

Sentencia C-155/04

ENTIDAD INTERVENIDA-Bienes excluidos de la masa de liquidación/ENTIDAD OBJETO DE LIQUIDACION FORZOSA ADMINISTRATIVA-Bienes excluidos de la masa de liquidación

RECURSOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ENTIDAD FINANCIERA EN LIQUIDACION-Tratamiento/RECURSOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL-Destinación y utilización exclusiva

RECURSOS EN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y PENSIONES-Carácter de contribuciones parafiscales de destinación específica

Esta Corporación de manera reiterada ha precisado en efecto que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en Salud como en pensiones, llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Naturaleza de aportes del presupuesto nacional

RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN LIQUIDACION DE ENTIDAD FINANCIERA-Protección especial se impone a igualdad entre acreedores

RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN LIQUIDACION DE ENTIDAD FINANCIERA-Depósitos de recursos

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Tratamiento de indemnizaciones por concepto de reaseguro de enfermedades catastróficas no son recursos parafiscales

COMPAÑIA ASEGURADORA DE ENFERMEDADES DE ALTO COSTO-No administran recursos parafiscales

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OMISION LEGISLATIVA-Alcance

Esta Corporación en numerosas providencias ha aceptado que el Legislador puede vulnerar garantías constitucionales por vía de omisión y que la falta de regulación normativa en torno a materias constitucionales sobre las cuales el Congreso tiene asignada una específica y concreta obligación de hacer puede ser objeto de control jurisdiccional por la vía de la acción pública de inconstitucionalidad.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-  
Procedencia/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OMISION LEGISLATIVA ABSOLUTA-  
Improcedencia

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Condicion

Para poder proceder al examen de una omisión legislativa relativa, la Corte ha considerado necesario el cumplimiento de ciertas condiciones, a saber: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-  
Requisitos

Haciendo referencia a los requisitos de procedibilidad de la acción pública de inconstitucionalidad, la doctrina de esta Corporación ha definido que sólo es posible entrar a evaluar la ocurrencia de una omisión legislativa relativa, cuando el actor ha dirigido la acusación contra la norma de cuyo texto surge o emerge la omisión alegada. En este sentido, la posibilidad de que el juez constitucional pueda emitir pronunciamiento de fondo, queda supeditada al hecho de que la omisión sea predicable directamente del dispositivo impugnado, y en ningún caso de otro u otros que no hayan sido vinculados al proceso.

ESTABLECIMIENTO DE CREDITO-Sumas recaudadas para terceros y recaudos por concepto seguridad social no harán parte del balance y se contabilizarán en cuentas de orden

ASEGURADORA EN ENFERMEDADES DE ALTO COSTO-Indemnización por contrato de reaseguro

RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y PENSIONES-Protección por carácter parafiscal con destinación específica

OMISION LEGISLATIVA EN MATERIA DE RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN ESTABLECIMIENTO DE CREDITO-Inexistencia por no distinción en protección

RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN ESTABLECIMIENTO DE CREDITO-Protección de todos los recursos parafiscales en tratamiento contable/RECURSOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESTABLECIMIENTO DE CREDITO EN LIQUIDACION-Exclusión de masa de liquidación de todos los recursos a condición de que figuren en la contabilidad de institución de seguridad social

La Corte considera necesario en el presente caso dictar una sentencia condicionada que comporte la aplicación para todos los recursos parafiscales de la seguridad social el tratamiento contable señalado en el párrafo del artículo 299 destinado a proteger los recursos allí enunciados y que como ya ese explicó conlleva necesariamente la exclusión de la masa de liquidación de las entidades de crédito en caso de que estas llegue a ser liquidadas encontrándose dichos recursos en cuentas de orden y por fuera del balance de las mismas.

Referencia: expediente D-4766

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 299 (parcial) del Decreto Ley 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, adicionado por el artículo 26 de la Ley 510 de 1999: "Por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades".

Actor: Andrés Eduardo Dewdney Montero

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá D. C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil cuatro (2004).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Andrés Eduardo Dewdney Montero presentó demanda contra el artículo 299 (parcial) del Decreto Ley 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, adicionado por el artículo 26 de la Ley 510 de 1999: “Por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades”.

Mediante auto del 6 de agosto de 2003, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda y dispuso correr traslado de la misma al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, ordenó fijar en lista las normas acusadas para asegurar la intervención ciudadana y comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República, así como a los Ministros del Interior y de Justicia, de Hacienda y Crédito Público y a la Superintendencia Bancaria, a fin de que, de estimarlo oportuno, conceptuaran sobre la constitucionalidad de las normas acusadas.

Cumplidos los trámites ya relacionados, propios de esta clase de procesos, y previo el concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

### II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de la norma demandada de conformidad con su

publicación en el Diario Oficial No. 40.820 del 5 de abril de 1993. Se subraya lo demandado.

“ DECRETO NUMERO 663 DE 1993 ”

(abril 2)

“Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración”

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 35 de 1993,

DECRETA

(...)

ARTICULO 299.- MASA DE LA LIQUIDACION.

1. .Masa de la liquidación. Integran la masa de la liquidación todos los bienes actuales y futuros de la entidad intervenida.
2. Bienes excluidos de la masa de liquidación. Además de lo dispuesto en los artículos 1154 y 1399 del Código de Comercio, no formarán parte de la masa de liquidación:
  - a. Los títulos que se hayan entregado a la entidad intervenida para su cobranza y los que haya adquirido por cuenta de otro, siempre que estén emitidos o endosados directamente a favor del mandante o fideicomitente;
  - b. El dinero del mandante remitido a la entidad intervenida en desarrollo de un mandato o fideicomiso, siempre que haya por lo menos un principio de prueba escrita sobre la existencia del contrato a la fecha de toma de posesión;
  - c. Las cantidades que se adeuden a la entidad intervenida y se encuentren afectas a una finalidad específica por corresponder a obligaciones contraídas por ella por cuenta de un tercero, si de ello hubiere por lo menos un principio de prueba escrita, y los documentos que

obren en su poder, aunque estén otorgados a favor del mandante, siempre que se compruebe que la obligación proviene de un mandato o fideicomiso y que los tiene por cuenta del mandante o fideicomitente;

d .Los bienes que tenga la entidad intervenida en calidad de depositario o fiduciario;

e. Los valores de cesión o de rescate de los títulos de capitalización;

f. Los depósitos de ahorro o a término constituídos en establecimientos de crédito, y

a. Adicionado por el artículo 26 de la Ley 510 de 1999. Las primas recibidas pero no devengadas por la aseguradora objeto de la medida;

h. Adicionado por el artículo 26 de la Ley 510 de 1999. Los bienes dados en leasing, los cuales se transferirán al locatario cuando ejerza la opción y pague el valor respectivo. Si está pendiente el plazo de ejecución del contrato y el locatario no accede a pagar el valor presente correspondiente, el contrato y el bien serán cedidos a otra entidad legalmente facultada para desarrollar operaciones de leasing;

i. Adicionado por el artículo 26 de la Ley 510 de 1999. El dinero que los clientes de la entidad intervenida hayan pagado o le adeuden por concepto de financiación de operaciones de comercio exterior que ya se encuentre afecto a la finalidad específica de ser reembolsado a la entidad prestamista del exterior. Para tal efecto, deberá establecerse la correspondencia entre las financiaciones otorgadas a la entidad intervenida por la entidad prestamista del exterior y las financiaciones concedidas por la entidad intervenida a sus clientes;

j) Adicionado por el artículo 26 de la Ley 510 de 1999. En general, las especies identificables que aún encontrándose en poder de la entidad intervenida pertenezcan a otra persona, para lo cual se deberán allegar las pruebas suficientes.

PARAGRAFO. Adicionado por el artículo 26 de la Ley 510 de 1999. 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 las correspondientes a impuestos, contribuciones y tasas, así como los recaudos realizados por

concepto de seguridad social y los pagos de mesadas pensionales, mientras no se trasladen por orden expresa y escrita del mandante de depósitos ordinarios, cuentas de ahorro e inversiones.”.

(...)

El demandante afirma que el artículo 299 del Estatuto Financiero del cual resalta las expresiones “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 las correspondientes a impuestos, contribuciones y tasas, así como los recaudos realizados por concepto de seguridad social” contenidas en el párrafo del mismo artículo -respecto de las cuales se admitió la demanda-, vulnera el artículo 48 superior pues el legislador incurre en este caso en una omisión legislativa al referirse solamente a los recaudos y no a todos los recursos de la seguridad social para excluirlos de la masa de liquidación de las entidades financieras que son objeto de liquidación forzosa administrativa.

Recuerda que conforme a lo previsto en el artículo 48 constitucional los dineros de la seguridad social tienen una destinación específica, no pudiendo en consecuencia ser utilizados para fines diferentes a los inherentes a su naturaleza jurídica. Así las cosas considera que todos los bienes que hacen parte del Sistema de Seguridad Social deben estar excluidos de la masa de liquidación, dada la destinación específica de los mismos no siendo posible excluir unos bienes del sistema y otros no.

Al respecto hace énfasis en que dineros que hacen parte del sistema de seguridad social diferentes a los recaudos, verbigracia, entre otros, “los provenientes del contrato de reaseguro para la asunción de enfermedades de alto costo”, tienen una finalidad específica como es garantizar la prestación efectiva de los servicios de la población afiliada al sistema de seguridad social en salud, no pueden en consecuencia, hacer parte de la masa de liquidación de las entidades aseguradoras, pues no se daría cumplimiento al precepto constitucional que ordena que no se podrán utilizar para fines diferentes a su naturaleza.

Precisa que lo que pretende con su demanda no es que la Corte invada la esfera del

legislador incluyendo en la norma acusada los dineros que deben pagar las aseguradoras a las EPS por los contratos de seguros suscritos entre ellas. Lo que pretende es proteger todos los dineros que hacen parte del sistema de seguridad social, razón por la que deben estar excluidos de la masa de liquidación de las entidades financieras.

Así y luego de referirse a los presupuestos señalados por la jurisprudencia para el análisis de una omisión legislativa y exponer las razones por las cuales considera que ésta se configura en el presente caso<sup>1</sup> solicita que “se declare la inconstitucionalidad por omisión del artículo 29 del Decreto Ley 663 de 1993 modificado por el artículo 26 de la Ley 550 de 1999 y por ende que en dicho texto no se haga distinción entre cuáles son los bienes del sistema de seguridad social que no deben hacer parte de la masa de liquidación de las entidades financieras, sino que por el contrario se excluyan de dicha masa todos los bienes o recursos que pertenecen o hacen parte del sistema de seguridad social”.

Así mismo afirma que si no es aplicable el concepto de inconstitucionalidad por omisión, entonces “se de prevalencia al derecho sustancial” confrontando la disposición acusada con el artículo 48 superior: “... en el sentido de que la norma contraviene el principio constitucional de que los dineros de la seguridad social no pueden ser utilizados para fines diferentes a los cuales fueron destinados, y al hacer una distinción entre bienes de la seguridad social que si deben estar excluidos de la masa de liquidación no se están protegiendo otros bienes o recursos diferentes a los recaudados que también pertenecen a la seguridad social...”.

#### IV. INTERVENCIONES

##### 1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Carlos Andrés Guevara Correa en calidad de apoderado judicial de la entidad referida interviene en el presente proceso con el fin de solicitar la declaratoria de exequibilidad de las expresiones acusada, con base en las razones que a continuación se sintetizan.

El interviniente estima que no existe un vacío legal en la disposición acusada tal como lo afirma el demandante, a pesar de que ésta norma no señala específicamente como bienes excluidos de la masa de la liquidación los dineros pertenecientes al Sistema de Seguridad Social, toda vez que, el objetivo del párrafo adicionado al artículo 299 acusado: “...al

obligar a contabilizar esos recursos en las llamadas cuentas de orden, fue evitar que esos recursos sean tenidos en cuenta como recursos con vocación de hacer parte de la operación propia de esas entidades...”.

En ese sentido aduce que con el fin de dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 48 superior se expidió el Decreto 606 de 1998 cuyo artículo 2 reza: “De conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política, las reservas para pensiones y riesgos profesionales, más sus rendimientos, sólo podrán destinarse a atender los pagos correspondientes a tales riesgos y por ello estarán excluidas de la masa de liquidación.”.

Afirma que esa reglamentación supone una protección adicional ya que evita cualquier confusión entre los recursos pertenecientes a la seguridad social y los demás recursos manejados por las entidades financieras en todo momento y no sólo al momento de la liquidación de alguna de estas entidades, protegiendo de esa forma cabalmente recursos que como los de la seguridad social revisten un interés general indudable.

Señala que la disposición acusada: “...ha sido desarrollada por la Circular Externa 4 de 2000, expedida por la Superintendencia Bancaria, con el fin de ajustar el plan de cuentas de las entidades en lo correspondiente y con el objetivo de permitir una vigilancia efectiva del cumplimiento de dicha disposición legal...”.

Recuerda que los recursos de la seguridad social tienen el carácter de parafiscales y en consecuencia tienen una destinación específica inmodificable, así pues, en relación con la liquidación de entidades aseguradoras y los dineros destinados al reaseguramiento de enfermedades catastróficas o de alto costo, existen normas específicas encaminadas a excluir de la masa de la liquidación de las entidades aseguradoras los dineros correspondientes al pago de siniestros y a las primas no devengadas, de forma tal que: “...igualmente quedan protegidos los recursos de la Seguridad Social...”.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Señor Procurador General de la Nación allegó el concepto número 3364, recibido el 29 de septiembre de 2003, en el cual solicita a la Corte declarar la exequibilidad condicionada de la disposición acusada, de conformidad con las siguientes consideraciones.

El interviniente considera que: "...El principio general del proceso administrativo de toma de posesión con fines liquidatorios es el de la igualdad entre los acreedores, para efectos de integrar la masa de liquidación y cubrir sus acreencia. Lo anterior se deriva de la misma naturaleza de las entidades cuya razón social es la captación de recursos del público, en cuanto que están facultadas constitucionalmente para manejarlos, aprovecharlos e invertirlos, lo cual implica asumir el derecho de propiedad sobre tales recursos, Por tanto, la liquidación está destinada al pago de acreencias y no a la devolución de dineros..."

En ese sentido señala que debido a las múltiples crisis del sector financiero, el legislador ha considerado prudente consagrar excepciones en cuanto al tratamiento de determinados recursos captados del público, en relación con la finalidad que impulsa los procesos liquidatorios, individualizándolos o separándolos del patrimonio de la entidad financiera, es por esta razón que las sumas excluidas de la masa de liquidación son objeto de restitución y no de pago.

Estima que: "...La constitucionalidad parafiscal de los recursos asignados a la seguridad social responde claramente a la doble connotación antes referida, en cuanto a que no se destinan (aspecto contributivo), ni se utilizan (aspecto ejecutivo o finalístico) para fines diferentes a ella, como derecho irrenunciable y servicio público de carácter obligatorio. Tal servicio público está a cargo del Estado, quien lo presta con la colaboración de los particulares a través de entidades públicas y privadas, por lo que la administración de la seguridad social (en lo contributivo y de prestación del servicio público) conlleva implícitos tanto los principios de la función administrativa como los de la libertad de empresa..."

En ese orden de ideas indica que se deben determinar los criterios que definen la naturaleza parafiscal de los recursos a la seguridad social y su correspondiente manejo o administración integral. Igualmente no importa la procedencia legal de los tales recursos, pues lo importante es que de una u otra manera estén destinados y se deban utilizar exclusivamente para la prestación del servicio de seguridad social en todas y cada una de sus modalidades.

Estima que de otra parte: "...el manejo de tales recursos debe entenderse como un concepto administrativo integral, lo que abarca tanto su recaudo como su ejecución. En ese sentido, el criterio de manejo de tales recursos debe ser integral en función de la especificidad de la prestación del servicio de seguridad social..."

Considera que es necesario en virtud del principio de unidad normativa interpretar la disposición acusada junto con la expresión: “mientras no se trasladen por orden expresa y escrita del mandante de depósitos ordinario, cuentas de ahorro o inversiones”, contenida en el párrafo del artículo 299 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Afirma que la medida contemplada en la norma acusada da lugar a una protección especial de todos los recursos de la seguridad social de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 superior, así pues, como características de la indicada protección legal de los recursos recaudados por concepto de seguridad social, se tiene la de estar excluidos de la masa de liquidación, no hacer parte de los balances de los establecimientos de crédito y ser contabilizados en cuentas de orden.

En ese sentido destaca que desde el punto de vista de la naturaleza parafiscal de los recursos de la seguridad social reconocida constitucionalmente no se presenta inconveniente alguno, toda vez que lo que importa no es la procedencia legal de los recursos a recaudar sino su destinación específica y exclusiva a la prestación del servicio de seguridad social integral, por tanto cualquier recurso destinado al servicio público de seguridad social hace parte del concepto de recaudo, lo que se ajusta plenamente al principio contributivo de eficiencia.

Recuerda que es diferente el criterio de manejo de los recursos destinados a seguridad social en relación con su administración, pues esta debe ser integral en función de la especificidad de la prestación de ese servicio público que abarca su recaudo y ejecución, de forma tal que: “...no importando a qué título o contrato tengan las entidades financieras y demás que captan recursos del público, dineros destinados directamente a la prestación del servicio público de seguridad social integral, deben ser administrados financieramente de acuerdo con el mandato constitucional de destinación y utilización específica, lo que se traduce en el criterio de manejo integral de tales recursos en función del fin específico e individualizado al que están destinados...”.

Así mismo, los dineros que por otros conceptos diferentes al recaudo están en poder de las entidades financieras, pero que tengan destinación específica al servicio de la seguridad social integral, también pueden ser administrados financieramente con los mismos criterios de depósitos ordinarios, cuentas de ahorro de inversiones, y a su vez pueden no hacer parte

del balance de los establecimientos de crédito y ser contabilizados en cuentas de orden, sin que esa circunstancia implique comprometer la razón social de las entidades financieras.

Indica que: "... tampoco se compromete la confianza legítima y la igualdad entre los acreedores, en caso de presentarse procesos de liquidación forzosa administrativa de entidades financieras, ya que los recursos destinados a la prestación del servicio de seguridad social se encuentran de manera especial afectados a actividad de interés general, que indirectamente protege derechos fundamentales como la vida humana, los cuales prevalecen sobre los intereses particulares de los demás acreedores...". Afirmo además que se pueden presentar varias situaciones diferentes al recaudo que obligan al sano uso de otras modalidades de servicio financiero, en relación con la administración de los recursos destinados a la seguridad social.

Concluye entonces que es necesario declarar: "...ajustada a la Constitución la expresión demandada, únicamente por los cargos analizados, bajo el entendido que se encuentran excluidos de la masa de liquidación de las entidades del sistema financiero intervenidas con fines de liquidación forzosa administrativa, tanto los recaudos como los demás activos que a cualquier título se tengan por concepto de seguridad social, para lo cual las partes que celebren contratos de prestación de servicios financieros harán las manifestaciones expresas y escritas en tal sentido. Recursos estos que tampoco deben hacer parte de su balance como tampoco podrán contabilizarse en cuentas de orden"

## VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numerales 4° y 5° de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues la norma acusada hace parte de un Decreto Ley modificado por una Ley de la República.

### 2. La materia sujeta a examen

Para el actor en el artículo 299 del Decreto Ley 663 de 1993 tal como quedó modificado por el artículo 26 de la Ley 510 de 1999, del cual resalta las expresiones "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 las correspondientes a impuestos, contribuciones y tasas, así como los recaudos realizados por concepto de seguridad social” contenidas en el párrafo del mismo artículo se configura una omisión legislativa con la que se vulneraría el artículo 48 superior, por cuanto no se excluyeron de la masa de liquidación todos los dineros que pertenecen o hacen parte del sistema de seguridad social y solo se hizo referencia a los recaudos realizados por concepto de seguridad social, dejándose sin protección otros recursos que en concepto del actor, - alude a título de ejemplo a los dineros que deban reconocer las aseguradoras por concepto de los contratos de reaseguro de las enfermedades de alto costo-, deben excluirse igualmente de la masa de liquidación de las entidades objeto de liquidación forzosa administrativa.

El interviniente en representación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público aclara que el objeto del párrafo adicionado al artículo 299 del Estatuto Financiero por el artículo 26 de la Ley 510 de 1999, que obliga a contabilizar determinados recursos en cuentas de orden, fue el de evitar que los mismos fueran considerados con vocación de hacer parte de las operaciones propias de esas entidades. Estableciendo así una protección adicional para evitar cualquier confusión entre los recursos pertenecientes a la seguridad social y los demás recursos manejados por las entidades financieras en todo momento y no solo en el momento de la liquidación de una de ellas.

Afirma que en relación con la masa de liquidación propiamente dicha son otras normas las que protegen los recursos de la seguridad social. Alude a título de ejemplo al artículo 2 del Decreto 6006 de 1998 y a las normas que regulan la liquidación de las entidades aseguradoras -sin precisar cuáles son-.

El Procurador General de la Nación por su parte hace énfasis en la protección constitucional de los recursos parafiscales destinados a la seguridad social y en su destinación específica independientemente de a que título las entidades financieras puedan tenerlos, por lo que solicita que i) se efectúe la unidad normativa entre las expresiones a que alude el actor y el resto del párrafo del artículo 299, y ii) que se condicione la constitucionalidad de dicho párrafo en el entendido “que se encuentran excluidos de la masa de liquidación de las entidades del sistema financiero intervenidas con fines de liquidación forzosa administrativa,

tanto los recaudos como los demás activos que a cualquier título se tengan por concepto de seguridad social, para lo cual las partes que celebren contratos de prestación de servicios financieros harán las manifestaciones expresas y escritas en tal sentido. Recursos estos que tampoco deben hacer parte de su balance” y deberán contabilizarse en cuentas de orden<sup>2</sup>.

En ese orden de ideas corresponde a la Corte examinar si en el presente caso en relación con las expresiones que resalta el actor contenidas en el párrafo del artículo 299 del Decreto Ley 663 de 1993 tal como quedó modificado por el artículo 26 de la Ley 510 de 1999, se configura o no una omisión legislativa, por cuanto no se habrían excluido de la masa de liquidación de las entidades objeto de liquidación forzosa administrativa sino los recaudos de la seguridad social, dejando si protección otros recursos que deberían igualmente haberse mencionado en el referido párrafo para excluirlas de la misma.

### 3. Consideraciones preliminares

Previamente la Corte considera necesario efectuar algunas precisiones relativas a i) la protección constitucional de los recursos de la seguridad social y la jurisprudencia en materia de depósitos en las entidades financieras en liquidación, ii) los presupuestos señalados en la jurisprudencia en relación con la existencia de una omisión legislativa, y iii) El contenido y alcance de las expresiones a que alude el actor así como del artículo del que ellas hacen parte y la interpretación de la demanda en relación con la norma respecto de la cual el actor plantea la omisión legislativa, que resultan pertinentes para el análisis del cargo planteado en la demanda.

#### 3.1 La protección constitucional de los recursos de la seguridad social y la jurisprudencia en materia de depósitos en las entidades financieras en liquidación

3.1.1 De manera imperativa el cuarto inciso del artículo 48 superior<sup>3</sup> establece que “No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella”.

En relación con dicho precepto superior la Corte constitucional en numerosas decisiones de tutela ha estado llamada a examinar el tratamiento que se debe dar a los recursos de la seguridad social que se encuentren depositados en entidades financieras en liquidación para asegurar precisamente el mandato de destinación y utilización exclusiva de los

recursos de las instituciones de seguridad social.

Al respecto la Corte ha hecho énfasis en i) la naturaleza parafiscal de los recursos de la seguridad social tanto en materia de salud como en pensiones ii) en el tratamiento particular que debe dársele a dichos recursos en los procesos de liquidación de las entidades financieras y iii) en la imposibilidad de asimilar el caso de los depósitos de recursos parafiscales de la seguridad social en las entidades financieras con las indemnizaciones debidas por concepto de contratos de reaseguro de las enfermedades de alto costo

3.1.2 Esta Corporación de manera reiterada ha precisado en efecto que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en Salud<sup>4</sup> como en pensiones<sup>5</sup>, llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones<sup>6</sup>.

Al respecto cabe recordar particularmente lo dicho por la Corte en la Sentencia SU-480 de 1997 en la que se señaló igualmente que los aportes del presupuesto nacional destinados a la seguridad social tienen idéntica naturaleza y destinación específica.

Dijo la Corte:

### 7.1. Recursos del sistema

El sistema de seguridad social en Colombia es, pudiéramos decir, mixto.

Los afiliados al régimen contributivo deben cotizar mediante aportes que hará el patrono 8% y el trabajador 4% o sea, que el sistema recibe el 12% del salario del

trabajador (Art. 204 Ley 100).

La seguridad social prestada por las E.P.S. tiene su soporte en la TOTALIDAD de los ingresos de su régimen contributivo.

Por consiguiente, forman parte de él:

a) Las cotizaciones obligatorias de los afiliados, con un máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.

b) También, ingresan a este régimen contributivo las cuotas moderadoras, los pagos compartidos, (artículo 27 del decreto 1938 de 1994) las tarifas, las bonificaciones de los usuarios.

a. Además los aportes del presupuesto nacional.

Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social. Recursos que tienen el carácter de parafiscal.

Como es sabido, los recursos parafiscales “son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa”<sup>7</sup>, por eso se invierten exclusivamente en beneficio de éstos. Significa lo anterior que las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía administran sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado. Por eso, en la sentencia C-179/97, Magistrado Ponente Fabio Morón, se dijo:

“Tenía soporte, entonces, en el régimen anterior este tipo de contribuciones y bajo el imperio de la Carta de 1991, no cabe duda acerca de 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.”

Si los aportes del presupuesto nacional y las cuotas de los afiliados al sistema de seguridad social son recursos parafiscales, su manejo estará al margen de las normas presupuestales y

administrativas que rigen los recursos fiscales provenientes de impuestos y tasas, a menos que el ordenamiento jurídico específicamente lo ordene. (Como es el caso del estatuto general de contratación, art. 218 de la Ley 100 de 1993). Por lo tanto no le son aplicables las normas orgánicas del presupuesto ya que el Estado es un mero recaudador de esos recursos que tienen una finalidad específica: atender las necesidades de salud. 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. Ni mucho menos las EPS pueden considerar esos recursos parafiscales como parte de su patrimonio<sup>8</sup>. (subrayas fuera de texto)

3.1.3 En lo referente específicamente al tratamiento dado a los recursos de la seguridad social en caso de liquidación forzosa de una entidad sometida al control de la Superintendencia Bancaria, la Corte a partir de los presupuestos señalados en las sentencias SU-480 de 1997 y T-696 de 2000 al revisar decisiones de tutela respecto de acciones instauradas con el fin de obtener la restitución de dineros depositados o invertidos en entidades financieras, correspondientes a recaudos por concepto de cotizaciones, tarifas, copagos, cuotas moderadoras, o a recursos del presupuesto nacional o de las entidades territoriales, destinados a la seguridad social, administrados por las empresas promotoras de salud -E.P.S. o por los departamentos y municipios, ha advertido que los recursos parafiscales que tienen una destinación específica para seguridad social, gozan de protección especial y que ésta se impone al principio de igualdad entre acreedores que rige el proceso liquidatorio de dichas entidades.

Así la Corte ha precisado que el tratamiento dado de manera general a los depósitos en cuentas corrientes bancarias o de ahorro, o que estén representados en títulos de inversión, en el caso de la liquidación de las entidades financieras, no puede ser el mismo para el caso de los depósitos que en dichas entidades se hagan de recursos parafiscales de la seguridad social.

Al respecto concretamente se dijo lo siguiente en la sentencia T-696 de 2000 que ha sido reiterada en numerosas decisiones sobre este tema<sup>9</sup>.

“2.2. El legislador ha estructurado el proceso de liquidación forzosa para el evento en que las autoridades del Estado consideren oportuno intervenir entidades financieras. Este es un

proceso concursal y universal que tiene por finalidad esencial la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo externo a cargo de la respectiva entidad, preservando la igualdad entre los acreedores, sin perjuicio de las disposiciones legales que confieren privilegios de exclusión y preferencia a determinada clase de créditos.

La Corte ha señalado al respecto:

“La toma de posesión con fines liquidatorios, entonces, es un proceso de carácter concursal y universal, en el que los acreedores son llamados a hacerse parte demostrando su acreencia, a efectos de que la misma pueda ser cancelada a prorrata de los activos de la entidad. Dentro de este contexto, uno de los principios que rige este proceso, es el de la igualdad entre acreedores -par conditio creditorum-, según el cual cada acreedor tiene derecho a que se le pague el valor de su acreencia, en proporción a los activos existentes, sin que pueda preferenciarse a un acreedor sobre otro. La existencia de ese principio, entonces, no admite la aplicación de concesiones o de mecanismos que puedan redundar en beneficio de unos, y en desmedro de otros” (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-065 del 2000. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra).

Dentro de dicho proceso liquidatorio puede suceder que los actos del liquidador afectan los intereses, las acreencias, las prelaciones y los derechos que crean tener los distintos sujetos que tenían cuentas o depósitos en las diferentes modalidades que ofrecían las entidades sometidas a liquidación por la Superintendencia Bancaria. En tal caso, existen medios de defensa judicial específicos que hacen improcedente, en principio, la acción de tutela, pues ésta es eminentemente subsidiaria y residual, ya que no tiene la virtud de desplazar la acción ordinaria que existe para satisfacer las pretensiones que se exigen. No obstante, a pesar de la existencia de dichos medios, la tutela en ciertas circunstancias puede ser viable como mecanismo transitorio para impedir un perjuicio irremediable.

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

(...)

2.4. A juicio de la Sala, 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.

La Corte en reciente fallo se pronunció al respecto:

“...respecto de la salud ha plasmado el Constituyente los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, por encima de los cuales pasa ahora la entidad financiera demandada, impidiendo que el Hospital cumpla su función propia, y anteponiendo el interés de los acreedores al prevalente que ha sido señalado en la Constitución.

La norma que resulta vulnerada de modo más protuberante en este caso es la del inciso 5 del artículo 48 de la Constitución Política, a cuyo tenor “no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella”.

Se trata de una norma fundamental de indudable carácter imperativo y absoluto respecto del cual no se contemplan excepciones, ni se permite supeditar su cumplimiento -de aplicación inmediata- a previsiones o restricciones de jerarquía legal.

Por tanto, la calidad superior y prevalente del mandato constitucional desplaza toda norma inferior que pueda desvirtuar sus alcances, y, si alguien llegase a invocar con tal objeto las disposiciones de la Ley en materia de liquidación forzosa de las instituciones financieras, deben ser ellas inaplicadas, para, en su lugar, hacer que valga el enunciado precepto de la Constitución, según lo dispone el 4 *Ibíd.*, en virtud de la inculcable incompatibilidad existente.

Así las cosas, como quiera que además están de por medio derechos fundamentales -la vida y la integridad personal, primordialmente, y, en relación con ellos, la salud y la seguridad

social-, es procedente la tutela con el fin de asegurar que los recursos hoy retenidos por el Banco del Pacífico, en liquidación, vuelvan al Hospital Central de la Policía Nacional de manera inmediata” (Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-481 del 2000. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo).

Es así como el artículo 182 de la Ley 100 de 1993 dispone que las cotizaciones de los afiliados que recauden las Entidades Promotoras<sup>10</sup> de Salud pertenecen al Sistema General de Seguridad Social y que dichos 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.

2.5. Como dichos recursos son contribuciones parafiscales, las instituciones financieras no pueden incluir en sus balances generales los dineros recaudados por concepto de seguridad social. En efecto, el parágrafo del artículo 26 de la Ley 510 de 1999, establece: “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...”.

Sobre la naturaleza parafiscal de los fondos destinados a la seguridad social, la Corte en Sentencia SU- 480/9711, expresó:

(...)

“Si los aportes del presupuesto nacional y las cuotas de los afiliados al sistema de seguridad social son recursos parafiscales, su manejo estará al margen de las normas presupuestales y administrativas que rigen los recursos fiscales provenientes de impuestos y tasas, a menos que el ordenamiento jurídico específicamente lo ordene. (Como es el caso del estatuto general de contratación, art. 218 de la Ley 100 de 1993). Por lo tanto no le son aplicables las normas orgánicas del presupuesto ya que el Estado es un mero recaudador de esos recursos que tienen una finalidad específica: atender las necesidades de salud. 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. Ni

mucho menos las EPS pueden considerar esos recursos parafiscales como parte de su patrimonio...”

2.6. Algunas de las acciones de tutela impetradas, en cuanto persiguen la restitución de dineros depositados o invertidos en entidades financieras, que corresponden a recaudos por concepto de cotizaciones, tarifas, copagos, cuotas moderadoras, o a recursos del presupuesto nacional o de las entidades territoriales, destinados a la seguridad social, que son administrados por las empresas promotoras de salud -E.P.S. o por los departamentos y municipios, están llamadas a prosperar, por tratarse de recursos que tienen una destinación constitucional específica (art. 48), como es la atención de la seguridad social, y aun cuando las prestaciones que los beneficiarios derivan de éstas algunas veces no tienen conexión con el goce de los derechos fundamentales, en otras ocasiones si los involucran. En tal virtud, 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.”<sup>12</sup>

3.1.4 Ahora bien, en cuanto el actor se refiere específicamente a ellas, cabe precisar que las indemnizaciones por concepto de reaseguro de enfermedades catastróficas no son recursos parafiscales a los que pueda aplicarse el mismo tratamiento dado a los depósitos de recursos de la seguridad social. Así lo explicó la Corte en la sentencia SU-508 de 2001, en la que se analizó la acción de tutela interpuesta por una Entidad prestadora de Salud contra una aseguradora en relación con el tratamiento dado a las indemnizaciones por enfermedades de alto costo durante el trámite del proceso liquidatorio de esta última.

“Para todos estos casos de enfermedades de alto costo, la Ley 100 de 1993, en su artículo 162, parágrafo 4° establece que “Toda entidad promotora de salud reasegurará los riesgos derivados de la atención de enfermedades calificadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social como de alto costo”. Es decir, que fue el propio Estado, al diseñar el sistema, el que impuso a las EPS la obligación del reaseguro para las enfermedades de alto costo. A su vez, el decreto 1938/94, artículo 38 obliga al aseguramiento para el tratamiento de las enfermedades catastróficas o ruinosas, mecanismo de aseguramiento que se reitera en el parágrafo del artículo 17 del decreto 5261/94.

Esos reaseguros, como es lo acostumbrado, son contratos de duración de un año; por eso el artículo 38, párrafo 3° del decreto 1938/94 establece: “El fondo de aseguramiento de enfermedades catastróficas cubrirá el valor de la atención para cada una de las patologías descritas con un tope máximo por evento año”.

Lo anterior no significa que cumplido el año el enfermo queda desprotegido. Por lo tanto, vigente o no el contrato de reaseguro, hay protección para quien padece tales enfermedades catastróficas y la EPS no puede eludir la obligación de darle el tratamiento adecuado y si no lo dá, cabe tutela contra la EPS remisa. Por eso, parecería incongruente que una EPS interponga tutela invocando el derecho a la salud de sus usuarios cuando es ella misma quien debe prestar el servicio. Sin embargo, la Corte Constitucional en excepcionales circunstancias, ha admitido la tutela para reclamación de depósitos consignados en entidades financieras, cuando tales depósitos no son entregados y esto afecta el sistema de la seguridad social.

En el presente caso no se trata de depósitos porque lo único que ha entregado la EPS a la compañía de seguros son las primas y está reclamando por tutela las indemnizaciones. (...)

“Como se aprecia, en la T-696/00 el tema específico fue el de los depósitos en entidades financieras en liquidación. La jurisprudencia no ha dicho que las indemnizaciones sean depósitos, ni que puedan calificarse como recursos parafiscales. En la presente sentencia se está analizando otro caso muy diferente: el de los reaseguros en enfermedades de alto costo, que se proyecta en el pago de indemnizaciones por la ocurrencia de los siniestros derivados de contrato de reaseguro en relación con las enfermedades riesgosas y catastróficas. Este tema concreto no ha sido analizado por ninguna de las sentencias que se han referido a la parafiscalidad: la SU-480/97, la C-179/97, la C-542/98, la T-569/99.

Particular importancia tiene la C-1707/2000 sobre la naturaleza jurídica de los recursos que integran el Sistema de Seguridad Social en Salud. Consideró como contribuciones parafiscales expresamente a las siguientes: “..... aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones,...”.

Por otro aspecto, en la C-577/97 la Corte caracterizó a dichas contribuciones parafiscales como aquellas que son recursos recaudados que se cobran de manera obligatoria. Cuestión que no se puede predicar de las indemnizaciones por siniestros, porque éstas responden al

cumplimiento de un contrato de reaseguros que se rige por normas del Código de Comercio y del Estatuto Financiero.

No es por consiguiente aplicable la jurisprudencia de esta Corte contenida en la sentencia T-696/2000 por cuanto no se trata de depósitos de dineros parafiscales. Esto significa que no se puede alterar la prelación para el pago de tales indemnizaciones, que es la prevista en el artículo 23 de la Ley 510/99 que les otorgó prioridad a las acreencias ante las liquidaciones de compañías de seguros respecto a siniestros cubiertos por las pólizas que expiden y las colocó en primera clase de prelación de la masa de la liquidación junto con las acreencias laborales y fiscales.”<sup>13</sup>

En ese orden de ideas es claro para la Corte que las Compañías Aseguradoras de enfermedades de alto costo no administran recursos parafiscales sino que deben cumplir los contratos de seguros en la forma como fueron pactados, por lo que en relación con las indemnizaciones aludidas deben simplemente aplicarse las disposiciones que regulan la liquidación forzosa administrativa establecidas en la Ley para dicho tipo de entidades.

3.2 Los presupuestos señalados en la jurisprudencia en relación con la existencia de una omisión legislativa

Esta Corporación en numerosas providencias ha aceptado que el Legislador puede vulnerar garantías constitucionales por vía de omisión y que la falta de regulación normativa en torno a materias constitucionales sobre las cuales el Congreso tiene asignada una específica y concreta obligación de hacer puede ser objeto de control jurisdiccional por la vía de la acción pública de inconstitucionalidad<sup>14</sup>.

La misma jurisprudencia ha precisado empero que no toda omisión puede ser sometida a control constitucional. En procura de respetar la autonomía e independencia del Congreso, la Corte ha señalado que el juicio de constitucionalidad en estas circunstancias sólo puede darse, sí y sólo sí, la omisión que se ataca es por esencia relativa o parcial y en ningún caso absoluta<sup>15</sup>.

Frente a las omisiones absolutas, consistentes en la falta total de regulación normativa, dada la ausencia íntegra de normatividad no puede darse un cotejo con ningún texto, lo que impide una confrontación material, objetiva y verificable con la Constitución y por tanto no

se da uno de los supuestos básicos del juicio de constitucionalidad<sup>16</sup>.

En el caso de una omisión relativa por el contrario ha dicho la Corte, se cumple a cabalidad el fundamento básico del control constitucional - la confrontación objetiva entre la Ley y la Constitución -, ya que el debate se suscita en torno a un texto legal que se reputa imperfecto en su concepción<sup>17</sup>, y que a partir de la ausencia parcial de regulación, al cotejarlo con la Carta, aquél puede resultar arbitrario, inequitativo o discriminatorio en perjuicio de ciertas garantías constitucionales como la igualdad y el debido proceso<sup>18</sup>.

Ahora bien, para poder proceder al examen de una omisión legislativa relativa, la Corte ha considerado necesario el cumplimiento de ciertas condiciones, a saber: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.<sup>19</sup>

En este mismo sentido, haciendo referencia a los requisitos de procedibilidad de la acción pública de inconstitucionalidad, la doctrina de esta Corporación ha definido que sólo es posible entrar a evaluar la ocurrencia de una omisión legislativa relativa, cuando el actor ha dirigido la acusación contra la norma de cuyo texto surge o emerge la omisión alegada<sup>20</sup>. En este sentido, la posibilidad de que el juez constitucional pueda emitir pronunciamiento de fondo, queda supeditada al hecho de que la omisión sea predicable directamente del dispositivo impugnado, y en ningún caso de otro u otros que no hayan sido vinculados al proceso<sup>21</sup>.

Al respecto la Corte ha precisado lo siguiente:

“Para que una demanda de inconstitucionalidad contra una omisión legislativa relativa sea admisible, resulta necesario que el actor acuse el contenido normativo específicamente

vinculado con la omisión. De esta suerte, no resultan atendibles los cargos generales que se dirigen a atacar un conjunto indeterminado de normas<sup>22</sup> con el argumento de que omiten la regulación de un aspecto particular, o los que se dirigen a atacar normas de las cuales no emerge el precepto que el demandante echa de menos.”<sup>23</sup>

Con fundamento en los criterios precedentes, procede la Corte a pronunciarse sobre la acusación formulada en la demanda.

3.3 El contenido y alcance de las expresiones a que alude el actor así como del artículo del que ellas hacen parte y la interpretación de la demanda en relación con la norma respecto de la cual el actor plantea la omisión legislativa

3.3.1. Las expresiones resaltadas por el actor en su demanda se contienen en el párrafo del artículo 299 del Decreto Ley 663 de 1993 “Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración”, que fue adicionado por el artículo 26 de la Ley 510 de 1999 “Por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades”.

Dicho artículo 299 hace parte del capítulo III del Decreto 663 de 1993, relativo al “proceso de liquidación forzosa administrativa”, de la parte undécima sobre “procedimiento para la toma de posesión y liquidación de las entidades sometidas a control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria”

Dichas entidades sometidas a control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria se encuentran identificadas en el artículo 1 del Decreto 663 de 1993 contenido en el capítulo I sobre “estructura del Sector financiero” de la parte primera que alude a la “descripción básica de las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria”. Ellas son según el tenor de dicho artículo: a) los Establecimientos de crédito; b) las Sociedades de servicios financieros, c) las Sociedades de capitalización; d) las Entidades aseguradoras; Y e) los Intermediarios de seguros y reaseguros.

El artículo 293 del Decreto 663 de 1993, establece que el proceso de liquidación forzosa administrativa de una entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria es un proceso concursal y universal, tiene por finalidad esencial 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. Proceso cuyas etapas define el artículo 300 del mismo Decreto<sup>24</sup>

Ahora bien, el artículo 299 del Decreto 663 de 1993 invocado por el actor y del que hacen parte las expresiones que él resalta de su párrafo, alude a la “masa de liquidación”.

En su numeral 1, dicho artículo precisa que integran la masa de la liquidación todos los bienes actuales y futuros de la entidad intervenida.

El numeral 2 por su parte alude a los bienes excluidos de dicha masa.

Al respecto allí se precisa que además de lo dispuesto en los artículos 1154 y 1399 del Código de Comercio, no forman parte de la masa de liquidación una serie de bienes que se enumeran en los literales a) a j) de dicho artículo 299 del Decreto 663 de 1993.

Los referidos artículos 1154 y 1399 del Código de Comercio señalan lo siguiente:

Artículo 1154. Sin perjuicio de las compensaciones a que haya lugar, los créditos del beneficiario contra el asegurador, en los seguros de vida, tendrán el orden de preferencia asignado a los créditos de primera clase<sup>25</sup>, a continuación de los del fisco, y los valores de cesión o de rescate se excluirán de la masa

Artículo 1399. En caso de liquidación administrativa de un establecimiento bancario, los depósitos de que tratan los capítulos I, II y III de este título, se excluirán de la masa de la liquidación. (Subrayas fuera de texto)

Cabe precisar que el título a que alude la norma es el título XVII “de los contratos bancarios” -cuenta corriente, depósito a término y depósito de ahorro<sup>26</sup>.

A su vez el inventario que se hace en dicho artículo 299 de los bienes que no formarán parte de la masa de liquidación es el siguiente:

a. Los títulos que se hayan entregado a la entidad intervenida para su cobranza y los que haya adquirido por cuenta de otro, siempre que estén emitidos o endosados directamente a

favor del mandante o fideicomitente;

b. El dinero del mandante remitido a la entidad intervenida en desarrollo de un mandato o fideicomiso, siempre que haya por lo menos un principio de prueba escrita sobre la existencia del contrato a la fecha de toma de posesión;

c. Las cantidades que se adeuden a la entidad intervenida y se encuentren afectas a una finalidad específica por corresponder a obligaciones contraídas por ella por cuenta de un tercero, si de ello hubiere por lo menos un principio de prueba escrita, y los documentos que obren en su poder, aunque estén otorgados a favor del mandante, siempre que se compruebe que la obligación proviene de un mandato o fideicomiso y que los tiene por cuenta del mandante o fideicomitente;

d. Los bienes que tenga la entidad intervenida en calidad de depositario o fiduciario;

e. Los valores de cesión o de rescate de los títulos de capitalización;

f. Los depósitos de ahorro o a término constituidos en establecimientos de crédito, y

g. Las primas recibidas pero no devengadas por la aseguradora objeto de la medida; (Adicionado por el artículo 26 de la Ley 510 de 1999.)

h. Los bienes dados en leasing, los cuales se transferirán al locatario cuando ejerza la opción y pague el valor respectivo. Si está pendiente el plazo de ejecución del contrato y el locatario no accede a pagar el valor presente correspondiente, el contrato y el bien serán cedidos a otra entidad legalmente facultada para desarrollar operaciones de leasing; (Adicionado por el artículo 26 de la Ley 510 de 1999.)

i. El dinero que los clientes de la entidad intervenida hayan pagado o le adeuden por concepto de financiación de operaciones de comercio exterior que ya se encuentre afecto a la finalidad específica de ser reembolsado a la entidad prestamista del exterior. Para tal efecto, deberá establecerse la correspondencia entre las financiaciones otorgadas a la entidad intervenida por la entidad prestamista del exterior y las financiaciones concedidas por la entidad intervenida a sus clientes; (Adicionado por el artículo 26 de la Ley 510 de 1999.)

j) En general, las especies identificables que aún encontrándose en poder de la entidad intervenida pertenezcan a otra persona, para lo cual se deberán allegar las pruebas suficientes. (Adicionado por el artículo 26 de la Ley 510 de 1999.)

El párrafo de dicho artículo 299 adicionado por el artículo 26 de la Ley 510 de 1999, señala por su parte que 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 las correspondientes a impuestos, contribuciones y tasas, así como los recaudos realizados por concepto de seguridad social y los pagos de mesadas pensionales, mientras no se trasladen por orden expresa y escrita del mandante de depósitos ordinarios, cuentas de ahorro e inversiones.

Es decir que de acuerdo con dicho párrafo respecto de i) las sumas recaudadas para terceros, en desarrollo de contratos de mandato, tales como las correspondientes a impuestos, contribuciones y tasas, ii) los recaudos realizados por concepto de seguridad social y iii) los pagos de mesadas pensionales, se establece un tratamiento contable específico que hace que las mismas no harán parte del balance de los establecimientos de crédito y se contabilizarán en cuentas de orden mientras no se trasladen por orden expresa y escrita del mandante de depósitos ordinarios, cuentas de ahorro e inversiones.

La justificación de dicho tratamiento según lo explica el interviniente en representación del Ministerio de Hacienda corresponde a la voluntad del legislador de dar una protección especial a dichos recursos que al estar excluidos del balance y contabilizados en cuentas de orden no podrán confundirse bajo ninguna circunstancia con los bienes de los establecimientos de crédito. Y ello en todo momento, incluido aquel en que eventualmente se proceda a la liquidación forzosa del establecimiento de crédito y se proceda a separar los bienes que hacen o no parte de la masa de liquidación.

3.3.2. Cabe precisar que el actor en su demanda, al justificar las razones por las cuales considera que en este caso se presenta una omisión legislativa a partir del examen de los requisitos establecidos en la jurisprudencia para el efecto, aludió no solamente a las expresiones que resaltó en el aparte de su demanda en que identificó la norma demandada, sino a todo el artículo 299 del Decreto 663 de 1993 y que igualmente en la conclusión de su libelo invocó dicho artículo.

Empero aun en el entendido que lo que el actor pretendió demandar fue todo el artículo 299 y no solamente las expresiones del párrafo resaltadas por él y tomadas en cuenta en el auto admisorio, el análisis del cargo planteado necesariamente debe circunscribirse a las expresiones aludidas pues es en ellas en el único aparte del artículo aludido en que se hace referencia a los recursos de la seguridad social -específicamente a los “recaudos”- y es en relación con esta expresión precisamente que el actor hecha de menos la aplicación del artículo 48 superior para proteger todos los recursos de la seguridad social. Siendo entonces esas expresiones la únicas respecto de las cuales podría invocarse una omisión legislativa relativa que pueda ser analizada por la Corte.

3.3.3 Respecto de la unidad normativa solicitada por el señor Procurador General de la Nación en relación con el resto del párrafo del artículo 299, cabe señalar que ella no se hace necesaria, pues si bien el análisis del cargo planteado por el actor debe hacerse tomando en cuenta la totalidad del párrafo en el que las expresiones aludidas se encuentran insertas, de la misma manera que todo el artículo 299 al que éste pertenece, ello no significa que deba procederse a efectuar dicha unidad normativa, que como ha explicado la jurisprudencia tiene carácter excepcional y responde a presupuestos que no se configuran en el presente caso<sup>27</sup>.

Así entendida la demanda, y descartada la unidad normativa solicitada, la Corte procede a efectuar el análisis del cargo planteado por el actor

#### 4. El análisis del cargo

Para el actor en el presente caso se configura una omisión legislativa por que en el artículo 299 del Decreto Ley 663 de 1993 del cual destaca la expresiones “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 las correspondientes a impuestos, contribuciones y tasas, así como los recaudos realizados por concepto de seguridad social” contenidas en el párrafo del mismo artículo se aludió exclusivamente a “los recaudos realizados por concepto de seguridad social” y no a todos los recursos de la seguridad social -dentro de los que cita a título de ejemplo las indemnizaciones que deban reconocer las aseguradores por concepto de contratos de

reaseguro de enfermedades de alto costo- para excluirlos de la masa de liquidación de las entidades financieras que sean objeto de un proceso de liquidación forzosa administrativa.

4.1 Al respecto cabe señalar en primer término que el objeto del párrafo en el que se contienen las expresiones a que alude el actor no es el de establecer los bienes que hacen o no hacen parte de la masa de liquidación de las entidades objeto de liquidación forzosa administrativa.

El objeto específico de dicho párrafo es el de señalar para el caso de 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, que éstos no harán parte del balance de los establecimientos de crédito y se contabilizarán en cuentas de orden mientras no se trasladen por orden expresa y escrita del mandante de depósitos ordinarios, cuentas de ahorro e inversiones.

Se trata pues de una medida contable atinente al tratamiento específico que debe darse a los referidos recursos. Tratamiento contable específico, que subsistirá mientras no se trasladen los recursos aludidos por orden expresa y escrita del mandante de depósitos ordinarios, cuentas de ahorro e inversiones.

Cabe precisar igualmente que el párrafo del artículo 299 alude exclusivamente a los establecimientos de crédito<sup>28</sup>, que son solamente uno de los tipos de entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria como ya se explicó, en tanto que en el artículo 299 en sus numerales 1 y 2 se alude a todas las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

En ese sentido ha de tenerse en cuenta que dado que en relación con las obligaciones de las entidades aseguradoras a que alude el actor a título de ejemplo para sustentar su cargo, a saber las indemnizaciones que deban reconocer las aseguradores por concepto de contratos de reaseguro de enfermedades de alto costo, tanto en el mismo artículo 299 del Decreto Ley 663 de 1993<sup>29</sup>, como en otras normas del mismo cuerpo normativo<sup>30</sup> se encuentran reglas específicas que son aplicables en caso de liquidación forzosa administrativa de las entidades aseguradoras, sería en relación con ellas y no con las expresiones acusadas -que aluden a los establecimientos de crédito-, que una supuesta omisión podría predicarse<sup>31</sup>.

Todo ello llevaría a la Corte en principio a considerar que en el presente caso se estaría frente a una inepta demanda por cuanto la acusación del actor aludiría a un supuesto normativo que no se contendría en la disposición acusada<sup>32</sup>.

4.2. Empero la Corte constata que el párrafo en que las expresiones acusadas se contienen hace parte de un artículo en el que se regula lo referente a que bienes hacen parte o no de la masa de liquidación de la entidad intervenida y guarda entonces íntima relación con dicha situación, solamente que en él se establece una regla específica para el caso de los establecimientos de crédito.

Así mismo que el tratamiento contable a que se alude en el párrafo del artículo 299 comporta necesariamente la exclusión de los recursos a que él se refiere de la masa de liquidación de las entidades financieras referidas, dado que si no pueden hacer parte del balance de dichos establecimientos menos pueden hacer parte de la masa de liquidación en caso de que se produzca la liquidación de la entidad encontrándose dichos recursos en cuentas de orden.

Es decir que el supuesto a que alude el actor, a saber la exclusión de la masa de liquidación, está implícito en dicho tratamiento contable y en consecuencia la aplicación o no a ciertos bienes de la seguridad social de dicho tratamiento determinará que en unos casos estén excluidos o no de la masa de liquidación en un determinado momento.

En este sentido la Corte considera que el actor dirigió correctamente su acusación por omisión legislativa contra aquellos apartes de la norma en los que puede haberse dado un tratamiento particular de protección exclusivamente a determinados bienes de la seguridad social, a pesar de que existe el deber constitucional de proteger la destinación de los mismos en relación con todos los recursos parafiscales de la seguridad social (art 48 C.P.).

4.3 En ese orden de ideas, cabe analizar, -pues el actor afirma que no solamente las indemnizaciones a que hizo referencia a título de ejemplo deben ser excluidas de la masa de liquidación, sino que existe una amplia gama de recursos de la seguridad social diferentes a los recaudos que deben ser objeto de protección especial para asegurar su destinación específica-, si existen otro tipo de recursos que no siendo recaudos, tienen igualmente la

naturaleza de recursos parafiscales de los que se predica una destinación específica y por tanto deban ser igualmente ser objeto de protección especial y en consecuencia aplicárseles el tratamiento contable a que se ha hecho referencia, que como se ha visto, implica la exclusión de la masa de liquidación de los bienes a los que ella se aplica. Y ello en tanto en caso de no darse dicha protección se esté incumpliendo un mandato constitucional (art 48 C.P.)<sup>33</sup>.

Al respecto la Corte constata que dentro de los recursos que pueden ser objeto de depósitos en los establecimientos de crédito y que deben claramente protegerse por el Legislador, se encuentran los recursos del presupuesto nacional o de las entidades territoriales, destinados a la seguridad social, administrados por las empresas promotoras de salud -E.P.S. o por los departamentos y municipios.

Estos como los recursos resultantes de “aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones”, en el caso del sistema de seguridad social en salud o de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, han sido considerados recursos parafiscales con una clara destinación específica<sup>34</sup>.

Ningún sentido tendría en efecto que los recursos del presupuesto nacional o de las entidades territoriales destinados a la seguridad social que son administrados por las entidades promotoras de salud o por los departamentos y municipios y que por cualquier circunstancia se encuentren depositados en una entidad financiera terminaran destinados a un fin diferente y no tuvieran la misma protección que los recaudos a que se alude en el párrafo en que se contienen las expresiones invocadas por el actor en su demanda a partir de las cuales configura su cargo por omisión legislativa.

En este sentido si el entendimiento que se diera a la palabra recaudos aludiera exclusivamente a las cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, se estaría evidenciando una clara omisión legislativa en cuanto se estarían protegiendo con el tratamiento contable referido solo algunos de los recursos parafiscales de la seguridad social respecto de los cuales es clara la obligación del Legislador -establecida en el artículo 48 superior- de asegurar la destinación específica de los mismos sin ninguna distinción.

En ese orden de ideas la Corte considera necesario en el presente caso dictar una sentencia

condicionada que comporte la aplicación para todos los recursos parafiscales de la seguridad social el tratamiento contable señalado en el párrafo del artículo 299 destinado a proteger los recursos allí enunciados y que como ya ese explicó conlleva necesariamente la exclusión de la masa de liquidación de las entidades de crédito en caso de que estas lleguen a ser liquidadas encontrándose dichos recursos en cuentas de orden y por fuera del balance de las mismas.

Obviamente para que pueda existir certeza sobre la naturaleza parafiscal de los recursos objeto de protección, los mismos deberán figurar como tales en la contabilidad de la correspondiente institución de seguridad social.

Así las cosas, la Corte en la parte resolutive de esta sentencia condicionará la constitucionalidad de las expresiones acusadas en el entendido que la expresión “así como los recaudos realizados por concepto de seguridad social” alude a todos los recursos parafiscales de la seguridad social, a condición de que figuren como tales en la contabilidad de la correspondiente institución de seguridad social.

## VII. DECISION

### RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado, las expresiones “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 las correspondientes a impuestos, contribuciones y tasas, así como los recaudos realizados por concepto de seguridad social” contenidas en el párrafo del artículo 299 del Decreto Ley 663 de 1993, “Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración”, adicionado por el artículo 26 de la Ley 510 de 1999 “Por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades” en el entendido que la expresión “así como los recaudos realizados por concepto de seguridad social” alude a todos los recursos parafiscales de la seguridad social, a condición de que figuren como tales en la contabilidad de la correspondiente institución de seguridad social.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Presidenta

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL (E)

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que la señora Presidenta doctora CLARA INES VARGAS HERNANDEZ, no firma la presente sentencia por encontrarse en comisión en el exterior debidamente autorizada por la Sala Plena de esta Corporación.

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

1 Los apartes pertinentes de la demanda son los siguientes “El objeto de la presente demanda es demostrar que todos los bienes que hacen parte del Sistema de Seguridad Social deben estar excluidos de la masa de liquidación de las entidades financieras, dada la destinación específica de los mismos; es decir que no se pueden excluir unos bienes del sistema de seguridad social y otros no.

El Artículo 48 de la Constitución Nacional es claro al establecer que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella, esto quiere decir que los dineros de la Seguridad Social tienen una destinación específica como lo es revertirse en la prestación de los servicios de salud de la población colombiana entre otros de los fines de los dineros de la seguridad social, no pudiendo ser utilizados para fines diferentes a los inherentes a su naturaleza jurídica.

Con base en la sentencia C-185 de 2003 me permito argumentar la inconstitucionalidad por omisión de la norma objeto de la presente demanda:

- Que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo.

La norma constitucional violada por omisión es el artículo 48 de la Constitución.

- Que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omite incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta.

El artículo 299 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto Ley 663 de 1993) modificado por el artículo 26 de la Ley 550 de 1999 excluye de la masa de liquidación de las entidades financieras procedimiento aplicable por remisión de la Ley a las entidades del Sistema General de Seguridad Social, los dineros recaudados realizados por concepto de seguridad social, es decir se excluyen de la masa de liquidación con el fin de dar cumplimiento a lo ordenado por el artículo 48 de la Constitución, sin embargo se omitió hacer referencia a que debían estar excluidos de la masa de liquidación todos los dineros que pertenezcan o hagan parte del Sistema de Seguridad Social en General haciendo referencia sólo a los dineros recaudados por concepto de seguridad social. En este caso específico existen una gama de dineros que aunque no son solamente por concepto de recaudo del Sistema de Seguridad Social por su propia naturaleza y destinación específica también hacen parte del Sistema de Seguridad Social en Salud o del mismo Sistema Integral de Seguridad, ésta fue precisamente la omisión en que incurrió el legislador pues limitó que solamente los dineros de recaudos del sistema de seguridad social estarían excluidos de la masa de liquidación de las entidades financieras cuando como ya fue explicado existen una cantidad de dineros que por su propia naturaleza y destinación específica hacen parte también del Sistema de Seguridad Social en Salud y por ende debieron estar excluidos de la masa de liquidación de las entidades financieras en liquidación.

La no exclusión de la masa de todos los dineros que por su naturaleza jurídica pertenecen al Sistema de Seguridad Social ya sea integral o en salud, genera una violación a la Constitución en su artículo 48, ya que en el texto legal se debió excluir de dicha masa de liquidación todos los dineros que pertenezcan al Sistema de Seguridad Social y no limitarlos simplemente a los dineros por concepto de recaudo que es sólo uno de la gran variedad jurídica de dineros que pertenecen al Sistema de Seguridad Social, por lo tanto todos los dineros que pertenezcan al Sistema de Seguridad Social debieron ser incluidos en el texto normativo del artículo 29 del Decreto Ley 663 de 1993 modificado por el artículo 26 de la Ley 550 de 1999 a fin de armonizar el mandato constitucional del artículo 48,

- Que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente. No hay razón suficiente para excluir de la masa de liquidación de las entidades financieras (artículo 29 del Decreto Ley 663 de 1993 modificado por el artículo 26 de la Ley 550 de 1999) sólo los dineros por concepto de recaudos del sistema de seguridad social, y no a todos los dineros que también pertenecen a dicho sistema, el concepto de destinación específica de los dineros del sistema no se aplican a unos dineros y a otros no, sino a todos los dineros que pertenecen al Sistema de Seguridad Social, es decir que al no proteger los dineros del Sistema se está violando la Constitución en su artículo 48 pues no se puede parcializar la protección de la destinación específica de los mismos limitando esa protección sólo a los provenientes de recaudos éste tipo de dineros es solamente una modalidad de los muchos dineros que hacen parte del sistema de seguridad social, por lo que la no protección de todos los dineros de dicho sistema se torna injusta y desproporcionada, y carente de razón.

- Que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma. La desigualdad se presenta al excluir de la masa de liquidación sólo los dineros por concepto de recaudos del sistema de seguridad social y no todos los que hacen parte o pertenecen a dicho sistema, generando una desigualdad negativa que afecta y perjudica la destinación específica que le ha dado la Constitución en su artículo 48 a los dineros del sistema de seguridad social ya sea en la modalidad integral de pensiones y salud o salud solamente, lo cual se refleja directamente en la no satisfacción de los colombianos de las necesidades básicas como lo es el derecho a la salud.

- Que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.

Es función del Estado conforme al artículo 2 de la Constitución garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Nacional, el Congreso al hacer parte del Estado y a través de las normas que dicta tiene la función de salvaguardar la Constitución, por lo que sus Leyes deben ser el desarrollo de los principios constitucionales, así las cosas si el artículo 48 de la Constitución prohíbe destinar los recursos del sistema de seguridad social para fines diferentes para los cuales fueron destinados las normas que expida el legislador deben desarrollar en su integridad ese artículo y no de forma parcial como lo hizo el artículo 29 del Decreto Ley 663 de 1993 modificado por el artículo 26 de la

Ley 550 de 1999.

Es un deber específico del legislador como integrante del Estado hacer las Leyes y a través de ellas desarrollar los principios de la Constitución Nacional.

En todo caso la norma como fue expedida no desarrolla el principio constitucional del artículo 48 de la C.N, que es garantizar la destinación específica de los dineros de la Seguridad Social y por el contrario lo contradice, pues estos dineros no se podrán destinar ni utilizar para fines diferentes para los cuales fueron destinados. Así las cosas es claro que el legislador omitió hacer referencia a que todos los dineros de la seguridad social debían estar excluidos de la masa de liquidación de las entidades financieras y no solamente los que provienen del recaudo. Ahora si la Corte considera que el argumento de derecho no es la inconstitucionalidad por omisión debe dar prevalencia al derecho sustancial en el entendido que la norma objeto de la presente es contraria al artículo 48 de la C.N., pues hace una distinción en los bienes de la seguridad social que no hacen parte de la masa de liquidación de las entidades financieras incluyendo unos y otros, lo cual contradice abiertamente la destinación específica de todos los recursos del Sistema de Seguridad Social manejados por las instituciones que hacen parte de dicho sistema que es lo pretendido con ésta demanda.

La confrontación de la norma demandada con el artículo 48 de la C.N. determina que no se pueden hacer distinciones frente a los recursos del Sistema de Seguridad Social que deben estar excluidos de la masa de liquidación de las entidades financieras distinción que viola el rango constitucional ya sea por omisión o por acción pues tal distinción se torna injusta y sobre todo perjudicial para el funcionamiento del Sistema de Seguridad Social, es decir que todos los dineros del Sistema de Seguridad Social deben estar excluidos de la liquidación de las entidades financieras, correspondiéndole al legislador decir cuáles con los bienes que hacen parte del Sistema de Seguridad Social y no la Corte Constitucional, pero sobre todo no le corresponde excluir unos bienes y otros no pues la Constitución fue clara al consagrar la prohibición de utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a los que fueron asignados, sin que hubiera hecho distinción alguna debiendo el legislador proteger en su generalidad todos los recursos de la seguridad social.

Existen una gran gama de dineros que hacen parte del Sistema de Seguridad Social diferentes a los de recaudo de que trata la norma objeto de la presente demanda,

destacando los dineros que deban reconocer las aseguradoras a una EPS por concepto de servicios de salud que deben pagar las EPS o IPS de sus afiliados que padecen enfermedades de alto costo como consecuencia del contrato de reaseguro (realmente es de seguro) a que están obligadas las EPS a celebrar conforme a lo ordenado por el artículo 162 parágrafo 4 de la Ley 100 de 1993.

El pago de esas pólizas no pertenece a la EPS ni hace parte del patrimonio de la EPS, sino por el contrario pertenecen al Sistema de Seguridad Social en Salud, dineros que por su naturaleza y origen de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Nacional tienen una finalidad específica y no se podrán destinar ni utilizar a fines diferentes que al pago de las instituciones de la Seguridad Social.”.

2 Cabe precisar que en la conclusión del concepto rendido el texto de la propuesta de condicionamiento señala lo siguiente: “como tampoco podrán (sic) contabilizarse en cuentas de orden”. La Corte constata sin embargo que se trata de un error y que el sentido del concepto en los aparte que preceden dicha conclusión es bien el de señalar que dichos recursos se contabilicen en cuentas de orden.

3 ARTÍCULO 48.- 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.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la Ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La Ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

4 Así por ejemplo en la Sentencia C-577/97 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte señaló:

“La cotización para la seguridad social en salud es fruto de la soberanía fiscal del Estado. Se cobra de manera obligatoria a un grupo determinado de personas, cuyos intereses o necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados. Los recursos que se captan a través de esta cotización no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, pues tienen una especial afectación, y pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado. La tarifa de la contribución no se fija como una contraprestación equivalente al servicio que recibe el afiliado, sino como una forma de financiar colectiva y globalmente el sistema Nacional de seguridad social en salud.

“Las características de la cotización permiten afirmar que no se trata de un impuesto, dado que se impone a un grupo definido de personas para financiar un servicio público determinado. Se trata de un tributo con destinación específica, cuyos ingresos, por lo tanto, no entran a engrosar el Presupuesto Nacional. La cotización del sistema de salud tampoco es una tasa, como quiera que se trata de un tributo obligatorio y, de otra parte, no genera una contrapartida directa y equivalente por parte del Estado, pues su objetivo es el de asegurar la financiación de los entes públicos o privados encargados de prestar el servicio de salud a sus afiliados.

“Según las características de la cotización en seguridad social, se trata de una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto, constituye un gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece de una contraprestación equivalente al monto de la tarifa. Los recursos provenientes de la cotización de seguridad social no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, ya que se destinan a financiar el sistema general de seguridad social en salud”.

También en la Sentencia T-569/99 M.P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte tuvo oportunidad de reiterar los fundamentos de principio que le reconoce a los recursos de la seguridad social la condición de parafiscales, al afirmar:

“La Corte Constitucional ha reiterado que las contribuciones de los afiliados al sistema general de seguridad social colombiano, son aportes parafiscales y, por tanto, recursos con la

destinación específica de usarse en la prestación de servicios o entrega de bienes a los aportantes4.” (T-569/99).

En idéntico sentido en la Sentencia C-542/98 M.P. Hernando Herrera Vergara, al declararse exequible el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, mediante el cual se sujeta a los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social al pago de las cuotas moderadas, copagos, deducibles y pagos compartidos, , la Corte había definido su naturaleza de contribuciones parafiscales al indicar:

En cuanto se refiere al inciso 3o. del artículo 187 demandado, cabe advertir que los recursos que allí se tratan, tienen el carácter de parafiscales y siempre deben ser destinados al servicio, por cuanto son contribuciones ordenadas por la Ley, no en forma voluntaria, sino con la finalidad de financiar el Plan Obligatorio de Salud (POS), para atender los costos que demande el servicio, sin que puedan entrar a participar íntegramente a Fondos Comunes.

Por ello, en tratándose de recursos parafiscales, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud puede destinar parte de ellos a la subcuenta de promoción de la salud del Fondo de Solidaridad y Garantía, a fin de que las Entidades Promotoras de Salud puedan atender los costos que se ocasionen con la prestación del servicio.

Y en la parte resolutive del mencionado fallo, la Corporación le reconoció fuerza vinculante al carácter parafiscal de los recursos que nutren el Sistema de Seguridad Social, al disponer:

“Segundo.- Los recursos provenientes de los pagos moderadores a que se refiere el inciso 3o. del artículo 187 de la Ley 100 de 1.993, declarado exequible en el numeral anterior, se entiende que son recursos parafiscales, en los términos de esta sentencia.” (C-542/98)

Ver en el mismo sentido la Sentencia C-1707/00 M.P. Cristina Pardo Schlesinger .

5 “(B)ajo el imperio de la Carta de 1991, no cabe duda acerca de 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.

Merced a sus especiales características, los aportes efectuados por las empresas civiles de aviación a Caxdac, en los términos de la normatividad a la que se ha hecho referencia, son ubicables dentro de esta categoría de las contribuciones parafiscales que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte se encuentra a mitad de camino entre las tasas y los impuestos, por cuanto siendo el fruto de la soberanía fiscal del Estado son obligatorias y se imponen a un grupo, gremio o colectividad que, con los recursos recaudados, satisface sus necesidades e intereses. Sentencia C-179 /97 M.P. Fabio Morón Díaz

6 Ver al respecto, entre otras las sentencias C-086/02 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y C-789 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil

7 Sentencia C-152/97, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

8 Sentencia SU 480/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

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

11 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

12 Sentencia T-696/00 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

13 Sentencia SU-508/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra .

14 Ver la Sentencia C-185/02 M.P. Rodrigo Escobar Gil

15 Ver la Sentencia C- 041/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

16 Al respecto en la Sentencia C-543 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz, dijo la Corte: “La acción pública de inconstitucionalidad –dice la Corte- si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales (...). Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta”. Ver en el mismo sentido entre otras las sentencias C-073 de 1996 M.P. Jose Gregorio Hernández

Galindo, C-540 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara y C- 041de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

17 C- 041/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

18 C-185/02 M.P. Rodrigo Escobar Gil

19 Ver la Sentencia C-185/02 M.P. Rodrigo Escobar Gil. En el mismo sentido ver, entre otras, las Sentencias C-543/96 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-427/00 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-1549/00 M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano, .

20 Cft. Las Sentencias C-543/96 y C-1549/2001.

21 Ver Sentencia C-185/02 M.P. Rodrigo Escobar Gil

22 Sentencia C-543 de 1996

23 Sentencia C-041/02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en el mismo sentido ver la sentencia C-185/02 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

24 Modificado por el artículo 25 de la Ley 510 de 1999 que establece: "ARTICULO 25. El artículo 300 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, quedará así:

1. En caso de liquidación, los créditos serán pagados siguiendo las reglas de prelación previstas por la Ley. En todo caso, si el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras paga el seguro de depósito o una garantía, el mismo tendrá derecho a obtener el pago de las sumas que haya cancelado, en las mismas condiciones que los depositantes o ahorradores.

2. Las sumas que correspondan a pasivos no reclamados oportunamente por los acreedores o los accionistas durante el proceso de liquidación, según sea el caso, se entregarán al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras con destino a la reserva correspondiente, de conformidad con el artículo 318 de este Estatuto.

3. Una vez cancelado todo el pasivo externo o vencido el plazo para reclamar su pago y en este caso, entregadas las sumas correspondientes al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, los accionistas podrán designar el liquidador que deba continuar el proceso. A partir de dicho momento, a la liquidación se aplicarán en lo pertinente las reglas del Código

de Comercio y sus disposiciones complementarias.

4. La liquidación podrá reabrirse cuando con posterioridad a la declaración de terminación de la existencia legal de una persona jurídica se tenga conocimiento de la existencia de bienes o derechos de propiedad de tal entidad, o de situaciones jurídicas no definidas. En este caso la reapertura se realizará por el término que señale el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y tendrá por objeto exclusivo liquidar dichos activos o definir tales situaciones jurídicas.

5. Las sumas que se deban por el asegurador objeto de liquidación por concepto de pagos de siniestros serán canceladas como créditos de primera clase después de los créditos fiscales.

Sin perjuicio de lo dispuesto por este estatuto para las sumas pagadas por concepto de seguro de depósito, las obligaciones en favor del Banco de la República, por concepto de cupos de liquidez u otras operaciones, del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas, gozarán del derecho a ser cubiertas con sumas excluidas de la masa de la liquidación de instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

Las sumas recibidas por la cancelación de créditos redescontados, antes o después de la intervención, incluyendo las que se reciban al hacer efectivas las garantías correspondientes, estarán excluidas de la masa de la liquidación y con las mismas se pagarán las obligaciones derivadas de las respectivas operaciones de redescuento con el Banco de la República, cuando éste intermedie líneas de crédito externo, Finagro, Bancoldex, Findeter, el Instituto de Fomento Industrial y la Financiera Energética Nacional, siempre y cuando dichas entidades hayan presentado la correspondiente reclamación en la liquidación. El saldo insoluto de estos créditos constituirá una obligación a cargo de la masa de la liquidación y estará sujeto a las prelaciones establecidas en la Ley. Lo anterior sin perjuicio de que la entidad de redescuento en su carácter de titular del crédito pueda obtener directamente el pago o una dación en pago.

6. Los bienes excluidos de la masa de liquidación que se encuentren debidamente identificados se restituirán a quienes tengan derecho a ellos en la oportunidad prevista en el reglamento. Las sumas recibidas por razón del pago de créditos redescontados se cancelarán

a la entidad de redescuento. Las otras personas que de acuerdo con la Ley tengan derecho a ser pagadas con bienes excluidos de la masa, pero que no tengan derechos sobre un bien determinado, recibirán el pago de sus créditos a prorrata sobre los bienes restantes”.

25 Cabe anotar que a su vez el numeral 5 del artículo 300 del Decreto 663 de 1993 modificado por el artículo 25 de la Ley 510 de 1999 señala que “ Las sumas que se deban por el asegurador objeto de liquidación por concepto de pagos de siniestros serán canceladas como créditos de primera clase después de los créditos fiscales (...)..

## 26 TÍTULO XVII

De los contratos bancarios

### CAPÍTULO I

Cuenta corriente bancaria

ART. 1382.—Por el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero, y cheques en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcialmente, de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco.

Todo depósito constituido a la vista se entenderá entregado en cuenta corriente bancaria, salvo convenio en contrario

(...)

### CAPÍTULO II

Depósito a término

#### DEFINICIÓN Y PLAZO PRESUNTO

[§ 6612] ART. 1393.—Se denominan depósitos a término aquellos en que se haya estipulado, en favor del banco, un preaviso o un término para exigir su restitución.

Cuando se haya constituido el depósito a término o con preaviso, pero se haya omitido

indicar el plazo del vencimiento o del preaviso, se entenderá que no será exigible antes de treinta días.

(...)

### CAPÍTULO III

Depósito de ahorro

#### MANEJO POR DOCUMENTO IDÓNEO

ART. 1396.—Los depósitos recibidos en cuenta de ahorros estarán representados en un documento idóneo para reflejar fielmente el movimiento de la cuenta.

Los registros hechos en el documento por el banco, serán plena prueba de su movimiento.

27 Ver al respecto entre otras las sentencias C-320/97 C-204/01 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C- 173/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis

28 Decreto 663 de 1993 Artículo 2º. ESTABLECIMIENTOS DE CREDITO. Modificado por el artículo 54 de la Ley 454 de 1998. Los establecimientos de crédito comprenden las siguientes clases de instituciones financieras: establecimientos bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial y cooperativas financieras.

Se consideran establecimientos de crédito 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 a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito. (...)

29 Además de la remisión hecha al artículo 1154 del Código de Comercio cabe recordar el literal g del mismo artículo Adicionado por el artículo 26 de la Ley 510 de 1999. que señala dentro de los bienes excluidos de la masa de liquidación “Las primas recibidas pero no devengadas por la aseguradora objeto de la medida”.

30 Artículo 117 modificado por el artículo 23. de la Ley 510 de 1999

## Liquidación como consecuencia de la toma de posesión

1. La decisión de liquidar la entidad implicará, además de los efectos propios de la toma de posesión, los siguientes:

a) La disolución de la entidad;

b) La exigibilidad de todas las obligaciones a plazo a cargo de la intervenida, sean comerciales o civiles, estén o no caucionadas, lo anterior sin perjuicio de lo que dispongan las normas que regulen las operaciones de futuros, opciones y otros derivados;

d) La terminación automática al vencimiento de un plazo de dos (2) meses siguientes a la ejecutoria del acto administrativo, de los contratos de seguros vigentes, cualquiera que sea su clase, celebrados por una entidad aseguradora respecto de la cual la Superintendencia Bancaria disponga la liquidación. La Superintendencia Bancaria podrá ampliar este plazo hasta en seis meses en el caso de seguros de cumplimiento y de vida. En el acto administrativo que ordene la liquidación de una entidad aseguradora se advertirá la consecuencia de la terminación automática antes mencionada. Lo anterior salvo que la entidad objeto de la toma de posesión ceda los contratos correspondientes, lo cual deberá hacerse en todo caso cuando se trate de contratos de seguros que otorguen las coberturas de la seguridad social previstas en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto-Ley 1295 de 1994 y los de seguros obligatorios de accidentes de tránsito. Para este efecto se tendrán en cuenta las reservas matemáticas correspondientes que constituyen ahorro previsional del asegurado y si es del caso los derechos derivados de la garantía de la Nación, de conformidad con la Ley 100 de 1993;

e) Los derechos laborales de los trabajadores gozarán de la correspondiente protección legal, en los procesos de liquidación.

2. Término de vigencia de la medida. La toma de posesión de la entidad se conservará hasta cuando se declare terminada su existencia legal, salvo cuando se realice la entrega al liquidador designado en asamblea de accionistas.

Cuando se disponga la liquidación, la misma no podrá prolongarse por más de cuatro (4) años desde su inicio. Lo anterior sin perjuicio de que el Gobierno lo pueda prorrogar por

resolución ejecutiva por un término mayor en razón del tamaño de la entidad y las condiciones de la liquidación. (subrayas fuera de texto).

31 A ello cabe agregar que como se desprende de las consideraciones preliminares de esta sentencia dichos recursos por no tener el carácter de recursos parafiscales, no son objeto de la protección específica a que alude el artículo 48 superior. La jurisprudencia ha explicado en efecto que las indemnizaciones por siniestros en el caso de enfermedades de alto costo responden a un contrato de reaseguro que se rige por las normas del Código de Comercio y del estatuto financiero y que las compañías reaseguradoras en estas circunstancias no administran recursos parafiscales sino que deben cumplir los contratos suscritos en la forma como hayan sido pactados. Por lo que aun en el caso de poder examinarse es claro que la omisión legislativa invocada respecto de ellos no podría configurarse.

32 Ver la Sentencia C-041/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Donde se señala que “no resultan atendibles los cargos que... se dirigen a atacar normas de las cuales no emerge el precepto que el demandante echa de menos”.

33 Téngase en cuenta que el juez constitucional está llamado a declarar la inexecutable por omisión solo cuando la “norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; c) que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente; d) que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma y; e) que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador.” Sentencia C-427 de 2000 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

34 Ver las Sentencias SU-480 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-696/00 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-1487/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-1466/00 y T-1679/00 M.P. Fabio Morón Díaz, SU 508/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.