

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - Aportes destinados al pago de prestaciones sociales de los docentes / RECURSOS PARAFISCALES - Los del fondo nacional de prestaciones sociales del Magisterio están destinados únicamente a la seguridad social / RECURSOS PARAFISCALES - Se contabilizan en cuentas de orden y no hacen parte del balance general de los establecimientos de crédito / RECURSOS PARAFISCALES - Intangibilidad cuando están destinados a al Seguridad Social / DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL - Su efectividad está determinada por la existencia de fuentes de financiación / IGUALDAD DE LOS ACREEDORES - Prelación de créditos

Los dineros depositados por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - MAGISTERIO a través del Bono 02198 del BANCO SELFIN EN LIQUIDACIÓN provienen de contribuciones parafiscales destinadas a la salud y a la seguridad social de los docentes afiliados al Fondo, puesto que son aportes que los mismos y las demás entidades del Estado señaladas en el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio" hacen para el funcionamiento del Fondo y destinados al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio, tanto nacionales como nacionalizados y para garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los docentes y sus familias. De prorratearse entre los acreedores de SELFIN S.A. los recursos parafiscales pertenecientes al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO administrados por la FIDUCIARIA LA PREVISORA se utilizarían para pagar las acreencias del Banco en proceso de liquidación, contra expresa prohibición constitucional, puesto que su única destinación lícita es la seguridad social (art. 48 C.P.). Cierto es que los recursos que se reclaman a SELFIN no resultaron de un contrato de recaudo que, en estricto sentido, es el caso previsto en el artículo 26 de la Ley 510 de 1999, razón por la que este no sería aplicable, en cuanto dispone que: "No harán parte del balance general de los establecimientos de crédito y se contabilizarán en cuentas de orden, las sumas recaudadas para terceros, en desarrollo de contratos de mandato, tales como las correspondientes a impuestos, contribuciones y tasas, así como los recaudos realizados por concepto de seguridad social y los pagos de mesadas pensionales...". Empero, la Sala advierte que si es aplicable el sentido y razón de ser del precepto mencionado, que es precisamente dar efectividad al artículo 48 de la Constitución Política, asegurando la intangibilidad de los recursos parafiscales cuya destinación específica es la seguridad social, atendido el supuesto incontrovertible según el cual la efectividad de este derecho fundamental y de los conexos, en gran medida está determinada por la existencia de fuentes suficientes de financiación. En contra de la tesis que esta providencia sostiene (Sentencia C-976/00), no resultaría válido anteponer la igualdad de los acreedores en el proceso de liquidación forzosa administrativa, pues debe tenerse en cuenta que al tenor de lo preceptuado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos por prestaciones sociales, entre otros, gozan de prelación.

NOTA DE RELATORIA: Cita Sentencia Corte Constitucional C-976 de junio trece (13) de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonel y las sentencias T-1466 A/00 ; T-1622/00 y T-1679/00 de la misma Corporación en relación con los recursos públicos destinados para la seguridad social y su destinación específica no comparables con el tratamiento de dineros de ahorradores o inversionistas particulares.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Bogotá D.C., doce de julio de dos mil uno

Radicación número: 25000-23-27-000-2001-0310-01(AC)

Actora: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

ASUNTOS CONSTITUCIONALES

Se decide la impugnación presentada por el BANCO SELFIN S.A. EN LIQUIDACIÓN, por conducto de apoderada, contra la sentencia de 18 de abril de 2001, mediante la cual la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda incoada en Acción de Tutela por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y ordenó al BANCO SELFIN S.A. EN LIQUIDACIÓN reintegrarle, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, los dineros recaudados por concepto de aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1. LA DEMANDA

1.1. Hechos

Por la Ley 91 de 1989 (29 de diciembre) se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación destinada a atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, Fondo que tiene como objetivo efectuar el pago de las prestaciones del personal afiliado, garantizar la prestación de servicios médicos asistenciales y otros fines complementarios.

De conformidad con el artículo 8º de la Ley, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio está formado por el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado; las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado y una tercera parte de los posteriores aumentos; el aporte de la Nación, equivalente al 8% mensual liquidado sobre factores salariales; el aporte de la Nación igual a una doceava anual liquidada sobre factores salariales; el 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aportes de los pensionados; el 5 por mil de que tratan las leyes 4ª de 1966 y 33 de 1985; el porcentaje percibido del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de prestaciones del Magisterio; las sumas por concepto de prestaciones sociales adeudadas; las utilidades provenientes de inversiones que haga el Fondo con fines de rentabilidad y los intereses por los préstamos que conceda; más los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

Los recursos del Fondo debían ser manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta en que el Estado tuviera más del 90% del capital. Por esta razón mediante escritura 0083 de 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 del Círculo de Bogotá, se celebró un contrato de Fiducia Mercantil entre el Ministerio de Educación Nacional y la Fiduciaria La Previsora S.A., sobre los recursos que integran el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos del Fondo, documento con las instrucciones impartidas por el Consejo Directivo del mismo, contrato que ha sido prorrogado en varias ocasiones.

Según la cláusula segunda del contrato de Fiducia Mercantil, Fiduciaria La Previsora S.A. fue facultada para realizar las inversiones pertinentes de los recursos del Fondo, siguiendo para tales efectos las políticas de inversión trazadas por el Consejo Directivo. En cumplimiento y desarrollo de ese contrato, el 10 de noviembre de 1997, la Fiduciaria invirtió la suma de noventa millones de pesos (\$90'000.000) en el Bono 02198 del Banco Selfín S.A.

Mediante Resolución 1100 de 16 de julio de 1999, el Superintendente Bancario, previo concepto del Consejo Asesor y la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ordenó la toma de los bienes, haberes y negocios del BANCO

SELFIN S.A., con el fin de proceder a su liquidación en los términos establecidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993). Por Resolución 024 de 30 de julio de 1999, emitida por el Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, se designó al Dr. ALVARO MOTTA CANO como liquidador, nombramiento inscrito en la Cámara de Comercio, quien renunció y en su reemplazo se designó al Dr. DARÍO ARANGO BARRIENTOS como nuevo liquidador.

En desarrollo del proceso liquidatorio, se realizó el emplazamiento de todas las personas con derecho a formular reclamaciones contra el BANCO SELFIN S.A. EN LIQUIDACION, mediante avisos en los cuales se informaba que el término para la presentación de las mismas estaba comprendido entre el 13 de agosto y el 13 de septiembre de 1999.

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., utilizando el formulario creado para el efecto, presentó reclamación el 7 de septiembre de 1999, en relación con el Bono 02198 de 10 de noviembre de 1997, por valor de \$90'000.000, provenientes de los recursos del Fondo Nacional para las Prestaciones Sociales del Magisterio.

El 18 de noviembre de 1999 el liquidador del BANCO SELFIN S.A. EN LIQUIDACION en desarrollo de sus funciones emitió la Resolución 001 “por medio de la cual se decide sobre las reclamaciones presentadas oportunamente, los bienes que integran la masa de la liquidación, los que están excluidos de ella; las reclamaciones aceptadas y rechazadas en relación con sumas y bienes excluidos de la masa de liquidación y su orden de restitución; los créditos aceptados y rechazados contra la masa de liquidación, su cuantía y la prelación para el pago”, en la cual dispuso que “el artículo 1.2.4.8. de la Resolución 400 de 1995 (modificado por la Resolución 1210 de 1995, art. 4) al señalar las funciones del representante legal de los tenedores de bonos colocados o negociados en el mercado público de valores, señala que éste tiene el deber de actuar en nombre de los tenedores de bonos en los procesos que se adelantan como consecuencia de la toma de posesión de los bienes y haberes o la intervención administrativa de que sea objeto la entidad emisora. Para tal efecto, el representante de los tenedores deberá hacerse parte en el respectivo proceso dentro del término legal, para lo cual acompañará a su solicitud como prueba del crédito copia auténtica del

contrato de emisión y una constancia con base en sus registros sobre el monto insoluto del empréstito y sus intereses". Todos los deberes mencionados por el liquidador fueron cumplidos por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. al presentar oportunamente el crédito a favor del Fondo del Magisterio.

El artículo 4º de la Resolución 001 de 1999, dispuso que "El pago de los créditos reconocidos con cargo a la masa de la liquidación se efectuará teniendo en cuenta la prelación para el pago establecida en el Código Civil"; y el artículo 5º ordenó "Reconocer y admitir con cargo a los bienes que conforman la masa de la liquidación, las reclamaciones indicadas en los numerales 3.3.1 y 3.3.2 de la parte motiva de la presente resolución", los cuales hacen referencia a los casos especiales de la masa incluyendo los Bonos ordinarios emitidos por el BANCO SELFİN S.A. contenidos en el Anexo 6 de la misma resolución y dentro de los cuales se encuentra el Bono de La Previsora S.A. Como consecuencia de esta decisión, los dineros pertenecientes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quedaron retenidos en la masa liquidatoria.

El artículo 48 de la Constitución Política establece que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las Instituciones de Seguridad Social para fines diferentes a ella, por lo que estos dineros no pueden ser objeto de posesión ni de liquidación y, por consiguiente, deben ser transferidos de manera inmediata, en cada una de las cuentas fijadas al efecto para que cumplan con su destinación específica. Por lo tanto, esos recursos no hacen parte de los bienes y haberes del Banco en liquidación, ni pueden confundirse con el patrimonio de éste, al estar por encima de la masa de bienes, haberes y negocios de los mismos para atender las necesidades de la Seguridad Social.

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. el 28 de febrero de 2001 solicitó al liquidador del Banco que revocara parcialmente la Resolución 001 de 1999 en lo relacionado con los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio incluidos dentro de la masa de liquidación y ordenara su restitución inmediata a la Fiduciaria, solicitud que fue denegada mediante pronunciamiento del 7 de marzo de 2001. Esta forma de proceder del liquidador del Banco ha producido una grave amenaza para el cumplimiento eficaz y oportuno de los derechos fundamentales

de los afiliados al Fondo, al no poder dársele la destinación efectiva, oportuna e inmediata a los dineros recaudados para la seguridad social.

1.2. Derechos vulnerados

La actora solicita se protejan los derechos a la Seguridad Social en conexidad con el de la Vida (art 11 C.P.), a la Salud (art. 49), a la Seguridad Social de los Niños (art. 44), al pago oportuno y al reajuste de las pensiones de jubilación de los múltiples afiliados al Fondo (art. 53).

1.3. Pretensiones

Solicita la reclamante se ordene al Gerente Liquidador del BANCO SELFİN S.A. EN LIQUIDACIÓN que en el término de 48 horas reintegre a las cuentas corrientes correspondientes de LA PREVISORA S.A. la totalidad de los dineros recaudados por concepto de aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los cuales tienen el carácter de parafiscales y han sido objeto de la toma de posesión de bienes, haberes y negocios del mencionado Banco por parte de la Superintendencia Bancaria.

2. LA CONTESTACIÓN

En su contestación, por medio de apoderada, el BANCO SELFİN S.A. EN LIQUIDACIÓN argumentó la improcedencia de las pretensiones, así

1. No está demostrada la amenaza y/o vulneración de derechos fundamentales.

Es improcedente la acción porque no está demostrada en forma concreta la amenaza y/o vulneración de los derechos fundamentales que se reclaman. No existe conexión inescindible entre los derechos de la peticionaria y la falta inmediata de la recepción de las sumas debidas por el Banco. Esta falta de

relación radica en que no está demostrado que los derechos a la vida, a la salud, a la seguridad social de los niños y al pago oportuno y reajuste de las pensiones de jubilación, o algún otro derecho fundamental se encuentren efectivamente amenazados por no recibir del Banco, de manera inmediata, el monto de la obligación que reclama FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

La improcedencia también se presenta porque todo perjuicio que involucre un daño debe ser actual, cierto, directo y probado, pues el daño eventual o hipotético no está cobijado por la ley sustancial. No basta la afirmación general o global de que se están amenazando o vulnerando derechos fundamentales: se requiere completa certeza sobre la amenaza, porque las providencias no pueden basarse en hipotéticas violaciones.

Las pruebas aportadas por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. no son siquiera sumarias para demostrar el perjuicio. Tampoco está demostrado que por no recibir inmediatamente los \$90.000.000 que le adeuda el Banco estén corriendo un riesgo inminente la vida, la salud, el pago de las pensiones y la seguridad social de todos los docentes del magisterio y de sus hijos, y menos aún que con ese dinero estén garantizados todos estos derechos.

Tampoco se probó que el Fondo del Magisterio no cuente con recursos distintos de los adeudados por el Banco para cumplir con sus funciones, o que haya incumplido o esté avocado a incumplir dichas funciones y, por lo tanto, ponga en peligro los derechos fundamentales de sus afiliados.

2. El derecho que se pide proteger no es un derecho protegido por la Acción de Tutela.

La actora, pese a hacer referencia a derechos fundamentales, realmente busca proteger el derecho a la propiedad o a la integridad del Fondo que administra. De conformidad con reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho de propiedad no es, per se, un derecho fundamental y solo es tutelable en la medida en que su vulneración conlleve la de un derecho en sí mismo fundamental, de rango constitucional.

3. Los derechos presuntamente vulnerados no son fundamentales individualizables.

La reglamentación sobre la tutela, al señalar las causales para su improcedencia, incluye el evento de que se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto, o de que se pretenda proteger derechos colectivos, salvo que se trate de impedir un perjuicio irremediable.

En el presente caso no puede establecerse a ciencia cierta quiénes son los titulares de los derechos fundamentales vulnerados que podrían estar afectados, puesto que la parte actora se limita a mencionar a los beneficiarios del Fondo.

4. No está demostrada la existencia de una amenaza y/o perjuicio irremediable que justifique conceder la tutela como mecanismo transitorio.

El Decreto 2591 de 1991, en sus artículos 6º y 8º, señala que para la procedencia de la Acción de Tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el Juez deberá apreciar el caso concreto, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante, la existencia y la eficacia de otros recursos o medios de defensa judicial que el ordenamiento jurídico proporciona al solicitante, lo mismo que la existencia efectiva de ese posible perjuicio irremediable.

La actora, a través de los medios de prueba idóneos debe demostrar que la carencia de los dineros reclamados por vía de tutela, pone en grave e inminente peligro los derechos fundamentales de todos los docentes y que este peligro puede evitarse con la entrega de dichos dineros. Estas circunstancias no están demostradas en el proceso.

5. Existencia de otro medio de defensa judicial.

Si la pretensión principal y esencial de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. es que se ordene al Banco, reintegrar de manera inmediata la suma invertida, pretensión que está exigiendo en el proceso de liquidación forzosa administrativa en curso, la

actora está legitimada para hacer uso de los medios de defensa judiciales ordinarios previstos al efecto en el ordenamiento jurídico colombiano.

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece que contra los actos administrativos del Liquidador procede el recurso de reposición y que las impugnaciones y objeciones que se originen en las decisiones del Liquidador relativas a la aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos y en general, las que por su naturaleza constituyan actos administrativos, corresponderá dirimir las a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Mientras la actora no haga uso de los medios de defensa judiciales que le proporciona el ordenamiento jurídico hasta agotarlos no es procedente la acción de tutela, puesto que es evidente que dispone de otros medios de defensa judicial.

6. No están demostrados los supuestos de hecho y de derecho en los que la jurisprudencia de la Corte Constitucional sustenta el tratamiento excepcional al principio general de la "Par conditio creditorum" que rige el proceso concursal de liquidación forzosa administrativa de las entidades financieras.

La jurisprudencia constitucional citada por la actora en su solicitud no es aplicable en el presente caso, porque los dineros reclamados no son recaudados con destino al sector salud, su destinatario no es un hospital, no son cotizaciones, tarifas, copagos, bonificaciones, ni están administrados por entidades promotoras de salud y no pertenecen al sistema general de seguridad social o al Fondo de Solidaridad y Garantía, y por lo tanto, no son recursos de instituciones de seguridad social.

Los recursos que adeuda el Banco al patrimonio autónomo administrado por la FIDUCIARIA no son dineros que posea el Banco con ocasión de los contratos de recaudo a que se refiere el artículo 26 de la Ley 510 de 1999. El Banco los recibió de la Fiduciaria a través de una inversión financiera regulada por la Resolución 400 de 1995 de la Superintendencia de Valores, mediante un título valor

reglamentado por el artículo 752 del Código de Comercio, que de ningún modo puede homologarse con un contrato de recaudo de aportes parafiscales.

Tampoco está probada la existencia del convenio de recaudo o contrato de mandato suscrito entre la FIDUCIARIA y el BANCO intervenido a que hace alusión el parágrafo del artículo 26 de la Ley 510 de 1999, con fundamento en el cual las entidades financieras están en imposibilidad de incluir en sus balances generales los dineros recaudados por concepto de seguridad social.

La Fiduciaria celebró y desarrolló la operación de inversión mediante la adquisición de un bono ordinario, en virtud del cual prestó libremente al BANCO las sumas de dinero que reclama mediante esta acción, bajo las mismas condiciones que los demás inversionistas tenedores de bonos emitidos por el Banco.

7. Al acceder a la solicitud, el fallador incurriría en vía de hecho.

De acceder a la presente acción, se fallaría sobre lo que es materia de un proceso de liquidación forzosa administrativa y se incurriría en vía de hecho, en defectos sustantivos, fácticos, orgánicos y procedimentales que vulnerarían en forma ostensible derechos fundamentales como una justicia pauta y reglada, el debido proceso y la igualdad, de cada una de las personas que presentaron sus reclamaciones en el proceso liquidatorio del Banco.

La Fiduciaria, dice, a diferencia de los demás ahorradores que depositaron sumas de dinero a través de CDTs u otros instrumentos de depósito, realizó una inversión en el Banco y como tal asumió un riesgo, que no es comparable con el de los ahorradores y depositantes. Por lo tanto, al momento de realizarse los pagos en un proceso concursal, mal pueden pretender que se les reconozca la misma preferencia y menos aún, mediante un mecanismo judicial alternativo al proceso concursal, obtener una prelación en el pago respecto de los ahorradores.

3. LA SENTENCIA IMPUGNADA.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, mediante sentencia de 18 de abril de 2001, accedió a las pretensiones de la demanda.

Para sustentar su decisión menciona sucintamente el argumento con que la apoderada del BANCO SELFIN S.A. EN LIQUIDACIÓN, pretende demostrar que por haber entrado el Banco en liquidación, y estar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales invertidos en un bono, éstos entraron a forma parte de la masa de liquidación.

Advierte que la contribución que hacen las empresas públicas a los Fondos, como en el presente caso, contribuye a materializar los principios de la Constitución Social que tiene como eje el trabajo humano.

Trae a colación el artículo 26 de la Ley 510 de 1999, según el cual “No harán parte del balance de los establecimientos de crédito y se contabilizarán en cuentas de orden, las sumas recaudadas para terceros, en desarrollo de contratos de mandato, tales como los correspondientes a impuestos, contribuciones y tasas, así como los recaudos realizados por concepto de seguridad social y los pagos y mesadas pensionales, mientras no se trasladen por orden expresa y escrita del mandante de depósitos ordinarios, cuentas de ahorros o inversiones”. Asimismo la sentencia C-179/97 de la Corte Constitucional donde se sostiene que “...los fondos de pensiones, los organismos oficiales que tienen como función el reconocimiento y pago de pensiones y las E.P.S. públicas y privadas, que reciben cuotas de las empresas y de los trabajadores, administran recursos parafiscales. Por lo tanto en ningún caso, esos fondos pueden ser afectados a fines distintos de los previstos en el ordenamiento jurídico y su manejo debe realizarse teniendo en cuenta la especificidad de su función. (...). En consecuencia las Entidades nacionales o territoriales que participen en el proceso de gestión de estos recursos no pueden confundirlos con los propios y deben acelerar su entrega a sus destinatarios”.

4. LA IMPUGNACIÓN

La apoderada del BANCO SELFIN S.A. EN LIQUIDACIÓN impugnó la sentencia con los siguientes argumentos:

Existe falsa motivación de la sentencia por cuanto el Tribunal se limitó a advertir que la contribución que hacen las empresas públicas a fondos como el Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contribuye a materializar el principio de la Constitución Social que tiene como eje el trabajo humano, que nada tiene que ver con la presunta violación de los derechos fundamentales invocados.

Transcribe igualmente el Tribunal el párrafo del artículo 26 de la Ley 510 sin expresar, aclarar, precisar o siquiera indicar en qué aspecto es aplicable al caso concreto. Esta norma no viene al caso porque, de una parte, entró a regir con posterioridad a la fecha de intervención del BANCO SELFIN S.A. y de otra, los supuestos materiales objeto de regulación de ese párrafo no se presentan en el caso analizado. Es decir, el *a quo* no da a conocer los fundamentos, sino que pretende obligar al Banco a aplicar retroactivamente una norma, con el agravante de que la aplicación de la misma es jurídicamente imposible por cuanto la entidad ya se encuentra en liquidación.

El Tribunal cita la sentencia C-179/97 fuera de contexto, porque no es aplicable a los procesos liquidatorios de instituciones financieras, puesto que dicha providencia se refiere a las entidades nacionales o territoriales que participen en el proceso de administración o gestión de recursos parafiscales, circunstancia a que el Banco es totalmente ajeno.

Dice la recurrente que el Tribunal omitió dar cumplimiento al numeral 6º del artículo 37 del Código de Procedimiento Civil, que ordena dictar las providencias dentro de los términos legales; y a los artículos 303 y 304 *ibídem*, que disponen que las providencias deben ser motivadas de manera breve y precisa, limitándose al examen crítico de las pruebas y razonamientos legales o de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones y a citar los textos legales que se apliquen.

Además, el artículo 6º del Decreto 306 de 1992, ordena que en el fallo de tutela además de señalarse el derecho constitucional fundamental tutelado, el juez deberá precisar en qué consiste la violación o amenaza del derecho frente a los hechos del caso concreto. En el fallo recurrido se nota la ausencia de motivación, de examen crítico de las pruebas y los razonamientos legales; y no tiene conexidad con las situaciones de hecho y de derecho debatidas.

De otro lado, el fallo del Tribunal está en contravía con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la improcedencia de la acción de tutela como mecanismo alternativo o sustituto para obtener el pago de sumas de dinero que debían satisfacerse en desarrollo del proceso ordinario establecido por el legislador para la liquidación forzada administrativa de las instituciones financieras.

Solicita, en consecuencia, se revoque la sentencia del Tribunal y se ordene a la parte actora devolver, en el término de 48 horas, las sumas de dinero que el Banco se vea obligado a entregarle en cumplimiento del fallo.

5.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Previamente a resolver la impugnación debe la Sala analizar si el liquidador de un establecimiento bancario ejerce funciones públicas y en efecto, encuentra que el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero asigna funciones públicas al liquidador para adelantar hasta su culminación el proceso de liquidación forzosa administrativa de una entidad intervenida por la Superintendencia Bancaria.

El artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece:

1. Naturaleza de las funciones del liquidador. El liquidador designado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras o por los acreedores reconocidos, **ejercerá funciones públicas administrativas transitorias**, sin perjuicio de la aplicabilidad de las reglas de derecho privado a los actos de gestión que deba ejecutar durante el proceso de liquidación.”

En consecuencia, por este aspecto, la tutela resulta procedente.

En el presente caso se pide ordenar al Gerente Liquidador del BANCO SELFIN S.A. EN LIQUIDACIÓN que en el término de 48 horas reintegre a las cuentas corrientes de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. la totalidad de los dineros recaudados y que se encuentren en el Banco por concepto de aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los cuales tienen el carácter de parafiscales y que fueron objeto de la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios del Banco por parte de la Superintendencia Bancaria.

Debe la Sala, en consecuencia, revisar si efectivamente los dineros depositados por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en el BANCO SELFIN (hoy en liquidación), tienen el carácter de parafiscales por pertenecer al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Las contribuciones parafiscales han sido definidas como “los pagos que deben realizar los usuarios de algunos organismos públicos, mixtos o privados, para asegurar el financiamiento de estas entidades de manera autónoma... y los ingresos se establecen en provecho de organismos privados o públicos no encargados de la prestación de servicios públicos administrativos propiamente dichos”¹.

Según se desprende de la cláusula segunda del contrato de fiducia mercantil celebrado entre MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., legalizado mediante la escritura 0083 de 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 del Círculo de Bogotá, su objeto es “constituir una fiducia mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - EL FONDO - con el fin de que LA FIDUCIARIA los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para EL FONDO, conforme a las instrucciones que le sean impartidas por el Consejo Directivo del mismo”.

¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-545/94.

De este contrato y de la expresión “MAGISTERIO”, anotada en el cuerpo del Bono –concluye la Sala - que los dineros depositados por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - MAGISTERIO a través del Bono 02198 del BANCO SELFEN EN LIQUIDACIÓN provienen de contribuciones parafiscales destinadas a la salud y a la seguridad social de los docentes afiliados al Fondo, puesto que son aportes que los mismos y las demás entidades del Estado señaladas en el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio” hacen para el funcionamiento del Fondo y destinados al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio, tanto nacionales como nacionalizados y para garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los docentes y sus familias

El artículo 48 de la Constitución Política establece:

“La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

“...

“No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.”

De prorratarse entre los acreedores de SELFEN S.A. los recursos parafiscales pertenecientes al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO administrados por la FIDUCIARIA LA PREVISORA se utilizarían para pagar las acreencias del Banco en proceso de liquidación, contra expresa prohibición constitucional, puesto que su única destinación lícita es la seguridad social.

Cierto es que los recursos que se reclaman a SELFEN no resultaron de un contrato de recaudo que, en estricto sentido, es el caso previsto en el artículo 26 de la Ley 510 de 1999, razón por la que este no sería aplicable, en cuanto dispone que: “No harán parte del balance general de los establecimientos de crédito y se contabilizarán en cuentas de orden, las sumas recaudadas para terceros, en desarrollo de contratos de mandato, tales como las correspondientes a impuestos,

contribuciones y tasas, así como los recaudos realizados por concepto de seguridad social y los pagos de mesadas pensionales...”.

Empero, la Sala advierte que si es aplicable el sentido y razón de ser del precepto mencionado, que es precisamente dar efectividad al artículo 48 de la Constitución Política, asegurando la intangibilidad de los recursos parafiscales cuya destinación específica es la seguridad social, atendido el supuesto incontrovertible según el cual la efectividad de este derecho fundamental y de los conexos, en gran medida está determinada por la existencia de fuentes suficientes de financiación.

Es también el sentido del artículo 182 de la ley 100 de 1993 al disponer que las cotizaciones de los afiliados recaudados por las Entidades Promotoras² de Salud pertenecen al Sistema General de Seguridad Social y que estos recursos se manejarán mediante cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad; con lo cual se está señalando que tales dineros no pertenecen a las instituciones a cuyo nombre aparecen depositadas, pues éstas simplemente las administran con el fin de garantizar y organizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados y beneficiarios.

De ahí que en Sentencia C- 976 de junio trece (13) de 2000, la Corte Constitucional³, al conceder tutelas análogas a la que es materia de impugnación, sostuvo:

“...

Cuestión muy diferente y particular es la que atañe con los recursos públicos que tienen una destinación constitucional específica, como los de la seguridad social, y que son depositados en las entidades financieras a través de consignaciones efectuadas en cuentas corrientes bancarias o de ahorro, o están representados en títulos de inversión.

Los referidos recursos provienen de contribuciones parafiscales, que son definidas en el artículo 2 de la ley 225 de 1995 como aquellos gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan un determinado y

² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-033 de 1999. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

³ Sala Primera de Revisión integrada por los Magistrados Dres. Antonio Barrera Carbonell (Ponente), Alfredo Beltrán Sierra y Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido las Sentencias T1466A/2000; T-1622/2000 y T-1679/2000.

único grupo social o económico y son utilizadas para beneficio del propio sector.

...

Los dineros recaudados con destinación al sector de la salud, que son recursos parafiscales, no se encuentran en la misma situación jurídica de los dineros de los ahorradores e inversionistas particulares, pues no pueden ser utilizados con fines distintos para los cuales están destinados, ni ser objeto del giro ordinario de los negocios de las entidades financieras, ni formar parte de los bienes de dichos establecimientos, ni desviarse hacia objetivos diferentes, ni siquiera con motivo de su liquidación o intervención.

Y en la misma oportunidad en cita, se afirmó la legitimidad del administrador del recurso para impetrar la acción de tutela, en los siguientes términos:

“ ...

los administradores de dichos recursos están legitimados para impetrar la acción de tutela con miras a lograr que no se desvíe la destinación de dichos recursos y que no se afecten, por consiguiente, los eventuales derechos fundamentales de los afiliados o beneficiarios del sistema de seguridad social.

...”

En contra de la tesis que esta providencia sostiene, no resultaría válido anteponer la igualdad de los acreedores en el proceso de liquidación forzosa administrativa, pues debe tenerse en cuenta que al tenor de lo preceptuado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos por prestaciones sociales, entre otros, gozan de prelación.

En efecto, el citado artículo 36 de la Ley 50 de 1990 dispone:

“Artículo 36.- Los artículos 157 y 345 del Código Sustantivo del Trabajo, modificados por los artículos 11 y 21 del Decreto-ley 2351 de 1965 quedará así:

Prelación de créditos por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales.

Los créditos causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, la cesantía y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pertenecen a la primera clase que establece el artículo 2495 del Código Civil y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

El juez civil que conozca del proceso de concurso de acreedores o de quiebra dispondrá el pago privilegiado y pronto de los créditos a los

trabajadores afectados por la quiebra o insolvencia del patrono.

Cuando la quiebra imponga el despido de trabajadores, los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones se tendrán como gastos pagaderos con preferencia sobre los demás créditos.

Los créditos laborales podrán demostrarse por cualesquier medio de prueba autorizado por la ley y, cuando fuera necesario, producidos extrajuicio con intervención de juez laboral o de inspector de trabajo competentes.

...”

Por las razones anteriores, se confirmará la sentencia impugnada.

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

F A L L A :

CONFÍRMASE la sentencia de 18 de abril de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Expídase y envíese al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, copia de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el 12 de julio de 2001.

OLGA INES NAVARRETE BARRERO CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Presidente

Salva voto

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

MANUEL S. URUETA AYOLA

Salva voto

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA

Conjuez

SALVAMENTO DE VOTO

PROCESOS LIQUIDATORIOS - Objeto: cancelación de obligaciones de origen legal (fiscales o parafiscales) o contractual

Reitera sentencia del 11 de noviembre de 1999, Sección Primera, expediente AC-8933, Consejera Ponente Dra. Olga Inés Navarrete Barrero.

INSTITUCIONES FINANCIERAS - Marco normativo especial: Decreto 663/93 y Ley 510/99 / PROCESOS EN LIQUIDACIÓN - Condiciones preferenciales para depositantes y ahorradores / DEPOSITANTES Y AHORRADORES - Excluidos de la masa de liquidación de sus depósitos o ahorros / DEPOSITOS EN CUENTA CORRIENTE / DEPOSITOS A TERMINO / DEPOSITOS DE AHORRO

Reitera sentencia del 11 de noviembre de 1999, Sección Primera, expediente AC-8933, Consejera Ponente Dra. Olga Inés Navarrete Barrero.

PROCESO CONCURSAL - Igualdad entre los acreedores sin perjuicio de las normas sobre privilegios de exclusión y preferencia a determinada clase de créditos / IGUALDAD DE LOS ACREEDORES / PRELACIÓN DE CREDITOS - Proceso concursal

Reitera sentencia del 11 de noviembre de 1999, Sección Primera, expediente AC-8933, Consejera Ponente Dra. Olga Inés Navarrete Barrero.

NATURALEZA DE LOS ACTOS DEL LIQUIDADOR - Son actos administrativos sujetos al control de la jurisdicción administrativa

Reitera sentencia del 11 de noviembre de 1999, Sección Primera, expediente AC-8933, Consejera Ponente Dra. Olga Inés Navarrete Barrero.

ACCION DE TUTELA - Procedencia por la vía indirecta / VIA INDIRECTA - Cuando los derechos giran en torno a las personas asociadas / ACCION DE TUTELA - El Juez de Tutela no puede desconocer la estructura normativa de orden público / RECURSOS PARAFISCALES - Los destinados a seguridad social y salud no se vulneran en el proceso liquidatorio / DERECHO A SEGURIDAD SOCIAL - Invulneración

Reitera sentencia del 11 de noviembre de 1999, Sección Primera, expediente AC-8933, Consejera Ponente Dra. Olga Inés Navarrete Barrero.

**SALVAMENTO DE VOTO DE MANUEL SANTIAGO URUETA
AYOLA**

Ref.: Exp. núm. 25000-23-27-000-2001-0310-01
Actor: **Fiduciaria La Previsora S.A. Sentencia de 12 de julio del 2001**

El suscrito Magistrado no comparte la decisión mayoritaria de la Sala, adoptada mediante la sentencia de 12 de julio del año en curso, por las razones que se encuentran consignadas en la providencia del 11 de noviembre de 1999 dentro de la acción de tutela promovida por la **Beneficencia de Antioquia** contra el **Banco Selfín S.A.**, expediente núm. AC-8933, de la cual fue ponente la doctora **Olga Inés Navarrete Barrero**, cuyas consideraciones me permito transcribir a continuación:

*“a. **La Actividad Financiera.**- Cabe señalar en primer término que la Constitución de 1.991 otorgó la connotación de interés público a las actividades financiera, aseguradora y del mercado público de valores, como consecuencia de lo cual, en los términos del artículo 335 de la norma superior, su ejercicio solamente procede previa autorización estatal impartida por la agencia gubernamental correspondiente.*

“Es precisamente, en atención al interés público ínsito en las referidas actividades financiera, aseguradora y bursátil, que dichas instituciones se encuentran sujetas a normas de orden público, que gobiernan tanto el régimen atinente a su constitución y funcionamiento, con miras a velar porque en el desarrollo de su actividad se propenda por el mantenimiento de la confianza del público en tales sectores, como, por supuesto, el régimen aplicable a su disolución y liquidación, etapa en la cual cobra mayor vigor la protección de los intereses del público, especialmente, en los términos ordenados por la Ley 35 de 1.993, la tutela de los intereses de ahorradores y depositantes.

“Bajo la perspectiva de orden público expuesta, corresponde a la Superintendencia Bancaria, como delegataria de la función presidencial establecida en el artículo 189 numeral 24 de la Carta, ejercer la inspección y vigilancia permanente sobre las entidades legalmente habilitadas para la realización de las actividades financiera y aseguradora.

“Tal actividad supervisora, como se anotó anteriormente, acompaña a la entidad sujeta a dicho régimen especial, desde antes de su nacimiento a la vida jurídica, autorizando su constitución previa verificación del cumplimiento de los requeridos dispuestos por la ley, hasta el momento de su extinción, bien sea que ésta se determine por decisión de los asociados, producida conforme al contrato social, o bien, por la adopción de una medida de intervención gubernamental que conlleve su liquidación forzosa mediante los cauces establecidos en la ley.

“Sobra destacar el carácter imperativo del referido marco legal y, por contera, la sujeción al mismo tanto por las entidades de supervisión, como por los órganos de dirección, administración, representación y fiscalización interna de dichas entidades.

“b. Los Procesos Liquidatorios.- La desaparición de la sociedad, como sujeto capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, supone la sucesión de las etapas de disolución - producida en virtud de la voluntad de los asociados; del acaecimiento de causales de orden estatutario o legal, o por orden de autoridad competente -; liquidación propiamente dicha, y, extinción de la sociedad.

*“Que el conjunto de etapas y operaciones que integran el proceso de liquidación de los entes societarios haya sido dispuesto por el legislador, con la aspiración de ‘...manejar y extinguir **de manera ordenada y coherente** todas las relaciones jurídicas y económicas nacidas durante la vida activa del ente societario,..’⁴ (destacado fuera del texto) indica que la existencia, desarrollo y extinción de las sociedades afecta no solamente al interés de los asociados, sino también al de inversionistas y terceros; en últimas, al interés general.*

“Precisamente, la cancelación de los pasivos adquiridos, constituye el objetivo primordial de los procesos liquidatorios, tanto privados como obligatorios, en los cuales se destaca el esquema previsto, tanto por el estatuto mercantil, como por la ley 222 de 1.995 para la atención en primer término, del llamado ‘pasivo externo’, esto es, del conjunto de obligaciones pecuniarias de origen legal (deudas fiscales o parafiscales), o contractual (trabajadores, contratistas, proveedores) contraídas por la sociedad en desarrollo de su objeto social o, aún durante la fase liquidatoria⁵.

“c. La Liquidación Forzosa Administrativa.- Si bien es evidente que el legislador se ha preocupado por establecer el marco legal atinente a los procesos de disolución y liquidación de las sociedades mercantiles, es a todas luces claro que tal preocupación cobre aún mayor vigor, tratándose de sociedades que realizan actividades de interés público, como es el caso de las instituciones financieras.

“Es sabido que el régimen dispuesto en torno a causales de disolución de tales entidades corresponde al resorte del legislador (Leyes 35 de 1.993 y 510 de 1.999); que la adopción

⁴ CANTILLO VASQUEZ, Ignacio y MOJICA RODRIGUEZ, Maria Esperanza, PROCESOS DE DISOLUCION Y LIQUIDACION DE SOCIEDADES COMERCIALES. Editorial LEGIS 1.999, pag.155

⁵ Ob cit. Pag 156

de una medida de toma de posesión para liquidar, implica en primer término, la separación del representante legal y la designación de un liquidador por parte del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, quien desempeña funciones públicas de orden transitorio y cuya actividad está reglada; por manera que no le es factible disponer de los bienes de la intervenida en forma diversa a la dispuesta por la ley.

“Cabe anotar, a este respecto, que el decreto 663 de 1.993, conocido como ‘Estatuto Orgánico del Sistema Financiero’, el cual fue objeto de modificaciones introducidas por la Ley 510 de 1.999, constituye el marco normativo especial aplicable a las instituciones financieras, tanto en lo que concierne a su régimen de constitución y funcionamiento, como en lo inherente al ámbito de adopción de la medida de toma de posesión y a los procesos de liquidación derivados de la misma.

“Ahora bien, la adopción de la medida de toma de posesión contenida en el acto administrativo de intervención proferido por la Superintendencia Bancaria, conlleva el surgimiento de una serie de efectos inherentes, no sólo a la situación de administradores, directores y revisor fiscal, sino también, al manejo de los bienes y negocios de la intervenida, destacándose, por la incidencia frente a la confianza del público en el sector financiero, los efectos atinentes a la situación de los usuarios de los servicios prestados por dichas entidades.

“Precisamente en esta dirección, a través del artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 663 de 1.993, se previó como efecto inherente a todos los depositantes y acreedores, el de quedar sujetos al procedimiento especial establecido para la liquidación de la intervenida y, en consecuencia, a presentarse para la reclamación de sus derechos o para lograr la efectividad de las garantías que amparan las prestaciones a su favor, en las oportunidades dispuestas para tales efectos en el proceso concursal y, reclamando a su favor la aplicación de las condiciones preferenciales legalmente previstas, cuando haya lugar a ellas.

*“c. **Depositantes y ahorradores. Condiciones preferenciales.**- Con relación al tratamiento otorgado por el régimen legal que gobierna los procesos de liquidación de sociedades que realizan la actividad financiera, cabe anotar en primer término que de conformidad con el artículo 1399 del Código de Comercio, los*

depósitos en cuenta corriente bancaria, los depósitos a término y los depósitos de ahorro, quedan excluidos de la masa de liquidación en los eventos de liquidación administrativa de un establecimiento de crédito.

“La anterior disposición legal, consagra la primera garantía que tienen depositantes y ahorradores, en relación con la restitución de los dineros que han sido confiados a una entidad bancaria respecto de la cual recae la aplicación de una medida de intervención estatal, como es la de toma de posesión para efectos de su liquidación.

“El mismo propósito, esto es, la tutela de los intereses de los usuarios de las entidades sujetas a la vigilancia estatal, y, especialmente, la protección de ahorradores y depositantes, se concreta en el artículo 299 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, conforme al cual quedan excluidos de la masa de la liquidación, los depósitos de ahorro o a término constituidos en establecimientos de crédito.

“Cabe resaltar la congruencia de esta disposición con los objetivos esgrimidos por el legislador como cimientos de la intervención estatal en las actividades financiera, aseguradora y del mercado público de valores, dentro de los cuales la Ley 35 de 1.993 pone de relieve en primer lugar:

“Que en el funcionamiento de tales actividades se tutelen adecuadamente los intereses de los usuarios de los servicios ofrecidos por las entidades objeto de intervención y, preferentemente, el de ahorradores, depositantes, asegurados e inversionistas’ (Ley 35 de 1.993, art.1º lit.b)

*“Ahora bien, es contundente la existencia de un marco legal que regula el proceso concursal y universal de liquidación de las instituciones financieras, cuya finalidad esencial, al tenor del artículo 293 del Decreto 663 de 1.993, radica en ‘... la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo externo a cargo de la respectiva entidad hasta la concurrencia de sus activos, **preservando la igualdad entre los acreedores sin perjuicio de las disposiciones legales que confieren privilegios de exclusión y preferencia a determinada clase de créditos**’ (destacado fuera del texto).*

“Es importante recordar que sobre la naturaleza del proceso administrativo de liquidación forzosa administrativa de entidades sujetas a la vigilancia estatal, la Corte Constitucional, en sentencia C-248 del 26 de mayo de 1.994, con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz, sostuvo:

“Sin duda alguna, se trata de una modalidad fluida de control y resolución de situaciones críticas de contenido económico especial para el Derecho Público, y de extrema gravedad, que no pueden dejarse bajo el régimen ordinario de los concursos entre comerciantes, pues, naturalmente, su régimen es y debe corresponder a un estatuto legal especial’.

“Y precisamente, integran ese régimen especial, que no puede desvertebrar ni adicionar el juez de tutela mediante la creación de privilegios diversos a los allí consagrados, las disposiciones contenidas en el referido Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en la recientemente expedida Ley de Reforma Financiera (Ley 510 de agosto 3 de 1.999).

“En este orden de ideas, el artículo 116 del citado estatuto, modificado por el artículo 22 de la ley 510 de 1.999, regula de manera general la situación de los acreedores de la entidad financiera intervenida, disponiendo sobre el particular:

*“h) **El que todos los depositantes y los acreedores, incluidos los garantizados, quedarán sujetos a las medidas que se adopten para la toma de posesión, por lo cual para ejercer sus derechos y hacer efectivo cualquier tipo de garantía de que dispongan frente a la entidad intervenida, deberán hacerlo dentro del proceso de toma de posesión y de conformidad con las disposiciones que lo rigen’** (Se destaca).*

“Y esto es precisamente lo que manifiesta estar haciendo en desarrollo de su función, el Liquidador de la entidad financiera demandada: atendiendo a las reclamaciones para el pago de acreencias, en la forma y términos legalmente dispuestos y, de acuerdo al orden de preferencia establecido en el marco legal que le es aplicable.

*“d. **El control de los actos del liquidador.**- Es indudable que, tal como se reiteró a través del numeral 8° del artículo 23 de la Ley 510 de 1.999, los agentes especiales designados por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras para adelantar los*

procesos de liquidación de las entidades sujetas a intervención estatal, ejercen funciones públicas transitorias.

“Subyace a lo anterior, la sujeción de los actos administrativos expedidos por dichos funcionarios, a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo y a los principios aplicables a los procedimientos administrativos, tal como lo menciona el numeral 2° del artículo 293 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Ello, sin perjuicio de la sujeción a las normas de derecho privado aplicables a los demás actos de gestión del liquidador.

“Para despejar cualquier inquietud en torno a la naturaleza de los actos expedidos por el agente especial designado por FOGAFIN para adelantar los procesos de liquidación de instituciones financieras, el numeral 2° del artículo 294 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero estableció:

*“**Naturaleza de los actos del liquidador.** Las impugnaciones y objeciones que se originen en las decisiones del liquidador relativas a la aceptación, rechazo, **prelación o calificación de créditos** y, en general, las que por su naturaleza constituyan actos administrativos, corresponderá dirimir las a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Los actos administrativos del liquidador gozan de presunción de legalidad y su impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no suspenderá en ningún caso el proceso liquidatorio’ (destacado fuera del texto).*

“El mismo precepto en cita consagró el recurso de reposición contra los actos administrativos expedidos por el liquidador, de tal manera que, es evidente que las decisiones relativas a la prelación, graduación o calificación de créditos, como es el caso que nos ocupa, están sujetas tanto a su impugnación en vía gubernativa, como al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

“Lo anterior indica, la existencia de medios de defensa dispuestos para dirimir las controversias y debates generados por los actos y providencias emitidas por el liquidador de una institución financiera sometida por decisión de la Superintendencia Bancaria a la medida de toma de posesión para efectos de su liquidación. Esta sola razón conduce a la

improcedencia de la acción incoada, pues es sabido que la tutela constituye un medio de defensa residual y subsidiario.

“e. La falta de legitimación en la causa y la inexistencia del derecho fundamental.- *No obstante lo expuesto en el acápite anterior, procede la Sala a referirse a los argumentos con los cuales se fundamenta la apelación interpuesta contra la providencia emanada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, así:*

“La recurrente esgrime como pilares de la impugnación elevada, los argumentos de falta de legitimación en la causa y de inexistencia de derecho fundamental.

“Sobre el particular resulta procedente anotar que los dos tópicos mencionados se encuentran estrechamente ligados, por manera que de la existencia de uno pendería la del otro. En efecto, si existe un derecho fundamental que ha sido vulnerado o amenazado, a la luz del artículo 10° del Decreto 2591 de 1.991, se configura el requisito sustancial para incoar la acción de tutela.

“En tal eventualidad, acudiendo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional a propósito de la titularidad de las personas jurídicas para ejercer la acción de tutela, se tendría su procedencia por la vía indirecta, esto es, ‘...cuando la esencialidad de la protección gira alrededor de la tutela de los derechos constitucionales fundamentales de las personas asociadas’ (sentencia T-411 del 17 de junio de 1.992).

“Sin embargo, en el presente caso, el amparo se pretende porque se considera que existe una amenaza contra los derechos a la salud, seguridad social y la vida de ‘la población más pobre’.

“Tal amenaza se hace consistir en el temor de cambio de destinación de los recursos entregados en virtud de un contrato bancario, conocido como el depósito irregular, de una parte, y, de la otra, en la circunstancia de que el liquidador no ha restituido aún los dineros objeto de dicho depósito a plazo constituido por la actora.

“Del análisis de la situación planteada por la entidad actora, de la justificación expuesta por la entidad demandada en punto a las

razones por los cuales no pudo acceder a la inmediata devolución de los dineros entregados por la actora en depósito a término fijo, la Sala no advierte la existencia de derecho fundamental alguno conculcado.

“En efecto, no se aporta ninguna prueba que demuestre la pretendida amenaza de los derechos fundamentales de la población más pobre, como tampoco se mencionó situación alguna que permita inferir deterioro grave de los estados financieros de la demandante y su conexidad necesaria con los derechos hipotéticamente amenazados.

“Así mismo, la manifestación hecha por el representante de la entidad actora en torno a que un pretendido cambio de destinación de los dineros representados en el CDT, ‘coloca en serio riesgo el derecho a la seguridad social y a la salud de los habitantes del territorio colombiano...’, solamente resulta indicativa del desconocimiento del régimen de orden público que gobierna los procesos de liquidación de las instituciones financieras.

“La preocupación en torno al pretendido cambio de destinación no encuentra eco en las disposiciones contenidas tanto en el Código de Comercio, como en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en la ley 510 de 1.999, conforme a las cuales se establece claramente que los recursos entregados a título de depósitos en cuenta corriente, cuenta de ahorros o depósitos a término no integran la masa de liquidación de los establecimientos de crédito intervenidos, así como otras garantías referentes al tratamiento preferencial de dichos acreedores.

“Como corolario de lo expuesto, no encuentra la Sala la existencia de derecho fundamental alguno conculcado y por consiguiente, también por esta razón de orden sustancial procederá a revocar el amparo concedido por el a quo, pues el hecho de que se alegue que los dineros correspondientes al CDT No 0012257 constituido en el Banco Selfin S.A., hoy en Liquidación, poseen destinación específica para la seguridad social y la salud de un número de destinatarios, no significa que se estén desconociendo tales derechos individuales.

“Para la Sala, es evidente, en los términos expuestos, que no corresponde al juez de tutela vulnerar una estructura normativa

conformada por normas de orden público, que tiene raigambre constitucional, en tanto la actividad que regula ha sido calificada como de orden público.(artículo 335 de la Constitución Nacional), razón suficiente para revocar la providencia impugnada y en su lugar, rechazar la tutela por improcedente y, en consecuencia, ordenar poner a disposición de la entidad bancaria demandada, las sumas que se hayan girado a la Beneficencia de Antioquia, en cumplimiento del fallo revocado.

“Finalmente, resulta procedente traer a colación la providencia proferida por la Sección Segunda de esta Corporación el pasado 7 de octubre, con ponencia de la Consejera Ana Margarita Olaya Forero, en la cual se denegó una acción de tutela instaurada por el Instituto de Seguros Sociales, contra los bancos Andino S.A. en Liquidación y Pacífico S.A. en Liquidación. En tal oportunidad se enfatizó que:

“Además, reiteradamente esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela no fue instituida para destruir el ordenamiento jurídico anterior, ni para crear mecanismos paralelos a los que consagra la ley, a fin de que las personas puedan obtener la definición y protección de sus derechos, y en este caso, la entidad demandante cuenta con un trámite especial establecido por la normatividad vigente, del cual debe hacer uso para lograr la protección de sus derechos’”.

Por las razones anteriores, estimo que ha debido revocarse la providencia impugnada y, en su lugar, rechazarse por improcedente la tutela instaurada por la **Fiduciaria La Previsora S.A.** contra el **Banco Selfín S.A.** (En liquidación).

Atentamente,

MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA
Consejero de Estado

Fecha: ut supra

NOTA DE RELATORIA: Octubre 5 de 2001: Hasta la fecha no se ha recibido el salvamento de voto de la Dra. Olga Inés Navarrete Barrero.