una persona natural o jurídica ha infringido lo dispuesto en este artículo cuando tenga un local u oficina en el que, de cualquier manera, se invite al público a llevar dinero a cualquier título o al cual se haga publicidad por cualquier medio con el mismo objeto.

Las infracciones a este artículo serán castigadas con presidio menor en sus grados medio a máximo. La Superintendencia en este caso, pondrá los antecedentes a disposición del Consejo de Defensa del Estado para que inicie las acciones pertinentes, sin perjuicio de que exista acción pública para denunciar estos delitos.

En todo caso, si a consecuencia de estas actividades ilegales, el público recibiere pérdida de cualquier naturaleza, los responsables serán castigados como autores del delito de estafa.

En caso de que, a juicio del superintendente, pueda presumirse que existe una infracción a lo dispuesto en este artículo, la Superintendencia tendrá respecto de los presuntos infractores, las mismas facultades de inspección que su ley orgánica le confiere para con las instituciones fiscalizadas, pudiendo aplicar al efecto el artículo 17 de dicha ley.

Cualquier organismo público o privado, que tome conocimiento de alguna infracción a lo dispuesto en este artículo, podrá efectuar la denuncia correspondiente a la Superintendencia.

C. Ecuador

En el título x de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero de Ecuador, nombrado *De las limitaciones, prohibiciones y sanciones*, encontramos la tipificación del ejercicio de la actividad financiera sin contar con la previa autorización de la entidad estatal correspondiente como infracción administrativa. Veamos la norma al respecto:

Art. 124. Ninguna persona natural o jurídica que no esté autorizada por ley podrá efectuar operaciones de intermediación financiera propias de las instituciones del sistema financiero, ni podrá hacer uso de avisos, carteles, recibos, membretes, títulos o cualquier otro medio que indique que el negocio de dicha persona es del giro financiero. Tampoco podrá hacer propaganda que utilice esas expresiones.

En el caso de que, a juicio de la Superintendencia, se pueda presumir que existe una infracción a lo dispuesto en este artículo, la Superintendencia tendrá, respecto de los presuntos infractores, las mismas facultades de inspección que esta ley le confiere respecto de las instituciones controladas.

La Superintendencia ordenará la suspensión de las operaciones financieras que se realicen en contravención a este artículo. Además aplicará a las personas que las efectúen una multa equivalente al diez por ciento (10%) de las operaciones de captación de fondos del público que éstas hayan realizado, la cual no podrá ser inferior, en ningún caso, al equivalente a 10.000 UVC. Adicionalmente, los responsables serán juzgados por el delito de estafa y sancionados con prisión correccional de hasta seis meses, para lo cual, el Superintendente pondrá el caso en conocimiento de un agente fiscal.

El incumplimiento de la orden de suspensión de las operaciones o la reincidencia se considerarán como delitos de estafa, que será reprimido con prisión correccional de seis meses a dos años y una multa equivalente al quince por ciento (15%) de las operaciones de captación de fondos del público que éstas hayan realizado, la cual no podrá ser inferior, en ningún caso, al equivalente

a 20.000 uvc. La Superintendencia pondrá este hecho en conocimiento de un agente fiscal.

La imposición de sanciones, en ningún caso relevará al infractor del cumplimiento de las obligaciones asumidas.

D. El Salvador

La banca de hecho aparece tipificada con el nombre de *giro bancario indebido* en el capítulo I, titulado *Limitaciones, sanciones y delitos*, del título quinto (disposiciones generales) de la obra *Análisis e interpretación de las cinco nuevas leyes financieras*, publicada por la Asociación Bancaria Salvadoreña, en 1991. Los términos en que se formula dicha tipificación son los siguientes:

Art. 95. Ninguna persona natural o jurídica que no esté legalmente autorizada podrá efectuar las operaciones de captación de fondos propias de los bancos y financieras ni podrá hacer uso de avisos, carteles, recibos, membretes, títulos o cualquier otro medio que indique que el negocio de dicha persona es del giro bancario. Tampoco podrá hacer propaganda que utilice estas expresiones.

En caso que, a juicio del superintendente, pueda presumirse que existe una infracción a lo dispuesto en este artículo, la Superintendencia tendrá respecto de los presuntos infractores a las mismas facultades de inspección que su ley orgánica le confiere para con las instituciones fiscalizadas.

Cualquier organismo público o privado o persona que tenga conocimiento de alguna infracción a lo dispuesto en este artículo, podrá efectuar la denuncia correspondiente a la Superintendencia.

La Superintendencia podrá ordenar la suspensión de las operaciones de captación de recursos que se efectúen en contravención a este artículo. Asimismo, podrá aplicar a las personas jurídicas que las realicen las sanciones prescritas en los artículos 37 y 38 de su ley orgánica; y a las personas naturales, una multa de hasta doscientos mil colones. En ambos casos, las sanciones se aplicarán según la gravedad de la infracción, su reiteración y la capacidad económica del infractor.

En todo caso, si a consecuencia de estas actividades ilegales, el público recibiere pérdidas de cualquier naturaleza, los responsables serán considerados como autores del delito de estafa, de conformidad al artículo 242 del Código Penal.

El Decreto 696 expedido por la Asamblea Legislativa de la república de El Salvador el 27 de septiembre de 1999 preceptuó sobre el tema en estudio:

Captación ilegal de fondos del público

Art. 184. Se prohíbe toda captación de fondos del público con publicidad o sin ella, en forma habitual bajo cualquier modalidad, a quienes no estén autorizados de conformidad con la presente Ley u otras que regulen esta materia. La infracción a lo dispuesto en este inciso se sancionará según lo que establece el artículo 240 A del Código Penal. Sin perjuicio de cualquier otro delito que cometieren.²⁶

Cualquier persona o entidad que tenga conocimiento de alguna infracción a lo dispuesto en el inciso anterior, deberá presentar la denuncia correspondiente a la Superintendencia o a la Fiscalía General de la República, para la deducción de las responsabilidades a que hubiere lugar en el campo de su respectiva competencia. Igual obligación tendrán los directores, administradores, contadores y auditores internos y externos de las entidades que infrinjan la presente disposición.

A los directores, administradores, contadores y auditores internos y externos de las entidades que capten fondos del público sin autorización y que incumplan la obligación de denunciar tales actos, se les aplicará el artículo 309 de Código Penal, sin perjuicio de cualquier otro delito que cometieren.²⁷

E. Guatemala

En el artículo 96 de la Ley de Banco y Grupos Financieros (Decreto 19 de 2002) se preceptúa:

Delito de intermediación financiera. Comete delito de intermediación financiera toda persona individual o jurídica, nacional o extranjera, que sin estar autorizada expresamente de conformidad con la presente Ley o leyes específicas para realizar operaciones de tal naturaleza, efectúa habitualmente en forma pública o privada, directa o indirectamente, por sí misma o en combinación con otra u otras personas individuales o jurídicas, en beneficio propio o de terceros, actividades que consistan en, o que se relacionen con la captación de dinero del público o de cualquier instrumento representativo de dinero, ya sea mediante recepción de especies monetarias, cheques, depósitos, anticipos, mutuos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, incluyendo operaciones contingentes, destinando dichas captaciones a negocios de crédito o financiamiento de cualquier naturaleza, independientemente de la forma jurídica de formalización,

26 Se trata del tipo penal de *defraudación a la economía pública*, con una sanción de cinco a quince años.

27 Se trata del delito de *omisión del deber de poner en conocimiento determinados delitos*.

instrumentación o registro contable de las operaciones. En el caso de personas jurídicas son responsables de este delito los administradores, gerentes, directores y representantes legales. // El o los responsables de este delito serán sancionados con prisión de cinco a diez años incommutables, la cual excluye la aplicación de cualesquiera de las medidas sustitutivas contempladas en el Código Procesal Penal, y con una multa no menor de diez mil ni mayor de cien mil unidades de multa, la cual será también impuesta por el tribunal competente del orden penal. // Simultáneamente a la imposición de la multa indicada, dicho tribunal ordenará la cancelación de la patente de comercio de las personas individuales, así como la liquidación de las personas jurídicas a que se refiere este artículo conforme al procedimiento establecido en la ley, en este último caso, una vez concluida su liquidación, ordenará al Registro Mercantil la cancelación de la inscripción respectiva.

F. Italia

La legislación italiana sanciona también las acciones de intermediación financiera que no cuenten con la previa y adecuada autorización de la autoridad competente.

En el artículo 96 de la Ley Bancaria se penaliza la “recolección (*raccolta*) abusiva del ahorro” cuando ésta se realice sin la autorización de la entidad encargada de la vigilancia del sector financiero, que consiste en un visto bueno sobre la solidez financiera, capacidad técnica, características operativas y estructura idónea de la sociedad bancaria que pretende el ejercicio de esta actividad.

Sirva la referencia a la legislación italiana para señalar que, de la misma manera, tanto la legislación francesa como la alemana prescriben sanciones para quienes ejerzan indebidamente la actividad financiera. De esta forma, la primera define, en el artículo 10.º de la Ley 84-46, del 24 de enero, el delito de *ejercicio abusivo de la actividad bancaria*, como lo reseña el profesor CÉSAR HERRERO HERRERO, en su obra *Los delitos económicos*.

G. Perú

En el título X, nombrado *Delitos contra el orden financiero y monetario*, capítulo I, *Delitos financieros*, artículo 246, encontramos el delito de *captación habitual indebida de recursos del público*, en los siguientes términos:

El que, por cuenta propia o ajena, se dedica directa o indirectamente a la captación habitual de recursos del público, bajo la forma de depósito, mutuo o cualquier modalidad, sin contar con permiso de la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si para dichos fines el agente hace uso de los medios de comunicación social, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

H. Venezuela

Este país, que experimentó en 1993 una sensible crisis financiera de contornos similares a la acaecida en Colombia en 1982, estableció como delictual el ejercicio ilegal de la actividad financiera y la captación de recursos sin la debida autorización estatal.

De esta forma, en el artículo 288 del Decreto 3.228 del 28 de octubre de 1993, conocido como *Ley general de bancos y otras instituciones financieras*, se consagró el ilícito en mención, en los siguientes términos:

Artículo 288. Serán sancionados con prisión de dos (2) a seis (6) años, quienes sin estar autorizados, practiquen la intermediación financiera o capten recursos del público de manera habitual.

No puede olvidarse que en el artículo 33 de la Ley especial de protección a los depositantes y de regulación de emergencias en las instituciones financieras de Venezuela se precisa que “[n]o gozarán de los beneficios de la Ley de libertad provisional bajo fianza, ni de los de la Ley de beneficios en el proceso penal, las personas que estén incurso en los delitos previstos en la Ley general de bancos y otras instituciones financieras”.

En el Decreto Extraordinario 5.892, del 31 de julio de 2008, que reformó la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, se incluyó el artículo 430, que sanciona la captación indebida de recursos, en los siguientes términos:

Serán sancionados con prisión de ocho (8) a diez (10) años, quienes sin estar autorizados, practiquen la intermediación financiera, crediticia o la actividad cambiaria, capten recursos del público de manera habitual o realicen cualesquiera de las actividades expresamente reservadas a las personas sometidas al control de la Superintendencia de Bancos y Otras instituciones Financieras.

BIBLIOGRAFÍA

ARANGO JARAMILLO, MARIO. *Judas Tadeo Landínez y la primera bancarrota colombiana (1842)*, Medellín, Hombre Nuevo, Lealón, 1981.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. “Los delitos contra el orden económico social”, en *Revista de Abogados Penalistas del Valle*, n.º 6, 1982.

BANCO DE LA REPÚBLICA. *Introducción al análisis económico, el caso colombiano*, Bogotá, Banco de la República, 1990.

BERNAL CUÉLLAR, JAIME. “Conductas delictuales consagradas en el Decreto 2920 de 1982”, en *Revista de Derecho Económico*, julio-diciembre de 1984, Bogotá, Temis, 1985.

CANCINO MORENO, ANTONIO. *Los delitos contra el orden económico social en el Nuevo Código Penal*, Bogotá, Librería del Profesional, 1983.

CHILDE, JORGE y MARIO ARANGO. *Bancarrotas y crisis*, Bogotá, Grijalbo, 1988.

GAITÁN MAHECHA, BERNARDO. “El régimen penal del decreto 2020”, en *Revista de Derecho Económico*, n.ºs 3 y 4, julio-diciembre, Bogotá, Temis, 1985.

GIRALDO MARÍN, LUIS CARLOS. *Actas del Nuevo Código Penal Colombiano*, vol. II, Bogotá, Pequeño Foro, 1981.

HERNÁNDEZ QUINTERO, HERNANDO A. *Delitos económicos en la actividad financiera*, 5.ª ed., Bogotá, Ibáñez, 2008.

MARTOS NÚÑEZ, JUAN ANTONIO. *Derecho penal económico*, Madrid, Montecorvo, 1987.

ORTEGA, FRANCISCO J.. *Ensayos sobre política económica*, n.º 4, Bogotá, Banco de la República, Departamento de Investigaciones Económicas, 1984.

PINZÓN, JORGE y FERNANDO CARRILLO. *Sector financiero y delincuencia económica*, Bogotá, Temis, 1985.

ROMERO SOTO, LUIS E.. “Los delitos contra el orden económico social desde el punto de vista del derecho comparado”, en *Cambio jurídico*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1987.

ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE. “Los delitos contra el orden económico social desde el punto de vista del derecho comparado”, en *Cambio jurídico*, Bogotá, Universidad de los Andes - Cijus, 1988.

TABARES C. GERMÁN. *La protección de la confianza pública*, Asociación Bancaria de Colombia, Vigésima Tercera Convención Bancaria y de Instituciones Financieras, 1985.

Prensa

El Tiempo, lunes 29 de diciembre de 2008.

El Espectador, sábado 10 de enero de 2009.

Semana. “Edición 1930 - 1931”, 22 de diciembre de 2008 a 5 de enero de 2009.

