

Sentencia T-018-09

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Reiteración de jurisprudencia/ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA-Medidas que puede adoptar en relación con las entidades financieras sujetas a su control y vigilancia/SUPERINTENDENCIA FINANCIERA-Puede tomar posesión de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada

DISCRECIONALIDAD-No se puede confundir con lo arbitrario ni con la ausencia de motivos para proferir decisión

DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA-No la exonera de motivar sus decisiones

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA-Motivación del acto

ACTO ADMINISTRATIVO-Deber de motivación

ACTO ADMINISTRATIVO-Excepción al deber de motivación debe estar establecida en la ley para preservar el principio de legalidad

VIA DE HECHO POR DEFECTO FACTICO-Inexistencia por cuanto el concepto del Consejo Asesor para la posesión del banco Selfín estuvo debidamente otorgado

Esta Sala de Revisión considera que la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en este caso no incurrió en un defecto fáctico al momento de darle la categoría de concepto previo al aparte del Acta N° 128 de 31 de mayo de 1999 del Consejo Asesor. Al respecto nótese que el concepto del Consejo Asesor para el caso de la toma de posesión del Banco Selfín fue efectivamente otorgado (Acta N° 128 de 1999) y éste obedeció a las condiciones de modo, tiempo y lugar que se presentaban. Por lo expuesto, esta Sala reitera que en la sentencia objeto de censura no se incurrió en vía de hecho alguna, comoquiera que la valoración probatoria no es ajena a la realidad, no la tergiversa, pues efectivamente existió un concepto del consejo asesor que recomendó la toma de posesión del banco si, de acuerdo con la evolución de los hechos, resultaba

necesaria.

MOTIVACION DE ACTO ADMINISTRATIVO-La Superintendencia Bancaria expresó el fundamento fáctico que la llevó a la decisión de tomar posesión de los bienes, haberes y negocios del Banco Selfín con fines de liquidación

Al respecto, esta Sala considera que en el presente caso no se configuró una violación al postulado de que por regla general las decisiones administrativas deben motivarse al menos sumariamente, so pena de carecer de validez, toda vez que en la Resolución No. 1100 de 16 de julio de 1999 la entonces Superintendencia Bancaria expresó el fundamento fáctico que la llevó a la decisión de tomar posesión de los bienes, haberes y negocios del Banco Selfín con el objeto de liquidarlo. Así, se ha de ver que en el mencionado acto administrativo la Superintendencia señaló los “antecedentes sobre el deterioro y debilitamiento del Banco”, el “instituto de salvamento adoptado”, esto es, la orden de capitalización, y la “configuración y demostración de las causales de toma de posesión”, elementos que permitían el ejercicio del derecho a la defensa de los hoy accionantes, y concretamente indicó el riesgo de liquidez del Banco y la afectación de su estructura financiera

Referencia: expediente T-1.693.077

Acción de tutela del señor Luis Salomón Helo Kattah y otros contra la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil nueve (2009).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ y JAIME ARAÚJO RENTERÍA en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial las que le confiere el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos proferidos por las Secciones Quinta y Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, los días 19 de abril y 28 de junio de 2007, respectivamente, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Luis S. Helo Kattah, en su nombre propio y en representación de las personas naturales y jurídicas Sarmiento Angulo y Co., Sarmiento Useche y Co., Ferretería Reina S.A., Intuval S.A., Marson S.A., Torres Bernal e hijos S. en C., Lisímaco Reina y Co., Perdomo Zárate y Co. S. en C., Inversora Ritobe E.U., Lúgia Lozano de Sarmiento, María Cristina Sarmiento Lozano, Clara Inés Sarmiento de Helo, Guillermo Sarmiento Angulo, René Salazar Montoya, Miguel Gonzalo Montes Swanson, Ernesto Saldarriaga Piedrahita, Edgar Jorge Ramírez Gnecco, Consuelo Cabal de Ramírez, Edmundo Galvis Aljuri, José Miguel Terreros Ospina, Juan Pablo Useche Ponce de León, Sergio Ocampo Cabal, Julio Enrique Ocampo Villegas, Juan Mario Ocampo Cabal, Andrés Ocampo Cabal, Adriana Ocampo Cabal, María Lucía Holguín de Valenzuela, Fidel Hernando Monroy Valencia, Consuelo Bermúdez de Bernal, Guillermo Antonio Torres Bernal, Ángela Acosta de Salazar, Eduardo Villate Bonilla, María Eugenia Sánchez Ferre, María Liliana Sarmiento Useche, Guillermo Sarmiento Useche, Guillermo Sarmiento Lozano y Giuseppe Fasanelli Beggio, contra la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

I. ANTECEDENTES.

El señor Luis Salomón Helo Kattah y otros, interpusieron acción de tutela contra la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por considerar que dicha autoridad judicial vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa al incurrir en “defecto fáctico” al proferir la sentencia de septiembre 11 de 2006, en la que se negaron las pretensiones en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, promovido por Sarmiento Lozano Cia. y otros, contra la resolución 1100 de julio 16 de 1999, expedida por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, mediante la cual tomó posesión de los negocios, bienes y haberes del Banco Selfin S.A. con el fin de liquidarlo. Para fundamentar su petición expusieron los siguientes

1. Hechos.

Señalan que los artículos 114 y 115 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

establecen como requisito previo a la medida de toma de posesión de una entidad vigilada, con la finalidad de liquidarla o administrarla, por parte de la Superintendencia Bancaria, el concepto previo del Consejo Asesor, en concordancia con el artículo 334 del mismo Estatuto, sustituido por el artículo 10 del decreto 2359 de 1993 (vigente en la época de los hechos), que señalaba que el Superintendente Bancario con anterioridad a tomar la decisión de liquidar una entidad vigilada, debía convocar obligatoriamente a su Consejo Asesor y oír su concepto, obligación última que permaneció vigente con el literal c) del artículo 2° del decreto 422 de 2006.

Afirman que a pesar de la obligación referida, la Superintendencia Bancaria adoptó, mediante la resolución N° 1100 de julio 16 de 1999, la medida de toma de posesión de bienes, haberes y negocios del Banco Selfin S.A., sin haber obtenido el concepto previo del Consejo Asesor. Al respecto señalan:

“En el caso en estudio, el Consejo Asesor no rindió el indispensable concepto previo a la toma de posesión para la liquidación del Banco Selfín que exige la ley, sencillamente porque el Superintendente Bancario no se lo solicitó, ni le dio la oportunidad de hacerlo, pese a que en la parte motiva de la Resolución N° 1100 del 16 de julio de 1999 la Superintendencia Bancaria menciona en forma genérica, vaga, imprecisa y, en todo caso, contraria a la realidad, el hecho de haber oído el concepto del Consejo Asesor.

Ni siquiera el Superintendente Bancario informó al Consejo Asesor sobre la ocurrencia de las causales que a su juicio se habían presentado para adoptar la medida de toma de posesión para liquidar, como ha debido hacerlo, ni mucho menos lo informó sobre la situación del Banco Selfín al 16 de julio de 1999, fecha de la medida de toma de posesión para liquidar, que era muy distinta a la situación del 31 de mayo de 1999...”.

Comentan que para adoptar la referida resolución, la Superintendencia invocó las causales establecidas en los literales a) y e) del artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sin embargo, no expresó por qué la medida de posesión se tomó con la finalidad de liquidar el Banco Selfin S.A. y no de administrarlo.

Manifiestan que el 31 de mayo de 1999, el Consejo Asesor tuvo conocimiento de la orden de capitalización N° 1999032525-0 que pesaba sobre el Banco por la suma de \$16.000 millones, informando que entre esa fecha y el 16 de julio del mismo año (día en

que se dispuso la toma de posesión), ocurrieron hechos relevantes que modificaron la situación de la entidad bancaria, los cuales “el Consejo Asesor ha debido conocer para rendir el concepto previo”, destacando los siguientes:

* El 10 de junio de 1999, mediante Acta N° 15 y Escritura Pública N° 2368 del día 21 del mismo mes y año, la Asamblea General de Accionistas del Banco afectado decidió aumentar el capital autorizado de \$25.000.000.000 a \$45.000.000.000, en cumplimiento del Oficio N° 199990322525-0 de mayo 25 de 1999.

* El 15 de junio de 1999 el Superintendente Bancario y el Banco Selfín suscribieron el Plan de Ajuste para el restablecimiento de la relación de solvencia vigente hasta el 31 de diciembre de 1999, se concertó que la capitalización debía perfeccionarse antes del 09 de julio del mismo año y que, en caso de no ser posible dentro de dicho plazo, podía efectuarse con los recursos de la línea de crédito prevista en la resolución N° 004 de 1999 de Fogafín. Prueba de ello son el oficio de la Superintendencia Bancaria y las cartas del Banco PF-032-99 y de Fogafín del 15, 8 y 18 de junio de 1999, respectivamente, que acreditan que se firmó dicho Plan de Ajuste y que se estaba adelantando ante Fogafín la capitalización de los recursos.

* El 08 de julio de 1999 el Banco Selfín mediante carta radicada con el N° 1999032525-12 le solicitó a la Superintendencia Bancaria ampliar el plazo para capitalizar y que el 09 de julio del mismo año el Superintendente mediante Oficio radicado con el N° 1999032525-14, concedió la solicitud hasta el día 30 de julio de 1999.

Sostienen que el Consejo Asesor no estuvo al corriente de las anteriores gestiones, por lo que no conoció la nueva situación del Banco y en consecuencia no logró dar su concepto previo sobre la toma de posesión, el cual pudo haber sido diferente dadas las circunstancias referidas. Agregan que la Superintendencia tampoco le informó al Consejo sobre las acciones emprendidas por el Banco antes del 31 de mayo de 1999.

Dicen que instaurada la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la mencionada resolución, la Sección Primera Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las pretensiones mediante sentencia de septiembre 05 de 2002. Apelada la anterior decisión, la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia de septiembre 11 de 2006, con ponencia de la Consejera Ligia López Díaz y salvamentos de voto de los Consejeros Juan Ángel Palacio Hincapié y Héctor J. Romero Díaz, confirmó el fallo. Agrega que esta última decisión fue adoptada con la concurrencia de un conjuer, dado el empate presentado respecto a la ponencia inicial del Consejero Palacio Hincapié, en la que se advirtió la expedición irregular de la resolución y se proponía revocar la sentencia de instancia.

Exponen que la providencia de segunda instancia consideró que el requisito referente al concepto previo del Consejo Asesor para la toma de la decisión de liquidar la entidad, se cumplió con el documento SB-023 de mayo 31 de 1999 de la Superintendencia Bancaria y con la recomendación general contenida en el acta N° 128 de mayo 31 de 1999 del Consejo Asesor, a pesar de que éste no fue convocado por el Superintendente, no conoció las causales de toma de posesión invocadas (que de acuerdo con la sentencia son aquellas expuestas en el oficio N° 19999032525-0 de mayo de 1999 por medio del cual la Superintendencia ordenó la capitalización del banco), ni pudo tener en cuenta hechos relevantes acaecidos con posterioridad, en orden a establecer la situación del Banco, principalmente el Plan de Ajuste de junio 15 de 1999, suscrito entre el Superintendente Bancario y el Banco para el restablecimiento de la relación de solvencia y las medidas adoptadas por el Banco para cumplir dicho Plan, en cumplimiento de todas las instrucciones y condiciones señaladas por la Superintendencia. Agrega:

“Tampoco es suficiente que el concepto sea previo a la ocurrencia de los hechos, sin considerar las circunstancias fácticas del momento en que se presenta la causal que habilita la adopción de la medida, como lo pretende la sentencia impugnada. Es necesario que se presente la causal, como lo exige el artículo 114 del E.O.S.F., para que el Consejo Asesor, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas de ese momento, pueda darle al Superintendente Bancario su concepto sobre la medida de toma de posesión y sobre si se disponía o no a su liquidación, según las voces del artículo 334 ibídem.

Si el Consejo Asesor hubiese tenido la oportunidad de rendir su concepto previo es

probable que hubiese optado por recomendar en ese momento la medida de toma de posesión para administrar, teniendo en cuenta los hechos relevantes acaecidos con posterioridad al 31 de mayo de 1999 y la circunstancia especial de que se encontraba en trámite el proceso de capitalización del Banco, cuyo plazo vencía el 30 de julio de 1999, con lo cual se habría preservado el principio de conservación y permanencia de la empresa, en beneficio de la misma, de sus accionistas y del público ahorrador.

Sin embargo, como antes se anotó, en este caso el concepto previo del Consejo Asesor exigido por la ley para la procedencia de la medida de toma de posesión para liquidación, no lo obtuvo el Superintendente Bancario, ni lo solicitó”.

Estiman en consecuencia, que la Sección Cuarta del Consejo de Estado no tuvo en cuenta la realidad ni el acervo probatorio, por lo cual se configuró la causal de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales denominada “defecto fáctico”, motivo por el cual dicen se les vulneró su derecho fundamental al debido proceso. Asimismo, que en la sentencia controvertida se desestimó la necesidad de exponer por qué la decisión administrativa de toma de posesión del banco se hizo con fines de liquidación y no de administración, desconociéndose su derecho a la defensa.

Finalmente, solicitan que se amparen los derechos invocados, y se ordene a la Sección Cuarta del Consejo de Estado que “revoque la sentencia del 11 de septiembre de 2006, proferida en el proceso radicado con el N° 2500023240000 1999 00849 01 (13694), y en un plazo máximo de 48 horas siguientes a la notificación del fallo dicte nueva sentencia por medio de la cual se declare la nulidad de la Resolución N° 1100 del 16 de julio de 1999 de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia) y el correspondiente restablecimiento del derecho”.

1. Trámite Procesal.

Correspondió conocer de la acción de tutela a la Sección Quinta del Consejo de Estado, la cual mediante auto de febrero 20 de 2007, admitió la demanda (salvo en relación con las personas jurídicas liquidadas)¹ y ordenó correr traslado, por el término de tres días, a la autoridad judicial accionada, así como a la Superintendencia Financiera de Colombia

“por haber sido la parte demandada dentro del proceso que dio origen a la sentencia censurada”.

Por su parte, el Despacho de la Magistrada Sustanciadora, mediante Auto de agosto 13 de 20082, ordenó poner en conocimiento de la acción de tutela a la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, “a efectos de garantizar su derecho de defensa dentro de la acción de tutela que indirectamente puede comprometerla o afectarla”, al estimar que “si bien la acción de tutela se dirige contra la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso del señor Luis Salomón Helo Kattah y otros”, dicho Tribunal “al haber conocido en primera instancia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que dio lugar al pronunciamiento en segunda instancia de la providencia controvertida, podría ser objeto de una orden impartida por esta Corporación o verse afectada por la decisión que finalmente se adopte por la Corte Constitucional en sede de revisión”.

2.1. Respuesta de la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

La Honorable Consejera de Estado Dra. Ligia López Díaz, obrando en calidad de ponente de la sentencia controvertida en esta oportunidad, mediante memorial de febrero 22 de 20073, solicitó que la tutela fuera rechazada.

Sostuvo que la acción de tutela no es procedente contra sentencias judiciales de acuerdo con las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente; la inexecutableidad declarada en la sentencia C-543 de 1992 de las disposiciones del decreto 2591 de 1991 que contemplaba dicha posibilidad, sin las cuales no existe fundamento para la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre las causales genéricas de procedibilidad de la acción contra providencias judiciales. Así como la existencia de los principios de cosa juzgada y de autonomía funcional de los jueces; y el carácter residual y subsidiario de la acción, que la hace procedente solamente cuando no existe otro medio de defensa judicial, y que elimina toda posibilidad de considerarla como una instancia más o como un recurso extraordinario.

2.2. Respuesta de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Consideró que el fenómeno de la vía de hecho se configura cuando los fallos son arbitrarios, como lo ha precisado la Corte Constitucional en la sentencia T-772 de 2002, por lo que la decisión de primera instancia, emitida por el Tribunal Administrativo fue correcta porque las pruebas que se allegaron al expediente demuestran la precaria situación patrimonial del Banco Selfín.

Dijo que la situación del Banco condujo a la Superintendencia a expedir la resolución 1100, pues a partir de las visitas que realizó al Banco Selfín desde el año 1998 detectó la debilidad de su estructura financiera y porque en junio de 1999, incurrió en cesación de pagos.

Indicó que el fallo del Tribunal consideró que la toma de posesión del Banco se sustentó en la cesación de pagos consagrada en el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; que el 31 de mayo de 1999 la Superintendencia Bancaria, mediante el documento 023 puso en conocimiento del Consejo Asesor la situación del Banco, antes de proceder a su liquidación y que el Ministro de Hacienda y Crédito Público dio su aprobación a la medida adoptada por la Superintendencia.

Señaló que de acuerdo con las declaraciones que se aportaron al expediente no era procedente aplicar otras de las instituciones de salvamento previstas en el artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, porque la situación financiera del Banco Selfín era delicada.

Aseveró que la Sección Cuarta del Consejo de Estado confirmó la decisión de primera instancia porque reconoció que el acto administrativo estaba ajustado a derecho. Agrega que las sentencias hicieron tránsito a cosa juzgada y, por lo tanto, no es posible revivir el asunto mediante la acción de tutela, más aún cuando no se configura una vía de hecho.

2.3. Respuesta de la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

El Magistrado Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio, actuando en nombre de la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante memorial de agosto 19 de 20084, respondió a la demanda de tutela de la referencia, solicitando

fuera declarada improcedente.

Informó que el proceso contencioso administrativo a que alude la acción de tutela fue conocido por dicha Sección en primera instancia, donde se profirió sentencia el día 05 de septiembre de 2002, la cual fue apelada y confirmada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

Adujo que el Tribunal “no desconoció derecho fundamental alguno al peticionario de la tutela, pues en atención a las previsiones legales aplicables al caso, concedió el recurso pertinente el cual se constituía en ese momento en el mecanismo de defensa judicial que le garantizaba que la decisión adoptada fuera conocida por el superior funcional, esto es en garantía del principio de doble instancia que materializa los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa que se señalan como transgredidos”.

Afirmó que durante el trámite adelantado por dicha Corporación no se adoptó una decisión “grosera, burda, caprichosa o arbitraria”, ni se desbordó la discrecionalidad interpretativa en perjuicio de los derechos fundamentales, ni se incurrió en algún defecto sustantivo, orgánico, procedimental o fáctico, como tampoco se indujo en error a la Sala de decisión, no había precedente jurisprudencial aplicable, no se violó de manera directa la Constitución y la providencia estaba debidamente motivada.

Finalmente, aseveró que “la decisión que en este asunto se ataca por presunto defecto fáctico es la proferida por el órgano de cierre de esta jurisdicción, es decir que en el evento de concederse el amparo será esa Corporación la llamada a modificar su providencia y este Tribunal le corresponderá en consecuencia obedecer y cumplir lo que allí se decida”.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISION.

1. Decisión de primera instancia.

La Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante sentencia de abril 19 de 2007, decidió rechazar la acción de tutela por improcedente, en consideración a que según el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 y la sentencia C-543 de 1992 de la Corte

Constitucional, las decisiones contenidas en providencias judiciales no son susceptibles de controvertirse mediante la acción de tutela porque desvirtuaría los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica y autonomía judicial. Al respecto agregó:

Inconformes con esta decisión, los accionantes la impugnan. Luego de reiterar los argumentos de la demanda, manifiestan que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha admitido que la acción de tutela contra providencias judiciales procede de manera excepcional cuando se configura vía de hecho, bien sea por defecto sustantivo, procedimental, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente judicial o violación directa de la Constitución.

2. Decisión de segunda instancia.

La Sección Primera del Consejo de Estado, a través de la sentencia de junio 28 de 2007, decidió confirmar la sentencia de primera instancia. Además de compartir las apreciaciones del juez de primera instancia, señaló que dicha Sección en sentencia AC-00308 de julio 09 de 2004, precisó que la tesis de la improcedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales tiene por finalidad la salvaguarda del principio de la seguridad jurídica. Agregó que en esa misma oportunidad también se aclaró que dicho principio no constituye un valor absoluto, de manera que no pueden desconocerse otros valores de similar importancia en un Estado Social de Derecho como la paz, la convivencia pacífica o la existencia de un orden social justo so pretexto de la protección del principio de la seguridad jurídica.

III. PRUEBAS.

1. Pruebas relevantes aportadas en la demanda.

* Copia de la sentencia de septiembre 11 de 2006, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, con la constancia de ejecutoria (folios 97 a 144).

* Copia de los salvamentos de voto de los Consejeros de Estado Juan Ángel Palacio

Hincapié y Héctor Januario Romero Díaz a la sentencia de septiembre 11 de 2006 (folios 147 a 159 y 162 a 166).

* Copia de la Resolución N° 1100 de julio 16 de 1999 de la Superintendencia Bancaria (folios 169 a 175).

* Copia del documento de la Superintendencia Bancaria N° 1999032525-0 de mayo 25 de 1999, que contiene la orden de capitalización impartida al Banco Selfín (folios 178 a 190).

* Copia del documento SB-23 de mayo 31 de 1999 que contiene el informe que en esa fecha le suministró la Superintendencia Bancaria al Consejo Asesor (folios 193 a 208).

* Copia del extracto del Acta N° 128 de mayo 31 de 1999 - Consejo Asesor de la Superintendencia Bancaria (folios 211 a 213).

* Copia del Acta N° 15 de la Asamblea General de Accionistas del Banco Selfín de junio 10 de 1999, en la que consta la reforma estatutaria consistente en el aumento del capital autorizado del Banco a la suma de \$45.000.000.000 (folios 216 y 217).

* Copia de la Escritura Pública N° 2368 de junio 21 de 1999 de la Notaría 42 del Circulo de Bogotá, por la cual se solemnizó la anterior reforma (folios 220 a 227).

* Copia del Plan de Ajustes celebrado el 15 de junio de 1999 entre el Superintendente

Bancario y el Banco Selfin (folios 230 a 233).

* Copia del Oficio de junio de 1999 de la Superintendencia Bancaria, dirigido al Banco de la República, en el que le informa sobre el Plan de Ajuste celebrado (folio 236).

* Copia de la Carta del Banco Selfin PF-032-99 de junio 08 de 1999, dirigida a Fogafín, en la que ratifica su conformidad con los servicios de auditoría y consultoría para la valoración del Banco a efectos de utilizar la línea de crédito establecida para la capitalización (folio 239).

* Copia de la Carta de Fogafín de junio 18 de 1999, dirigida al Banco Selfin, en la que le informa los nombres de las empresas asesoras para hacer la valoración y la auditoría al Banco (folio 242).

* Copia de la Carta del Banco Selfin de julio 07 de 1999, dirigido a la Superintendencia Bancaria, radicada con el N° 1999011915-17, y Acta N° 16 de la Asamblea General de Accionistas del Banco Selfin en la que consta el informe del Presidente del Banco sobre el avance del proceso de capitalización y de la contratación de las empresas asesoras sugeridas por Fogafín (folios 245 a 271).

* Copia de la Carta del Banco Selfin, radicada en la Superintendencia Bancaria con el N° 1999032525-12 de julio 07 de 1999, en la que solicita el plazo de 15 días para la capitalización del Banco (folio 274).

* Copia del Oficio de la Superintendencia Bancaria de julio 09 de 1999, radicado con el

N° 1999032525-14, dirigido al Banco Selfin, en el que amplía el plazo de la capitalización hasta el 30 de julio de 1999 (folio 277).

* Copia de la carta del Banco Selfin, radicada en la Superintendencia Bancaria con el N° 1999040751-0 el 30 de junio de 1999 con la que remite el Acta N° 01 del Comité de Alto Nivel que se constituyó para el seguimiento del Plan de Ajuste. Igualmente, aparece el Acta N° 01 (folios 280 a 283).

* Copia de la carta del Banco Selfin radicada en la Superintendencia Bancaria con el N° 1999040751-2 de julio 15 de 1999, con la que remite el Acta N° 02 del Comité de Alto Nivel que se constituyó para el seguimiento del Plan de Ajuste. Igualmente, aparece el Acta N° 02 (folios 286 a 289).

* Copia de la carta N° 4234 del Revisor Fiscal del Banco Selfin, radicada en la Superintendencia Bancaria con el N° 1999040883-0 el 01 de julio de 1999, relacionada con el cumplimiento del Plan de Ajuste (folios 292 y 293).

* Copia de la Carta N° 4280 del Revisor Fiscal del Banco Selfin, radicada en la Superintendencia Bancaria con el N° 1999040751-3 el 15 de julio de 1999, relacionada con el cumplimiento del Plan de Ajuste (folios 296 y 297).

* Copia de la carta de Fogafín de abril 16 de 1999, en la que informa al Banco Selfin que a esa fecha se encuentra diseñando una línea de crédito para la capitalización a las entidades financieras y que una vez definidos los requisitos y condiciones de la línea sería informado oportunamente (folio 303).

* Copia de la carta de mayo 21 de 1999 del Banco Selfin, en la que autoriza a la Superintendencia Bancaria para transmitir al Fogafín la información correspondiente al Banco Selfin para efectos de la utilización de la línea de crédito y levanta la reserva bancaria a que haya lugar (folio 306).

* Copia del oficio (sin fecha) de la Superintendencia Bancaria, dirigido a Fogafín con el que remite la información del Banco Selfin de acuerdo con la autorización dada por dicha entidad levantando la reserva sobre la misma, con constancia de recibido el 25 de mayo de 1999 (folio 309).

* Copia de la carta de mayo 27 de 1999 de Fogafín, en la que informa al Banco Selfin el requerimiento preliminar de información para evaluar la situación del Banco Selfin y su filial Leasing Selfin (folios 312 y 313).

* Copia de la carta de mayo 31 de 1999 del Banco Selfin, con la que remite a la Superintendencia Bancaria copia autorizada del acta N° 051 de la Junta Directiva en la que adopta medidas para atender la orden de capitalización impartida el 25 de mayo de 1999 por la Superintendencia Bancaria (folios 316 a 323).

2. Pruebas recaudadas en sede de revisión.

Para mejor proveer, esta Sala de Revisión, mediante auto de noviembre 27 de 2007, solicitó a la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, remitir en calidad de préstamo la totalidad del expediente contentivo de la actuación surtida dentro del trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la Sociedad Sarmiento Lozano y Cia. y otros contra la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Superintendencia Bancaria de Colombia. Asimismo, se dispuso solicitar a la Superintendencia Financiera de Colombia, informara

las acciones que la otrora Superbancaria coordinó con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, con el fin de evitar que el Banco Selfin S.A. incurriera en causal de toma de posesión de sus bienes. A efectos de la práctica de estas pruebas, en el mismo Auto se dispuso la suspensión de términos para fallar el presente asunto.

En cumplimiento del auto anterior, la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante oficio CM 07-1871 de diciembre 04 de 2007, remitió a esta Corporación el expediente original del proceso N° 1999-0849, el cual comprende 14 cuadernos, así:

- 1.- Cuaderno principal A (folios 1 a 670).
- 2.- Cuaderno principal B (folios 671 a 996).
- 3.- Anexos de la demanda que hace parte del cuaderno principal A (160 folios).
- 4.- Carpeta N° 1 Banco Selfin, Balances, Corte de Ejercicio y Asambleas (folios 1 a 316).
- 5.- Carpeta N° 2 Banco Selfin e Informes de Inspección (folios 1 a 256).
- 6.- Carpeta N° 3 Banco Selfin, Asambleas, Planes de Ajuste, Gestión de Activos y Pasivos, Requerimientos de la Superintendencia Bancaria (folios 1 a 293).
- 7.- Carpeta N° 4 Banco Selfin (folios 1 a 53).
- 8.- Tres cuadernos que contienen los Estados Financieros del Banco Selfin, identificados así:
 - a) Carpeta N° 1 Estados Financieros Años 1995 y 1996 (folios 1 a 368).
 - b) Anexo 2 Carpeta N° 2 Estados Financieros años 1997 y 1998 (folios 1 a 298).
 - c) Anexo 2 IPC Nacional, que contiene Estados Financieros desde el mes de marzo de 1998 hasta el mes de junio de 1999 (folios 1 a 493).
- 9.- Anexo Informe Técnico de la Superintendencia Bancaria (folios 1 a 239).
- 10.- Dictamen Pericial (folios 1 a 113).

11.- Cuaderno que contiene la carta de mayo 18 de 2001 del liquidador del Banco Selfin con la correspondencia cruzada entre el Banco Selfin y la Superintendencia Bancaria (folios 1 a 443).

12.- Cuaderno de Apelación identificado así: Cuadernos 13+3=16, que corresponde a la actuación que se surtió en el Consejo de Estado (folios 1 a 257).

Asimismo, señaló que ante el grave deterioro de la situación financiera del Banco Selfin, la Superbancaria adoptó como medida cautelar para tratar de evitar la toma de posesión, el 25 de mayo de 1999, una orden de capitalización por un valor no inferior a los \$16.000.000.000, para cuyo efecto se concedió un plazo hasta el 09 de julio de 1999, prorrogado hasta el 30 de julio del mismo año. Que esta medida de capitalización se orientaba a “enderezar las tendencias de deterioro, prevenir una situación de quebranto patrimonial o causal de disolución, ajustar la relación de capital adecuado o margen de solvencia a los límites del 9% (se había situado en 7.45%, 7.5% y 5.54% durante los meses de marzo, abril y mayo de 1999, haciendo incuestionable la pérdida de viabilidad del negocio) y asegurar su ritmo de desempeño bajo parámetros de crecimiento autosostenido y seguro”.

Indica que el 15 de julio de 1999 el Banco Selfin incurrió en cesación de pagos al no disponer de los recursos necesarios para cumplir con sus obligaciones, toda vez que le fueron devueltos cheques girados por \$2.032.000.000, por lo que se ordenó la toma de posesión inmediata de sus bienes y haberes para liquidar.

Destaca que la toma de posesión se justificó por el elevado nivel de activos improductivos (superior al patrimonio de la entidad), por el riesgo crediticio (deterioro de portafolio de créditos y criterios laxos para otorgamiento de créditos), por las pérdidas recurrentes, por el deterioro del margen de solvencia (por debajo del mínimo legal exigido del 9%), por el riesgo de liquidez (tendencia de caída de depósitos), por el riesgo de tasa de interés y por los riesgos operacionales (dificultades en la estructura tecnológica). En fin, que “la calamitosa situación del Banco Selfin S.A. no se superaba en su momento con medidas de gestión o administración, por lo cual era necesaria la toma de posesión”. Además, “competía a la Superintendencia Bancaria, en procura de proteger y asegurar la confianza pública en el sistema financiero y de proteger los

derechos de los ahorradores y acreedores, una vez tuvo conocimiento sobre la cesación de pagos, disponer la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de la institución vigilada”.

Refiriéndose a la coordinación entre la Superbancaria y el Fogafín, dice que el 25 de mayo de 1999 la Superintendencia envió al Fondo un informe de las cifras financieras más relevantes del Banco para que fueran analizadas a efectos de la decisión a tomar respecto del crédito solicitado por este con el fin de cumplir con la orden de capitalización. Agrega que los accionistas del Banco finalmente no acreditaron los requisitos para acceder a la línea de crédito de Fogafín, incumpliendo entonces con la orden de capitalización e incurriendo en cesación de pagos.

Por último, señala que no existe norma legal que imponga a la Superintendencia “deberes implícitos de coordinación y/o de requerimientos a Fogafín en materia de acciones de salvamento de las instituciones financieras en crisis”, y que las medidas administrativas del supervisor financiero son adoptadas de forma inmediata, “cuando las circunstancias así lo demanden, en aras de asegurar la confianza pública en el sistema financiero y su estabilidad e integridad”.

IV. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y así como por la escogencia del caso por la Sala de Selección Número Nueve de esta Corporación.

La Sala de Selección Número Nueve por auto de 7 de septiembre de 2007 repartió este expediente para su estudio a la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández. Comoquiera que en sesión de esta Sala Novena de Revisión celebrada el 23 de enero del año en curso, la ponencia presentada por la mencionada Magistrada para fallar este proceso fue improbadada por los otros miembros de la Sala, de conformidad con el numeral 9 del artículo 34 del Reglamento Interno de esta Corporación, el expediente fue asignado al

Magistrado Jaime Araújo Rentería para la elaboración del fallo correspondiente.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

2.1. Los accionantes estiman vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, con el fallo de septiembre 11 de 2006 proferido por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por medio del cual se confirmó la sentencia de primera instancia dictada por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las pretensiones de la demanda interpuesta en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Resolución 1100 de julio 16 de 1999, expedida por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, mediante la cual ordenó la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes del Banco Selfín con el fin de liquidarlo. A juicio de los demandantes se configuró una “vía de hecho por defecto fáctico” porque las pruebas aportadas al proceso no demostraron que antes de la toma de posesión, se hubiese emitido el concepto del Consejo Asesor que exige la ley, razón por la cual éste no pudo tener en cuenta la nueva situación financiera del banco liquidado. Asimismo, que en la sentencia se desestimó la necesidad de exponer por qué la decisión administrativa de toma de posesión del banco se hizo con fines de liquidación y no de administración.

Por su parte, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, a través de la Consejera ponente de la providencia controvertida, señala que la acción de tutela no procede contra providencias judiciales, tal como lo indicó la sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional, más aún cuando tal procedencia atentaría contra los principios de cosa juzgada y de autonomía funcional de los jueces; y el carácter residual y subsidiario de la acción, que elimina toda posibilidad de considerarla como una instancia más o como un recurso extraordinario.

A su turno, la Superintendencia Financiera asevera que la situación del Banco condujo a expedir la Resolución 1100 de 1999, pues a partir de las visitas efectuadas al Banco desde el año 1998 se detectó la debilidad de su estructura financiera, y en junio de 1999 este incurrió en cesación de pagos. Destaca que el 31 de mayo de 1999 la Superintendencia Bancaria, mediante el documento 023 puso en conocimiento del Consejo Asesor la grave situación del banco, antes de ordenar la toma de posesión y

que el Ministro de Hacienda y Crédito Público dio su aprobación a la medida adoptada por la Superintendencia. Sostiene que la Sección Cuarta del Consejo de Estado confirmó la decisión de primera instancia porque reconoció que el acto administrativo estaba ajustado a derecho. Agrega que las sentencias hicieron tránsito a cosa juzgada y, por lo tanto, no es posible revivir el asunto mediante la acción de tutela.

Los jueces de tutela coincidieron en estimar que la acción de tutela no procede contra providencias judiciales, pues de lo contrario se desvirtuarían los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica y autonomía judicial, razón por la cual rechazaron la misma.

2.2. De acuerdo con la situación fáctica planteada, y por cuanto no ha existido una decisión de fondo en este caso, corresponde a esta Sala determinar si la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante la sentencia de septiembre 11 de 2006, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por los accionantes contra la Superintendencia Bancaria de Colombia, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa de los primeros mencionados, (i) al incurrir en un eventual defecto fáctico al momento de establecer si hubo o no concepto previo del Consejo Asesor de la Superintendencia Bancaria para proceder a la toma de posesión del Banco Selfin con el fin de liquidarlo y, (ii) al desestimar la necesidad de exponer el por qué la decisión administrativa de toma de posesión se hizo con fines de liquidación y no de administración.

A efectos de dar respuesta a lo anterior, la Sala previamente deberá reiterar la jurisprudencia constitucional relativa a (i) la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; (ii) medidas que puede adoptar la Superintendencia Bancaria en relación con las entidades financieras sujetas a su control y vigilancia; así como (iii) al alcance de las facultades discrecionales de la Administración y la necesidad de que los actos administrativos que se expiden con fundamento en dichas facultades sean motivados.

3. La procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

3.1. Cabe recordar, que el clásico Estado de Derecho sufrió profundas modificaciones en Colombia a partir de la expedición de la Constitución de 1991, al consagrar como modelo de Estado el Social de Derecho. Expresión “social” agregada al Estado de derecho que, como

se sabe, no es una simple muletilla retórica sino un concepto de enorme trascendencia debido a la profunda incidencia sobre nuestra organización socio política, no solamente desde el punto de vista del aseguramiento por parte del Estado de estándares mínimos en cuanto a las necesidades básicas de la población, es decir, con respecto al denominado Estado bienestar, sino también por cuanto se proyecta sobre la concepción jurídico-política del Estado, entronizando el Estado constitucional democrático derivado de la actividad intervencionista del Estado, según el cual, además de mantenerse la Constitución como norma de superior jerarquía, por virtud de su artículo 4° adquirió fuerza normativa y por tanto vinculante, con la consecuente pérdida de la importancia sacramental del texto legal como fuente principal del derecho.

Cambio trascendental que trajo la Constitución de 1991 al establecer el Estado constitucional democrático en cuanto al otorgamiento de fuerza vinculante directa a la parte dogmática de la misma, lo que incluye su preámbulo y los valores, principios y derechos constitucionales que la conforman, y cuya interpretación debe hacerse de manera armónica e integral. La fuerza normativa vinculante de las normas constitucionales a partir de 1991, implica como consecuencia grandes cambios en la manera de interpretar el Derecho, por la enorme influencia sobre la operatividad misma de la Constitución, sobre la adecuación del ordenamiento a ella y sobre el control de constitucionalidad en general⁶.

Nuevo modelo de Estado constitucional democrático, en el que no puede aceptarse que la Constitución continúe supeditada a la actividad del legislador para su operatividad, convirtiéndose en la única garantía para el ciudadano el control de constitucionalidad de la ley. Por el contrario, el nuevo Estado social de derecho implica la aplicabilidad directa de todas sus normas como garantía para todas las personas y por ende, el ajuste inmediato de todo el ordenamiento jurídico a la norma de superior jerarquía.

La fuerza normativa de la Constitución significa entonces que se ha constituido de manera definitiva en sí misma en fuente del derecho y por tanto aplicable directamente por los jueces en el cumplimiento de la misión que les ha sido confiada, pasando de ser norma de aplicación indirecta para ser norma que se aplica junto con la ley o incluso frente a ella.

En efecto, la Constitución es fuente principal de derecho, y en su calidad de norma suprema a su vez es fuente sobre las fuentes del derecho. Recordemos que el artículo 230 de la Constitución, señala que “[l]os jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. La Corte Constitucional ha precisado, que al disponer el artículo 230 de la Constitución que los jueces en sus providencias sólo están sujetos al “imperio de la ley”, debe entenderse no en su acepción formal sino material, es decir, referida al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas por cuanto la Constitución es norma superior y fuente del derecho⁷.

La Corte Constitucional en reciente decisión⁸, consideró que la Constitución de 1991, propia del constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX, ha generado cambios trascendentales, entre otros en el sistema de fuentes del derecho, al haberse convertido la Constitución formal y materialmente en principal fuente del derecho, y por lo mismo, no como un conjunto de disposiciones meramente programáticas sino como una verdadera regulación con consecuencias jurídicas, y advirtió dos consecuencias de la eficacia directa de sus normas.

Dijo la Corte, “...en este nuevo modelo, a la noción de supremacía constitucional se adiciona el de eficacia directa o aplicación directa de la Constitución que tiene varias consecuencias. En primer lugar, el derecho que tiene toda persona de exigir ante las autoridades la realización de las reglas, principios y valores constitucionales, sin necesidad que, en principio, exista una ley o un reglamento que desarrolle las disposiciones contenidas en la Carta Política y, en segundo lugar, que al ser ella la principal fuente de Derecho, toda decisión de una autoridad o un particular debe observar los contenidos constitucionales y ello en razón al efecto de irradiación⁹ que caracteriza los preceptos superiores.”

En efecto, es de enorme trascendencia la consagración constitucional de derechos y libertades para todas las personas en una Constitución cuyas normas son fuente principal del derecho y por tanto de aplicación directa, pues ahora sus destinatarios pueden

exigir la protección de tales derechos y libertades ante las autoridades, y a su vez los jueces están en la obligación de garantizarlos aunque el legislador no los haya regulado.

Efectividad y eficacia de los derechos y libertades constitucionales fundamentales como pilares esenciales de un Estado Social de Derecho, que fueron aseguradas por la Constitución al crear tanto la acción de tutela como la Corte Constitucional a la que se le confió no solo la guarda de su integridad y supremacía sino también la de actuar como órgano máximo para la protección y garantía de los citados derechos y libertades a través de la revisión eventual de las acciones de tutela.

Al respecto el artículo 86 de la Constitución consagra que, “[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente, y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión”.

Como se aprecia sin dificultad, y así lo ha sostenido esta Corporación, la citada disposición no hace distinción alguna entre las autoridades públicas que pueden vulnerar o amenazar por acción u omisión los derechos fundamentales de las personas, por lo que debe concluirse que la acción de tutela procede también contra todas las decisiones judiciales, pues todos los jueces son autoridades públicas, siendo dicha acción de carácter judicial, autónoma, residual y subsidiaria, para la protección de los citados derechos en todos los casos en que éstos resulten vulnerados o amenazados, aún tratándose del ámbito judicial, siempre y cuando el afectado no cuente con otro mecanismo de defensa judicial idóneo, o cuando la protección resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable.

Procedencia de la acción de tutela contra todas las providencias judiciales que en armonía con principios constitucionales como el de la seguridad jurídica y la distribución

superior de competencias, la autonomía e independencia judicial, entre otros, tiene un carácter excepcional, pues debe limitarse a aquellos casos en que mediante aquellas se configure una lesión, o se ponga en peligro uno o varios derechos fundamentales.

En efecto, en las Jurisdicciones Ordinaria y Contenciosa Administrativa existen recursos ordinarios y extraordinarios contra los autos y las sentencias, que no son incompatibles con la acción de tutela, y si bien aquellos se orientan de una u otra manera a la protección de los derechos fundamentales, cuando resultan ineficaces o no son idóneos para lograr dicho propósito, nada impide que el afectado acuda a la acción de tutela como mecanismo que directa y exclusivamente ha sido establecido para cumplir dicha misión mediante un procedimiento preferente y sumario.

3.2. Ahora bien, en el desarrollo de la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, se ha planteado la imposibilidad sin excepción alguna, de que una decisión dictada por esa Corporación, pueda ser objeto de reproche alguno por vía de acción de amparo constitucional, postura que si bien es cierto hace nugatorio el acceso efectivo a la administración de justicia, se constituye en una decisión de fondo, por lo menos desde una perspectiva formal, que resuelve la instancia correspondiente.

Al respecto, esta Corporación ha considerado que dicha orientación jurisprudencial es atentatoria de la garantía efectiva de los derechos fundamentales. Sobre la inconveniencia de la postura jurisprudencial de la Corte Suprema, mediante sentencia T-701 de 200410, esta Corporación sostuvo:

“[L]a Corte no comparte la fundamentación de la decisión adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como juez de tutela. La afirmación universal de que en ningún caso habrá tutela contra sentencias judiciales, en atención a los principios de autonomía judicial y cosa juzgada, con base en la cual justifica su decisión, hace caso omiso de su obligación como juez constitucional, cual es -entre otras- velar porque ninguno de los principios en conflicto sea derogado implícitamente en su decisión. La imposibilidad de eliminar el error humano no implica que el sistema jurídico tenga que descargar sobre los ciudadanos el potencial errático de quienes administran justicia. Por el contrario, el Estado debe diseñar- y de hecho ha diseñado- mecanismos

y recursos para subsanar, hasta donde sea posible, tales defectos. Otro de los motivos por los cuales es razonable -y hasta necesario- comprender en el ordenamiento jurídico la posibilidad de interponer tutela contra sentencias judiciales, no es corregir ad infinitum las fallas que comprendan las providencias, sino unificar los parámetros y lineamientos interpretativos de los derechos fundamentales por parte de un solo ente (la Corte Constitucional) de tal manera que en su respeto y protección queden comprendidos no solamente los jueces de tutela y el Tribunal constitucional, sino todos los entes que administran justicia en el Estado.”

Sin embargo, el Consejo de Estado no dispone el rechazo de plano o la no admisión a trámite de la solicitud de tutela presentada, y no niega la remisión de las actuaciones a esta Corporación, con el fin de que se surta el trámite de la eventual revisión¹¹

Cabe recordar, que en un Estado Social de Derecho como el nuestro, sustentado en el deber de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y la vigencia de un orden justo, no se puede concebir que una autoridad pública -incluido el Consejo de Estado-, se rehúse a garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia, pues se trata sencillamente de un acto de denegación de justicia, que está imposibilitando en un momento dado, el restablecimiento de derechos fundamentales que por errores normales de la condición humana, pueden presentarse al momento de decidir una controversia.

Fue esa la razón, para que el intérprete constitucional amparado en la función prevista en el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución Política¹², hubiera considerado que tenía competencia para someter a eventual revisión, las decisiones dictadas por las distintas Secciones y por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

3.3. En relación con la tutela contra providencias judiciales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha advertido de manera reiterada, que la acción de tutela en principio, no procede contra las decisiones proferidas por cualquier autoridad judicial, en tanto (i) se trata de decisiones que constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales proferidos por funcionarios profesionalmente formados para aplicar la Constitución y la ley; (ii) el valor de cosa

juzgada de las decisiones que resuelven las controversias planteadas ante los jueces y la garantía del principio de seguridad jurídica y (iii) la autonomía e independencia que caracteriza el poder judicial, como principio estructurante de los estados democráticos¹³.

Sin embargo, este parámetro fue morigerado a partir de la sentencia C-543 de 1992¹⁴, en el sentido de que es posible su ejercicio de manera excepcional, cuando el pronunciamiento del funcionario judicial, equivale a una vía de hecho, producto de la arbitrariedad o el capricho y que no obedezca a una correcta interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico.¹⁵ Sobre el particular, la Corte en esa oportunidad sostuvo:

“Ahora bien, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia”.

A partir de este momento la jurisprudencia constitucional empieza a decantar los parámetros para que la acción tutelar tenga vocación de prosperidad, respecto de providencias judiciales, cuando se encuentren en entredicho derechos fundamentales, construcción que ha venido efectuándose de manera paulatina.

Inicialmente, la Corte consideró que la acción de tutela procedía contra decisiones de las autoridades jurisdiccionales, únicamente cuando el juez constitucional constataba la existencia de un defecto sustantivo, procedimental, fáctico u orgánico¹⁶, orientación que fue variando a medida que surgían otros asuntos, en los que la Corte encontró que no siempre las vías de hecho, eran producto del capricho y la arbitrariedad de la autoridad judicial, pero que sin embargo, se trataba de decisiones inadmisibles desde la perspectiva constitucional, razón por la cual el desarrollo dogmático sobre el tema, continuó ampliándose.¹⁷

En ese orden de ideas, la Corte más adelante consideró necesario efectuar un ajuste terminológico al término vía de hecho, acogiendo como más apropiado el de causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, denominación que comprende un catálogo más amplio de posibilidades, que en últimas están encaminadas a lograr la garantía efectiva y material de los derechos fundamentales, que pueden ser objeto de trasgresión en la actividad judicial¹⁸.

Este esfuerzo argumentativo, fue recogido finalmente en la sentencia C-590 de 2005¹⁹, decisión en la que esta Corporación estableció unos presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela generales, que están encaminados a la determinación de la viabilidad del amparo constitucional desde el punto de vista formal, y otros específicos, referidos al estudio del asunto desde una perspectiva material.

Los requisitos de procedibilidad generales, que deben ser verificados íntegramente por el juez de tutela, son: (i) que la cuestión planteada al juez constitucional sea de relevancia constitucional²⁰; (ii) que se hayan agotado todos los mecanismos de defensa judicial, previstos en el ordenamiento jurídico, a menos que se trate de un perjuicio irremediable²¹; (iii) que la acción de amparo constitucional, haya sido interpuesta oportunamente, es decir que se cumpla el requisito de inmediatez²²; (iv) que en el evento de tratarse de una irregularidad procesal, se indique que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la decisión que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora²³; (v) que la vulneración reclamada en sede de acción de tutela, haya sido alegada en el proceso judicial respectivo, siempre y cuando hubiera sido posible²⁴ y (vi) que no se trate de tutela contra tutela.

Por su parte, las causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, respecto de las cuales, solamente es necesario la configuración de una de ellas, la Corte determinó que son: (i) el defecto material o sustantivo, que se configura cuando la decisión judicial objeto de reproche, se apoya en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; (ii) el defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece de competencia; (iii) el defecto procedimental, que se origina cuando el funcionario judicial dicta la decisión, apartado completamente del procedimiento dispuesto en el ordenamiento jurídico; (iv) el defecto fáctico, surge cuando el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado; (v) el error inducido, que se presenta cuando el juez fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales; (vi) la decisión sin motivación, cuando la decisión carece de fundamentos fácticos y jurídicos, en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional; (vii) el desconocimiento del precedente, que se presenta, *verbi gratia*, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance y (viii) la violación directa de la Constitución.

En suma, toda la doctrina constitucional elaborada en torno a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, debe entenderse igualmente aplicable en un momento dado, para las decisiones proferidas por el Consejo de Estado, pues si bien obedecen al ejercicio de la independencia judicial que profesa el artículo 228 Superior, no pueden entenderse como decisiones pétreas o inmodificables, o que sean inmunes a la posibilidad excepcional de control judicial.

4. Medidas que puede adoptar la Superintendencia Bancaria en relación con las entidades financieras sujetas a su control y vigilancia.

El artículo 335 de la Constitución Política establece que “las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del

Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito”.

Por mandato constitucional, como lo establece el numeral 25 del artículo 189 de la Carta Política, corresponde al Presidente de la República, “ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley”.

En cumplimiento de los citados preceptos constitucionales, corresponde al legislador establecer las normas especiales encaminadas a salvaguardar la confianza pública en el sistema financiero. En tal virtud, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993), se prevén Institutos de Salvamento (art. 113), como la vigilancia especial, recapitalización, administración fiduciaria, cesión total o parcial de activos, pasivos y contratos y enajenación de establecimientos de comercio a otra institución, fusión, o adoptar un programa de recuperación, entre otras.

También consagra el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (E.O.S.F.) en su artículo 114, las causales para la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada, cuando a juicio de la Superintendencia Financiera²⁵, antes Bancaria, sea necesaria la medida, previo concepto del Consejo Asesor y con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Medida administrativa de intervención que debe obedecer a las causales específicas allí previstas. Consagra la norma citada:

“ARTICULO 114. Corresponde a la Superintendencia Bancaria tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada cuando se presente alguno de los siguientes hechos que, a su juicio, hagan necesaria la medida, previo concepto del Consejo Asesor y con la aprobación del Ministro de Hacienda y Crédito Público:

- a. Cuando haya suspendido el pago de sus obligaciones;
- b. Cuando haya rehusado la exigencia que se haga en debida forma de someter sus archivos, libros de contabilidad y demás documentos, a la inspección de la Superintendencia

Bancaria;

- c. Cuando haya rehusado el ser interrogado bajo juramento, con relación a sus negocios;
- d. Cuando incumpla reiteradamente las órdenes e instrucciones de la Superintendencia Bancaria debidamente expedidas;
- e. Cuando persista en violar sus Estatutos o alguna ley;
- f. Cuando persista en manejar los negocios en forma no autorizada o insegura, y
- g. Cuando se reduzca su patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito” (Texto correspondiente al Decreto 663 de 1993)²⁶ (Resalta la Sala).

A su turno, el artículo 115 del E.O.S.F. señala los pasos que debe tener en cuenta la Superintendencia para tomar posesión de una entidad vigilada y las opciones que puede acoger. Dispone:

“ARTICULO 115. El Superintendente Bancario, previo concepto del Consejo Asesor y con la aprobación del Ministro de Hacienda y Crédito Público, podrá tomar inmediata posesión de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada para su administración o para su liquidación.

Cuando se trate de la toma de posesión para administrar una institución vigilada, con el objeto de colocarla en condiciones de desarrollar su objeto social de acuerdo con las disposiciones legales, así deberá consignarlo expresamente el Superintendente Bancario en la respectiva resolución” (Texto correspondiente al Decreto 663 de 1993)²⁷ (Resalta la Sala).

De la lectura de los artículos transcritos se desprende claramente que cuando una entidad bancaria incurra en las causales allí taxativamente señaladas, la Superintendencia Bancaria podía tomar inmediata posesión de los bienes, haberes y negocios de la misma, previo concepto del Consejo Asesor, la cual debía tener la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, bien para administrarla o bien para liquidarla.

El artículo 114 señala claramente, que previamente a la toma de posesión de una entidad vigilada, el Superintendente debe contar con el concepto del Consejo Asesor cuando se presente alguno de los motivos que dan lugar a la toma de posesión, requisito que reitera el artículo 115 Idem. Esto significa que el órgano asesor debe tener la oportunidad de evaluar la específica situación frente a la estructuración de las causales que dan lugar a la toma de esa medida de control, a fin de poder emitir el concepto respectivo sobre la conveniencia de la adopción de la medida.

Cabe recordar que conforme al artículo 115 Idem, la toma de posesión tiene dos finalidades alternativas, dependiendo de la situación de crisis de la entidad vigilada, bien para asumir la administración de la misma a fin de remediar los hechos que le impiden desarrollar regularmente su objeto social, o bien para decretar su liquidación poniendo fin al desarrollo de su objeto social e iniciando un proceso encaminado a la liquidación de activos para el pago de los pasivos²⁸.

En relación con la determinación de la medida de control procedente, es una potestad de la mencionada autoridad administrativa, con fundamento en bases reales y acordes con la situación fáctica presentada, previo concepto del Consejo Asesor. Dicha medida, si bien es discrecional, no podrá ser adoptada de manera arbitraria, por lo que deberá mediar la exposición de los fundamentos que dieron lugar a ella como pasa a explicarse.

5. El alcance de las facultades discrecionales de la Administración Pública y la necesidad de que los actos que se expiden con fundamento en dichas facultades sean motivados.

5.1. Esta Corporación ha construido una sólida doctrina constitucional en torno a la posibilidad de que el legislador otorgue a la Administración facultades discrecionales para la adopción de ciertas decisiones o el desarrollo de determinadas actuaciones, con el fin de facilitar la consecución de los fines estatales y el cumplimiento de las funciones a ella asignadas²⁹.

Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, las decisiones que adopte la Administración en ejercicio de dichas facultades, necesariamente deben tener fundamento en motivos suficientes que permitan distinguir lo discrecional de lo puramente arbitrario o caprichoso, tal como lo exige el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo³⁰, según el cual “en la medida en que el contenido de una decisión, de

carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”, de tal manera que las facultades discrecionales de la Administración no lo son de manera absoluta, sino limitada por los objetivos que se persiguen con su otorgamiento y por la proporcionalidad en su aplicación.

En efecto, desde el año 1975 el Consejo de Estado ha señalado que la discrecionalidad absoluta resulta incompatible con la exigencia de que el Estado asuma la responsabilidad por las decisiones que adopta. Esa Corporación señaló:

“De manera general, se observa que las actuaciones administrativas, cualquiera que sea su materia, están reguladas más o menos detalladas en la ley. En algunos casos, la ley o el reglamento determinan la jurisdicción, el órgano competente, la facultad de que se trata, la oportunidad de ejercerla, la forma externa en que debe vertirse la decisión con que se ejerce, el sentido y finalidad en que debe ejercerse, los hechos cuya ocurrencia condiciona ese ejercicio. (...)Esta forma detallada y completa de regulación es la ideal en el Estado de derecho, si la preocupación central de éste es la contención del poder y su subordinación al derecho en salvaguardia de los intereses de los administrados. Pero un tal tipo de reglamentación es de una rigidez impracticable ya que es imposible que la norma lo prevea todo y predetermine y calcule todas las formas de relaciones y consecuencias jurídicas de las mismas. Hay casos en que es forzoso dejar a la apreciación del órgano o funcionario algunos de aquellos aspectos. Unas veces será la oportunidad para decidir, facultándolo para obrar o abstenerse, según las circunstancias; otras, la norma le dará opción para escoger alternativamente en varias formas de decisión; en algunas ocasiones, la ley fijará únicamente los presupuestos de hecho que autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata, dando al órgano potestad para adoptar la decisión conveniente. Esto es, que hay facultades administrativas que se ejercen dentro de un cierto margen de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar, de juzgar, circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia, ya para actuar o no hacerlo, o para escoger el contenido de su decisión, dentro de esos mismos criterios.

Pero, en consecuencia, no hay en el Estado de derecho facultades puramente discrecionales, porque ello eliminaría la justiciabilidad de los actos en que se desarrollan,

y acabarían con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios”³¹.
(Negrilla fuera de texto)

En el mismo sentido, esta Corporación, a propósito del juicio de constitucionalidad del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, mediante el cual se estableció la posibilidad de declarar insubsistente el nombramiento hecho a una persona en un cargo del servicio civil que no pertenezca a la carrera administrativa, sin necesidad de motivar el acto correspondiente, señaló:

“(…) la discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional”³².

Así las cosas, tal y como se desprende de lo anteriormente expuesto, lo discrecional no puede confundirse con lo arbitrario ni con la ausencia de motivos para proferir determinada decisión, ya que, tal como se señaló, la discrecionalidad exige, de un lado, que la decisión que se adopte responda a los fines de la norma que otorga la facultad y, del otro, la proporcionalidad entre los hechos respecto de los cuales se pronuncia la administración y la consecuencia jurídica que se genera. Al respecto esta Corporación ha señalado:

“Encontramos, pues, en la discrecionalidad, dos elementos; uno, la adecuación de la decisión a los fines de la norma que autoriza la facultad discrecional, y otro, la proporcionalidad con los hechos que sirvieron de causa. La adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él. Por su parte, la proporcionalidad es con los hechos que le sirven de causa a la decisión, y no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico; de ahí que cobre sentido la afirmación de Kelsen, para

quien la decisión en derecho asigna determinados efectos jurídicos a los supuestos de hecho. De todo lo anterior se desprende que la discrecionalidad no implica arbitrariedad al estar basada en los principios de racionalidad y razonabilidad.”³³ (Negrilla fuera de texto)

Se concluye entonces que la discrecionalidad con la que puede contar la administración en determinados eventos no puede confundirse de manera alguna con arbitrariedad, ya que dicha discrecionalidad no es absoluta, sino que se circunscribe a unos fines específicos y a la proporcionalidad entre la decisión de la Administración y los hechos que le dan fundamento a la misma; además, por cuanto la decisión adoptada por la Administración debe encontrar fundamento en motivos suficientes que permitan diferenciar la actuación administrativa discrecional de la arbitraria y del abuso de las facultades otorgadas³⁴.

5.2. De manera concordante con lo anteriormente expuesto, esta Corporación ha establecido que en materia de actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales, dicha discrecionalidad no implica que la Administración se exonere del deber de motivar sus decisiones. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en establecer la importancia de la motivación de los actos administrativos, como garantía de que los destinatarios de los mismos puedan conocer las razones en las que se funda la Administración al adoptar decisiones que afecten sus intereses generales o particulares³⁵.

En ese sentido, la Corte Constitucional, a través de reiterados pronunciamientos, ha establecido que dicha exigencia encuentra fundamento en el principio de publicidad que orienta el ejercicio de la función pública y que se encuentra consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política, así como en el precepto normativo contenido en el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, según el cual, “habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares”.

“En la Constitución de 1991, la motivación, que es expresión del principio de publicidad, es constitucionalmente recogida en el artículo 209: ‘La función

administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad' (...).

La Constitución de 1991 dispuso al Estado como social de derecho, es decir, que una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo. Es la desviación de poder que hoy contempla el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, como causal autónoma de nulidad de los actos administrativos, y que antes se deducía del artículo 66 del anterior Código, cuando se hablaba de abuso o desviación en las funciones propias del funcionario público.”

Sin embargo, este Tribunal también ha determinado que existen excepciones al deber general de motivación de los actos administrativos, las cuales, en aras de preservar el principio de legalidad de las actuaciones de la Administración, deben estar expresamente establecidas en la ley³⁶. Así, en sentencia C-371 de mayo 26 de 1999, la Corte señaló:

“Si en el Estado de Derecho ningún funcionario puede actuar por fuera de la competencia que le fija con antelación el ordenamiento jurídico, ni es admisible tampoco que quien ejerce autoridad exceda los términos de las precisas funciones que le corresponden, ni que omita el cumplimiento de los deberes que en su condición de tal le han sido constitucional o legalmente asignados (arts. 122, 123, 124 y 209 C.P., entre otros), de manera tal que el servidor público responde tanto por infringir la Constitución y las leyes como por exceso o defecto en el desempeño de su actividad (art. 6 C.P.), todo lo cual significa que en sus decisiones no puede verse reflejado su capricho o su deseo sino la realización de los valores jurídicos que el sistema ha señalado con antelación, es apenas una consecuencia lógica la de que esté obligado a exponer de manera exacta cuál es el fundamento jurídico y fáctico de sus resoluciones. Estas quedan sometidas al escrutinio posterior de los jueces, en defensa de los administrados y como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la sociedad.

(...)Todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna. Y, si los hubiere, carecen de validez, según declaración que en cada evento hará la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la sanción aplicable al funcionario, precisamente en los términos de la disposición examinada”.

En conclusión, la Corte Constitucional ha señalado que todos los actos de la administración deben ser motivados, al menos sumariamente, so pena de carecer de validez, salvo los expresamente señalados por el legislador, pero que aún en estas situaciones excepcionales, donde no se requiere expresar los motivos del acto, ello no significa que no deban existir razones suficientes para la expedición del mismo, ya que la ausencia de éstas sería equiparable con el concepto de arbitrariedad en la actuación.

6. Análisis del caso concreto.

6.1 Los demandantes presentaron acción de tutela contra la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por considerar que dicha autoridad judicial desconoció sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, al proferir el fallo de septiembre 11 de 2006, en el cual confirmó la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda interpuesta en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Resolución 1100 de julio 16 de 1999, expedida por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, mediante la cual se tomó posesión de los negocios, bienes y haberes del Banco Selfín S.A. con el fin de liquidarlo. Estiman los accionantes que se configuró una vía de hecho por la causal denominada “defecto fáctico”, dado que las pruebas aportadas al proceso no demostraron que antes de la toma de posesión se hubiese emitido el concepto del Consejo Asesor que exige la ley. Del mismo modo, consideran que en la sentencia controvertida se desestimó la necesidad de exponer por qué la decisión administrativa de toma de posesión del banco se hizo con fines de liquidación y no de administración, desconociéndose su derecho a la defensa.

6.2 Previamente a la resolución del problema jurídico planteado, esta Sala resalta que la acción de tutela en el presente caso es procedente contra la sentencia judicial emitida

el 11 de septiembre de 2006 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, comoquiera que se trata de un asunto de relevancia constitucional, pues se plantea la ausencia de la garantía del derecho a la defensa en un proceso judicial, ocasionada por la supuesta errónea apreciación del material probatorio obrante en éste, lo que, según los accionantes, determinó el sentido de la decisión que hoy se censura.

Asimismo advierte esta Sala que previamente a la interposición de esta acción constitucional, los gestores del amparo agotaron los medios ordinarios de defensa judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo alegando lo que en esta instancia también se cuestiona.

6.3 El defecto fáctico, a juicio de los accionantes, consistió en dársele la calidad de 'concepto previo' al Acta N° 128 de mayo 31 de 1999, que da cuenta de la sesión de la misma fecha del Consejo Asesor de la Superintendencia Bancaria, con lo cual a juicio de la Corporación demandada en este proceso se habría cumplido con el requisito del artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (E.O.S.F.), para la toma de posesión del Banco Selfín S.A.

El Acta N° 128 de mayo 31 de 1999 del Consejo Asesor (folios 211 a 213 del cuaderno principal) recomendó, previo análisis de la situación financiera del Banco Selfín S.A. expuesta en el Documento S.B.023 de la misma fecha enviado por la Superintendencia Bancaria al Consejo Asesor (fl. 194 a 208 cuaderno principal), que “de considerarse necesario, la Superintendencia tome cualquiera de las medidas cautelares previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, o, si llegare a ser necesario, la toma de posesión, respecto del Banco Selfin, así como de su filial Leasing Selfin S.A.” (Destaca la Sala).

En la Resolución N° 1100 de julio 16 de 1999, “por medio de la cual se dispone la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios del Banco Selfin S.A., para su liquidación”, la Superintendencia Bancaria señaló:

“Concepto del Consejo Asesor.

DECIMO PRIMERO.- Que con el propósito de adoptar la medida de toma de posesión correspondiente, de conformidad con los artículos 114, 115, 326 numeral 5 literal d) y 334

del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero fue oído el concepto del Consejo Asesor del Superintendente Bancario, quien encontró conveniente la medida de toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios del BANCO SELFÍN S.A.” (Destaca la Sala).

En la sentencia de septiembre 11 de 2006 dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que hoy es objeto de censura, consideró que el requisito establecido en el artículo 114 del E.O.S.F. se encontraba cumplido con el Acta N° 128 de mayo 31 de 1999, donde se recomendó a la Superintendencia, “si llega a ser necesario”, la toma de posesión del Banco Selfin. El aparte de la sentencia cuestionada que se refirió a este punto establece:

“En relación con el concepto del Consejo Asesor, la ley exige únicamente que éste sea previo. La Sala observa que en el expediente consta el pronunciamiento expreso del Consejo sobre el tema mediante un concepto abierto, claro y contundente, donde ya había percibido la gravedad de la situación del Banco. Recomendó en el Acta N° 128 del 31 de mayo de 1999:

‘El Consejo Asesor recomienda que de considerarse necesario, la Superintendencia tome cualquiera de las medidas previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, o si llega a ser necesario, la toma de posesión, respecto del Banco Selfin.’ (Destaca la Sala) (Fls. 21 a 23 de la Carpeta 4)’.

No se requieren fórmulas sacramentales cuando existe una situación como la del caso que nos ocupa, en la que se dio la cesación de pagos, situación gravísima, que obliga a soluciones inmediatas para proteger la confianza del público.

Tampoco puede desconocerse la autenticidad del documento SB 023 de mayo 31 de 1999 donde consta que el Comité Asesor del Superintendente Bancario encontró conveniente la medida de toma de posesión, pues las razones expuestas en la comunicación del 25 de mayo de 1999 -donde la entidad supervisora ordenó la recapitalización y consignó, debidamente sustentados, cada uno de los aspectos que sugerían dificultades de liquidez del Banco Selfin- son las que debían considerarse por el Comité Asesor para emitir el respectivo concepto. Por tanto, no hay ninguna irregularidad con ocasión de la reiteración de las razones expuestas en uno y otro documento”.

6.3.1 Con base en lo expuesto, esta Sala de Revisión considera que la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en este caso no incurrió en un defecto fáctico al momento de darle la categoría de concepto previo al aparte del Acta N° 128 de 31 de mayo de 1999 del Consejo Asesor.

Al respecto nótese que el concepto del Consejo Asesor para el caso de la toma de posesión del Banco Selfín fue efectivamente otorgado (Acta N° 128 de 1999) y éste obedeció a las condiciones de modo, tiempo y lugar que se presentaban, por lo que y teniendo en cuenta, precisamente, la naturaleza cambiante de los hechos económicos recomendó “si llegare a ser necesario” la toma de posesión del mencionado Banco.

En efecto, se tiene que la Superintendencia Bancaria elaboró el documento S.B. 023 de mayo 31 de 1999, donde se describe la situación financiera del Banco Selfín para la época, con el fin de solicitar “al Consejo Asesor su concepto y autorización en relación con la aplicación de las medidas cautelares acorde con el artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y de ser necesario la implementación de la toma de posesión, bien sea para administrar o para liquidar, del Banco Selfín S.A. y de Leasing Selfín S.A. C.F.C.” (folio 208 del cuaderno de revisión) (Resalta la Sala).

En sesión de la misma fecha, como se desprende del extracto del Acta N° 128, el Consejo Asesor de la Superintendencia Bancaria, luego de hacer un breve resumen del documento S.B. 023, “recomienda que de considerarse necesario, la Superintendencia tome cualquiera de las medidas cautelares previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, o, si llegare a ser necesario, la toma de posesión, respecto del Banco Selfin, así como de su filial Leasing Selfin S.A.”. (folio 213 del cuaderno de revisión) (Subrayado fuera del texto).

De este modo, satisfecho está el requisito que impone el artículo 114 del E.O.S.F. para la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada, cual es obtener previamente concepto del Consejo Asesor, pues nótese, de los apartes transcritos, que la Superintendencia solicitó al mencionado órgano concepto y autorización para, “de ser necesario”, implementar la toma de posesión del Banco Selfín, a lo que el Consejo contestó que “recomienda... si llegare a ser necesario, la toma de posesión”,

procedimiento que se efectuó (31 de mayo de 1999) con anterioridad a la toma de posesión de la mencionada entidad (16 de julio de 1999).

En este aparte, resulta necesario resaltar que la situación de deterioro y debilitamiento del Banco Selfín no se saneó y por el contrario se agravó hasta el punto de entrar en cesación de pagos por 2.032 millones de pesos, situación que hizo necesaria la toma de posesión con fines de liquidación.

Así, se ha de ver que por oficio de 25 de mayo de 1999, antes de requerir la Superintendencia el concepto del Consejo Asesor, aquella ordenó por oficio N° 199990322525-0 al presidente de la mencionada entidad bancaria que:

“De acuerdo con los resultados de las proyecciones financieras efectuadas por esta Superintendencia, las cuales toman en consideración la reciente evolución del Banco y de los riesgos financieros implícitos en el negocio, con el objeto de cautelar una eventual situación de causal de disolución³⁷, de adecuar la relación de capital adecuado a los límites de la ley³⁸ y con el ánimo de asegurar su ritmo de desempeño bajo parámetros de crecimiento autosostenido y seguro, se hace indispensable que la Entidad complete una capitalización en una cifra no inferior a los \$16.000 millones, para cuyo efecto se concede plazo hasta el 9 de julio de 1999” (fl. 178-190 cuaderno principal) (Resalta la Sala)

Frente a la orden de capitalización, el 10 de junio de 1999, mediante Acta N° 15 y Escritura Pública N° 2368 del día 21 del mismo mes y año, la Asamblea General de Accionistas del Banco afectado decidió aumentar el capital autorizado de \$25.000.000.000 a \$45.000.000.000, en cumplimiento del mencionado oficio; el 15 de junio de 1999 el Superintendente Bancario y el Banco Selfín suscribieron el Plan de Ajuste para el restablecimiento de la relación de solvencia vigente hasta el 31 de diciembre de 1999, se concertó que la capitalización debía perfeccionarse antes del 09 de julio del mismo año y que, en caso de no ser posible dentro de dicho plazo, podía efectuarse con los recursos de la línea de crédito prevista en la resolución N° 004 de 1999 de Fogafín, y el 08 de julio de 1999 el Banco Selfín mediante carta radicada con el N° 1999032525-12 le solicitó a la Superintendencia Bancaria ampliar el plazo para capitalizar y el 09 de julio del mismo año el Superintendente mediante Oficio radicado con el N°

1999032525-14 accedió a la solicitud y amplió el plazo hasta el día 30 de julio de 1999.

A pesar del procedimiento de capitalización y el plan de ajuste convenido no se logró el desempeño de crecimiento autosostenido y seguro y el 15 de julio de 1999 el Banco Selfín incurrió en cesación de pagos al no disponer de los recursos necesarios para cumplir con sus obligaciones por valor de \$2.032 millones de pesos, situación que hizo necesaria la toma de posesión del mencionado banco.

Por lo expuesto, esta Sala reitera que en la sentencia objeto de censura no se incurrió en vía de hecho alguna, comoquiera que la valoración probatoria no es ajena a la realidad, no la tergiversa, pues efectivamente existió un concepto del consejo asesor que recomendó la toma de posesión del banco si, de acuerdo con la evolución de los hechos, resultaba necesaria.

6.3.2 Ahora bien, en lo que atañe al contenido del concepto proferido por el Consejo Asesor para la toma de posesión del Banco Selfín, esta Sala considera que dicho concepto es razonable ante la situación económica en que estaba incurso la referida entidad financiera.

Al respecto, téngase en cuenta que el documento base del concepto censurado daba cuenta de las “dificultades de liquidez por las que ven[ía] atravesando el Banco Selfín S.A.” y que determinó la orden de capitalización impartida el 25 de mayo de 1999 que debía ser cumplida “sin menoscabo de la eventual instrumentación de medidas cautelares adicionales...como las consagradas en el artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que propugnen por la protección de los ahorros del público” (folio 213 del cuaderno de revisión) (Destaca la Sala).

De este modo se evidenció al Consejo Asesor que las dificultades de liquidez eran cambiantes, por lo que no resulta irrazonable que el concepto emitido por ese organismo tuviera la característica expresada en los términos que “de considerarse necesario, la Superintendencia tome cualquiera de las medidas cautelares previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, o si llegare a ser necesario, la toma de posesión, respecto del Banco Selfín...”.

Así, la consideración de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del

Consejo de Estado en el asunto que se censura, referente a la existencia de un “pronunciamiento expreso del Consejo sobre el tema mediante un concepto abierto, claro y contundente...”, para esta Sala no configura una protuberante, grosera ni arbitraria valoración probatoria del Acta No. 128 de 1999 emitida por el Consejo Asesor; es ello un juicio que no resulta irrazonable; de allí que no sea necesaria la intervención excepcional del juez de tutela; en otros términos, a la recomendación consignada en la mencionada acta era razonable otorgarle el valor de concepto previo para la toma de posesión del Banco Selfín y por ello no incurrió en vía de hecho la autoridad judicial accionada.

6.4 Pasa ahora la Sala a establecer si la sentencia de septiembre 11 de 2006, proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al estimar que en la medida administrativa de toma de posesión no era necesario incluir consideraciones de por qué se hacía para liquidar y no para administrar, se desconocieron o no los derechos fundamentales de los accionantes.

Y adujo bajo sus propias consideraciones que “la Superintendencia fundó su decisión en las pruebas que hacen parte del expediente y que demuestran el permanente cruce de información entre ella y la entidad vigilada lo cual le permitió decidir en el momento de la toma de posesión que era la única alternativa, pues no tomó en consideración ninguna otra opción, dado que se utilizaron previamente mecanismos concretos encaminados a colocar el Banco en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto social y a proteger los intereses de los usuarios y la confianza pública en el sistema financiero (destaca la Sala). Concluyendo que, [N]o puede entonces afirmarse válidamente que fue inadecuada la motivación del acto que dispuso la toma de posesión del banco para su liquidación, y menos aún que no corresponde a la realidad, o que los hechos que motivaron la decisión no fueron conocidos en su oportunidad por los responsables del manejo de la entidad financiera”.

Al respecto, esta Sala considera que en el presente caso no se configuró una violación al postulado de que por regla general las decisiones administrativas deben motivarse al menos sumariamente, so pena de carecer de validez, toda vez que en la Resolución No. 1100 de 16 de julio de 1999 la entonces Superintendencia Bancaria expresó el fundamento fáctico que la llevó a la decisión de tomar posesión de los bienes, haberes y

negocios del Banco Selfín con el objeto de liquidarlo.

Así, se ha de ver que en el mencionado acto administrativo la Superintendencia señaló los “antecedentes sobre el deterioro y debilitamiento del Banco”, el “instituto de salvamento adoptado”, esto es, la orden de capitalización, y la “configuración y demostración de las causales de toma de posesión”, elementos que permitían el ejercicio del derecho a la defensa de los hoy accionantes, y concretamente indicó el riesgo de liquidez del Banco y la afectación de su estructura financiera en los siguientes términos:

“...Que la situación de liquidez del Banco no ha variado y por el contrario sus dificultades de liquidez se han venido ampliando. Es así como las captaciones de cuenta corriente y de ahorros y las renovaciones de CDT son inferiores a los retiros por los mismos rubros y los recaudos de cartera son mínimos frente a los presupuestados. Para compensar estas salidas de liquidez el Banco ha mantenido su dependencia de los recursos de repos e interbancarios. Sin embargo, desde fines de junio y en el mes de julio, como resultado de la percepción de riesgos de los agentes institucionales, la entidad no ha efectuado mayores captaciones estos expedientes (sic).

(...)

El BANCO SELFÍN S.A. ha incumplido el artículo 2 del Decreto 673 de 1979 según el cual debe mantener como mínimo una relación de capital adecuado del 9% habida cuenta que para los meses de marzo, abril y mayo de 1999 dicha relación se situó en 7.45%, 7.50% y 5.54%, respectivamente. A la fecha, pese a la celebración de un Plan de Ajuste con el propósito, entre otros, de alcanzar el nivel mínimo de capital adecuado, éste no se logró.

(...)” (Resalta la Sala).

De este modo, la decisión adoptada por la Superintendente para la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios del Banco Selfín, contiene una motivación que implicó un examen de los elementos fácticos; situación diferente sería que para la toma de posesión de la mencionada entidad solamente se adujera la facultad discrecional ignorando los fines de la norma que la otorgó y la proporcionalidad de la decisión con los hechos, pues en caso tal se estaría desconociendo la garantía del

derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, derechos fundamentales que el Estado tiene el deber de garantizar.

6.4.1 La medida de la toma de posesión del Banco Selfín con fines de liquidación se adoptó frente a la configuración de la causal de suspensión en el pago de sus obligaciones (literal a. del artículo 114 del E.O.S.F), ya que el día 15 de julio de 1999 no dispuso de los recursos necesarios para cumplir con sus obligaciones, toda vez que le fueron devueltos cheques girados por valor de \$2.032 millones de pesos, de acuerdo con la información suministrada por la Superintendencia Financiera. Asimismo, encontró que el Banco no había mantenido el límite mínimo de la relación de capital o margen de solvencia adecuado del 9%, habida cuenta que para los meses de marzo, abril y mayo de 1999, dicha relación fue inferior.

De este modo, expresó la Superintendencia Bancaria cuáles fueron los motivos de hecho y de derecho que dieron lugar a la expedición del acto administrativo, permitiendo a los afectados con la decisión ejercer su derecho de defensa.

Advierte esta Sala que la cesación de pagos constituye una causal de toma de posesión de gran trascendencia, comoquiera que se trata de la incapacidad de una institución financiera de cumplir con sus obligaciones para con el público del cual ha captado sus recursos; de allí que la intervención de este organismo de control - Superintendencia- sea inmediata a fin de proteger adecuadamente los intereses de los usuarios de los servicios ofrecidos por las entidades objeto de intervención (artículo 46 del E.O.S.F.).

6.4.2 Por último, resalta esta Sala que la medida adoptada cumple la finalidad de la norma que le atribuyó la facultad al Superintendente para la toma de posesión de entidades financieras, cual es la salvaguarda de la confianza del público en el sistema financiero, toda vez que a pesar de que la toma de posesión puede ordenarse para administrar la entidad -que implica la creación de condiciones para desarrollar su objeto social- o para liquidar -cuando la actividad de la entidad no es viable-, en este caso, cuando previamente se había ordenado una capitalización, la cesación de pagos implicaba una pérdida de confianza que impedía la subsistencia del Banco Selfín S.A.

Concluye esta Sala que la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del

Consejo de Estado en sentencia de 11 de septiembre de 2006, no incurrió en vía de hecho al valorar la motivación de la Resolución 1100 de 16 de julio de 1999 expedida por la entonces Superintendencia Bancaria, por medio de la cual se ordenó la toma de posesión con fines de liquidación del Banco Selfín, comoquiera que la apreciación del juzgador resulta razonable, pues el referido acto administrativo se adoptó con base en un presupuesto fáctico suficiente que satisfizo el fin de la norma que le otorgó a la Superintendencia la facultad discrecional de tomar dicha decisión, pues ante el gran quebranto financiero y la considerable cesación de pagos del Banco Selfín era justificada.

De acuerdo con lo expuesto, la consecuencia lógica ante tal situación era tomar posesión de la entidad con el fin de liquidarla. En este sentido tiene relevancia lo manifestado por el Superintendente Financiero en el oficio de 5 de diciembre de 2007 presentado ante esta Sala de Revisión:

“Con todo, ninguna normal legal le imponía al Superintendente Bancario condicionamiento alguno para orientar el objetivo de la toma de posesión hacia la liquidación del patrimonio social de la entidad intervenida, o hacia la administración de sus bienes, haberes y negocios. Quedaba entonces a criterio de la autoridad de supervisión, definir la modalidad de la toma de posesión, dependiendo de las causales que la generaran.

En el expediente contencioso administrativo se demostró suficientemente que respecto del Banco Selfín S.A. la Superintendencia obró preventivamente y luego, consiguientemente con la cesación de pagos del Banco, que no daba tregua para ninguna otra alternativa, dada la magnitud y gravedad de la situación de impago en que se ubicó el ente intervenido el 15 de julio de 1999, cuando no pudo (sic) satisfacer la solución de obligaciones por más de 2.000 millones de pesos, tuvo que tomar posesión para liquidar” (Resalta la Sala).

6.5 Por todo lo anterior, la Sala concluye que la Sección Cuarta del Consejo de Estado en este caso, al proferir la sentencia de septiembre 11 de 2006, no desconoció el derecho fundamental al debido proceso ni el derecho de defensa de los accionantes, por lo que negará el amparo formulado.

V. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión del término para resolver la revisión, ordenada mediante auto de noviembre 26 de 2007 en el proceso de la referencia.

Segundo.- REVOCAR el fallo proferido el 28 de junio de 2007 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que confirmó la sentencia de 19 de abril de 2007 emitida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado por medio de la cual se rechazó por improcedente la acción de tutela instaurada por Luis Salomón Helo Kattah y otros contra la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. En su lugar, NEGAR el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa de los accionantes.

Tercero.- DAR por secretaría cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JAIME ARAÚJO RENTERIA

Magistrado Ponente

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA T-018 DE 2009 PRESENTADO POR LA MAGISTRADA CLARA INES VARGAS HERNANDEZ.

VIA DE HECHO POR DEFECTO FACTICO-Para la fecha en que se solicitó y rindió el concepto no se habían estructurado los motivos que dieron lugar a la toma de posesión del Banco Selfín/SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Cuando se configuran los hechos que dan lugar a la toma de posesión es cuando la citada entidad debe solicitar el concepto del Consejo Asesor y no antes/VIA DE HECHO POR DEFECTO FACTICO-EI Consejo de Estado le dio la calidad de concepto previo a una “recomendación” del Consejo Asesor además de ser anterior a las causales de toma de posesión (Salvamento de voto)

Para la Sala de Revisión, la Sección Cuarta del Consejo de Estado incurrió en un defecto fáctico al momento de darle la categoría de concepto previo al aparte del Acta N° 128 del Consejo Asesor, al sólo constatar existencia formal de un documento expedido con fecha anterior a que se hubiere producido la casual legal para la toma de posesión de la entidad vigilada, sin constatar la no existencia del concepto del Consejo Asesor expedido con posterioridad a la ocurrencia de la misma, y sin valorar las demás circunstancias que se desprenden del expediente y ponen en evidencia que el concepto exigido por el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero no podía ser aquél al que se le atribuyó tal categoría. Si bien es cierto que la Superintendencia puede tomar posesión de una entidad, previo concepto del Consejo Asesor, cuando dicha entidad haya suspendido el pago de sus obligaciones, sin embargo, es cuando se configuran los hechos que dan lugar a la toma de posesión, que la Superintendencia debe solicitar el concepto al Consejo Asesor y no antes. al observarse que la “recomendación” del Consejo Asesor de fecha mayo 31 de 1999, fue solicitada y emitida un mes y medio antes de la adopción de la medida, sin que para la fecha se hubiese configurado la causal de cesación de pagos por la cual la Superintendencia ordenó la toma de posesión de la entidad, no podía dársele la calidad de ‘concepto previo’ al documento aludido.

Para la Corte, tal y como se señaló en la parte dogmática de esta providencia, la

discrecionalidad no debe rayar con la arbitrariedad, y cuando los artículos 114 y 326 del E.O.S.F. establecen que le corresponde a la Superintendencia Bancaria tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada cuando se presente alguna de las causales señaladas en el E.O.S.F. que, “a juicio del Superintendente Bancario, hagan necesaria la medida...”, no quiere ello significar que el ente de control, no deba manifestar las razones por las cuales “a su juicio” decide tomar posesión de un Banco para liquidarlo o para administrarlo, reservándose para sí tales motivos, sino que debe sustentarlos y exteriorizarlos, en garantía de los principios de publicidad y contradicción, y de respeto al debido proceso de los afectados con la decisión. El deber de motivar los actos representa una carga que el derecho constitucional y administrativo contemporáneo impone a la administración, según la cual ésta se encuentra obligada a exponer las razones de hecho y de derecho que determinan su actuar en determinado sentido. Así, el deber de motivar los actos administrativos, salvo excepciones precisas, se revela como un límite a la discrecionalidad de la administración.

DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA-Vulneración al desestimar la necesidad de motivar el acto administrativo de la toma de posesión con fines de liquidación del Banco Selfín (Salvamento de voto)

La Sala concluye que la Sección Cuarta del Consejo de Estado, al proferir la sentencia de septiembre 11 de 2006, desconoció el derecho fundamental al debido proceso de los accionantes y su derecho de defensa, al desestimar la necesidad de motivar el acto administrativo que ordenó la toma de posesión con fines de liquidación del Banco Selfin S.A., consintiendo que una facultad discrecional pueda ser ejercida arbitrariamente sin necesidad de motivaciones y ajena a la realidad fáctica, cuando el legislador no ha excepcionado este caso del deber de motivación de los actos administrativos.

Con el respeto que me merece la decisión tomada por la mayoría de los integrantes de la Sala Novena de Revisión, expreso a continuación las razones de mi salvamento de voto, las mismas plasmadas en el proyecto presentado para discusión en Sala y que no fue aprobado, orientado a conceder la tutela solicitada.

Además, teniendo en cuenta la respuesta a la demanda de tutela por parte de la Sección Cuarta del Consejo de Estado³⁹, así como el hecho notorio de que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la misma Corporación, así como sus secciones, son renuentes y no admiten la procedencia de la acción de tutela contra sus decisiones, como tampoco dan cumplimiento a los fallos de revisión de tutela proferidos por la Corte

Constitucional⁴⁰, para que cese la vulneración de los derechos fundamentales de los actores, la Corte ha debido además de acceder a la tutela, proferir la sentencia de reemplazo en este caso.

1. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

1.1. Los accionantes estiman vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, con el fallo de septiembre 11 de 2006 proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por medio del cual se confirmó la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda interpuesta en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la resolución 1100 de julio 16 de 1999, expedida por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, mediante la cual se tomó posesión de los negocios, bienes y haberes del Banco Selfín con el fin de liquidarlo. A juicio de los demandantes se configuró una “vía de hecho por defecto fáctico” porque las pruebas aportadas al proceso no demostraron que antes de la toma de posesión, se hubiese emitido el concepto del Consejo Asesor que exige la ley, razón por la cual éste no pudo tener en cuenta la nueva situación financiera del banco liquidado. Asimismo, que en la sentencia se desestimó la necesidad de motivar por qué la decisión administrativa de toma de posesión del banco se hizo con fines de liquidación y no de administración.

Por su parte, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, a través de la Consejera ponente de la providencia controvertida, señala que la acción de tutela no procede contra providencias judiciales tal como lo indicó la sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional, más aún cuando tal procedencia atentaría con los principios de cosa juzgada y de autonomía funcional de los jueces; y el carácter residual y subsidiario de la acción, que elimina toda posibilidad de considerarla como una instancia más o como un recurso extraordinario.

A su turno, la Superintendencia Financiera asevera que la situación del Banco condujo a expedir la resolución 1100, pues a partir de las visitas efectuadas al Banco desde el año 1998 se detectó la debilidad de su estructura financiera y en junio de 1999, este incurrió en cesación de pagos. Destaca que el 31 de mayo de 1999 la Superintendencia Bancaria, mediante el documento 023 puso en conocimiento del Consejo Asesor la grave situación del banco, antes de proceder a su liquidación y que el Ministro de Hacienda y Crédito Público dio su aprobación a la medida adoptada por la Superintendencia. Sostiene que la Sección Cuarta del Consejo de Estado confirmó la decisión de primera instancia porque reconoció que el acto administrativo estaba ajustado a derecho. Agrega que las sentencias hicieron tránsito a cosa juzgada y, por lo tanto, no es posible revivir el asunto mediante la acción de tutela.

Los jueces de tutela coincidieron en estimar que la acción de tutela no procede contra providencias judiciales, pues de lo contrario se desvirtuarían los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica y autonomía judicial, razón por la cual rechazaron la misma.

1.2. De acuerdo con la situación fáctica planteada, y por cuanto no ha existido una decisión de fondo en este caso, corresponde a esta Sala determinar si la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante la providencia de septiembre 11 de 2006, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por los accionantes contra la Superintendencia Bancaria de Colombia y otros, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa de los primeros mencionados, (i) al incurrir en un eventual defecto fáctico al momento de establecer si hubo o no concepto previo del Consejo Asesor de la Superintendencia Bancaria para proceder a la toma de posesión del Banco Selfin con el fin de liquidarlo y, (ii) al desestimar la necesidad de motivar el por qué la decisión administrativa de toma de posesión se hizo con fines de liquidación y no de administración.

A efectos de dar respuesta a lo anterior, la Sala previamente deberá reiterar la jurisprudencia constitucional relativa a (i) la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; (ii) medidas que puede adoptar la Superintendencia Bancaria en relación con las entidades financieras sujetas a su control y vigilancia; así como (iii) al alcance de las facultades discrecionales de la Administración y la necesidad de que los actos administrativos que se expiden con fundamento en dichas facultades, sean

motivados.

2. La procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

2.1. Cabe recordar, que el clásico Estado de derecho sufrió profundas modificaciones en Colombia a partir de la expedición de la Constitución de 1991, al consagrar como modelo de Estado el social de derecho. Expresión “social” agregada al Estado de derecho, que como se sabe no es una simple muletilla retórica sino un concepto de enorme trascendencia debido a la profunda incidencia sobre nuestra organización socio política, no solamente desde el punto de vista del aseguramiento por parte del Estado de estándares mínimos en cuanto a las necesidades básicas de la población, es decir, con respecto al denominado Estado bienestar, sino también por cuanto se proyecta sobre la concepción jurídico-política del Estado, entronizando el Estado constitucional democrático derivado de la actividad intervencionista del Estado, según el cual, además de mantenerse la Constitución como norma de superior jerarquía, por virtud de su artículo cuarto adquirió fuerza normativa y por tanto vinculante, con la consecuente pérdida de la importancia sacramental del texto legal como fuente principal del derecho.

Cambio trascendental que trajo la Constitución de 1991 al establecer el Estado constitucional democrático en cuanto al otorgamiento de fuerza vinculante directa a la parte dogmática de la misma, lo que incluye su preámbulo y los valores, principios y derechos constitucionales que la conforman, y cuya interpretación debe hacerse de manera armónica e integral. La fuerza normativa vinculante de las normas constitucionales a partir de 1991, implica como consecuencia grandes cambios en la manera de interpretar el derecho, por la enorme influencia sobre la operatividad misma de la Constitución, sobre la adecuación del ordenamiento a ella y sobre el control de constitucionalidad en general.⁴¹

Nuevo modelo de Estado constitucional democrático, en el que no puede aceptarse que la Constitución continúe supeditada a la actividad del legislador para su operatividad, convirtiéndose en la única garantía para el ciudadano el control de constitucionalidad de la ley. Por el contrario, el nuevo Estado social de derecho implica la aplicabilidad directa de todas sus normas como garantía para todos los ciudadanos y por ende, el ajuste inmediato de todo el ordenamiento jurídico a la norma de superior jerarquía.

La fuerza normativa de la Constitución significa entonces que se ha constituido de manera definitiva en sí misma en fuente del derecho y por tanto aplicable directamente por los jueces en el cumplimiento de la misión que les ha sido confiada, pasando de ser norma de aplicación indirecta para ser norma que se aplica junto con la ley o incluso frente a ella.

En efecto, la Constitución es fuente principal de derecho, y en su calidad de norma suprema a su vez es fuente sobre las fuentes del derecho. Recordemos que el artículo 230 de la Constitución, señala que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. La Corte Constitucional ha precisado, que al disponer el artículo 230 de la Constitución que los jueces en sus providencia sólo están sujetos al “imperio de la ley”, debe entenderse no en su acepción formal sino material, es decir, referida al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas por cuanto la Constitución es norma superior y fuente del derecho⁴².

La Corte Constitucional en reciente decisión⁴³, consideró que la Constitución de 1991, propia del constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX, ha generado cambios trascendentales, entre otros en el sistema de fuentes del derecho, al haberse convertido la Constitución formal y materialmente en principal fuente del derecho, y por lo mismo, no como un conjunto de disposiciones meramente programáticas sino como una verdadera regulación con consecuencias jurídicas, y advirtió dos consecuencias de la eficacia directa de sus normas.

Dijo la Corte, “...en este nuevo modelo, a la noción de supremacía constitucional se adiciona el de eficacia directa o aplicación directa de la Constitución que tiene varias consecuencias. En primer lugar, el derecho que tiene toda persona de exigir ante las autoridades la realización de las reglas, principios y valores constitucionales, sin necesidad que, en principio, exista una ley o un reglamento que desarrolle las disposiciones contenidas en la Carta Política y, en segundo lugar, que al ser ella la principal fuente de Derecho, toda decisión de una autoridad o un particular debe observar los

contenidos constitucionales y ello en razón al efecto de irradiación⁴⁴ que caracteriza los preceptos superiores.”

Efectividad y eficacia de los derechos y libertades constitucionales fundamentales como pilares esenciales de un Estado social de derecho, que fueron aseguradas por la Constitución al crear tanto la acción de tutela como la Corte Constitucional a quien se le confió no solo la guarda de su integridad y supremacía sino la de actuar como órgano máximo para la protección y garantía de los citados derechos y libertades a través de la revisión eventual de las acciones de tutela.

Cabe recordar, que el artículo 86 de la Constitución consagra que, “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente, y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.”.

Como se aprecia sin dificultad, y así lo ha sostenido esta corporación, la citada disposición no hace distinción alguna entre las autoridades públicas que pueden vulnerar o amenazar por acción u omisión los derechos fundamentales de las personas, por lo que debe concluirse que la acción de tutela procede también contra todas las decisiones judiciales, pues todos los jueces son autoridades públicas, siendo dicha acción de carácter judicial, autónoma, residual y subsidiaria, para la protección de los citados derechos en todos los casos en que éstos resulten vulnerados o amenazados, aún tratándose del ámbito judicial, siempre y cuando el afectado no cuente con un mecanismo de defensa judicial, o cuando la protección resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable.

Procedencia de la acción de tutela contra todas las providencias judiciales que en armonía con principios constitucionales como el de la seguridad jurídica y la distribución superior de competencias, la autonomía e independencia judicial, entre otros, tiene un carácter excepcional pues debe limitarse a aquellos casos en que mediante la providencia

judicial se configure una lesión, o se ponga en peligro uno o varios derechos fundamentales.

En efecto, en las Jurisdicciones Ordinaria y Contenciosa existen recursos ordinarios y extraordinarios contra los autos y las sentencias que no son incompatibles con la acción de tutela, y sin bien aquellos se orientan de una u otra manera a la protección de los derechos fundamentales, cuando resultan ineficaces o no son idóneos para lograr dicha propósito, nada impide que el afectado acuda a la acción de tutela como mecanismo que directa y exclusivamente ha sido establecido para cumplir dicha misión mediante un procedimiento preferente y sumario.

2.2. Ahora bien, en el desarrollo de la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, se ha planteado la imposibilidad sin excepción alguna, de que una decisión dictada por esa Corporación, pueda ser objeto de reproche alguno por vía de acción de amparo constitucional, postura que si bien es cierto hace nugatorio el acceso efectivo a la administración de justicia, se constituye en una decisión de fondo, por lo menos desde una perspectiva formal, que resuelve la instancia correspondiente.

Al respecto, esta Corporación ha considerado que dicha orientación jurisprudencial es atentatoria de la garantía efectiva de los derechos fundamentales. Sobre la inconveniencia de la postura jurisprudencial de la Corte Suprema, mediante sentencia T-701 de 200445, esta corporación sostuvo:

“[L]a Corte no comparte la fundamentación de la decisión adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como juez de tutela. La afirmación universal de que en ningún caso habrá tutela contra sentencias judiciales, en atención a los principios de autonomía judicial y cosa juzgada, con base en la cual justifica su decisión, hace caso omiso de su obligación como juez constitucional, cual es –entre otras– velar porque ninguno de los principios en conflicto sea derogado implícitamente en su decisión. La imposibilidad de eliminar el error humano no implica que el sistema jurídico tenga que descargar sobre los ciudadanos el potencial errático de quienes administran justicia. Por el contrario, el Estado debe diseñar –y de hecho ha diseñado– mecanismos y recursos para subsanar, hasta donde sea posible, tales defectos. Otro de

los motivos por los cuales es razonable -y hasta necesario- comprender en el ordenamiento jurídico la posibilidad de interponer tutela contra sentencias judiciales, no es corregir ad infinitum las fallas que comprendan las providencias, sino unificar los parámetros y lineamientos interpretativos de los derechos fundamentales por parte de un solo ente (la Corte Constitucional) de tal manera que en su respeto y protección queden comprendidos no solamente los jueces de tutela y el Tribunal constitucional, sino todos los entes que administran justicia en el Estado.”

Sin embargo, el Consejo de Estado no dispone el rechazo de plano o la no admisión a trámite de la solicitud de tutela presentada, y no niega la remisión de las actuaciones a esta Corporación, con el fin de que se surta el trámite de eventual revisión.⁴⁶

Cabe recordar, que en un Estado Social de Derecho como el nuestro, soportado en el deber de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y la vigencia de un orden justo, no puede concebir que ninguna autoridad pública -incluido el Consejo de Estado-, se rehúse a garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia, pues se trata sencillamente de un acto de denegación de justicia, que está imposibilitando en un momento dado, el restablecimiento de derechos fundamentales que por errores normales de la condición humana, pueden presentarse al momento de decidir un controversia.

Fue esa la razón, para que el intérprete constitucional amparado en la función prevista en el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución Política⁴⁷, hubiera considerado que tenía competencia para someter a eventual revisión, las decisiones dictadas por las distintas Secciones y por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

2.3. En relación con la tutela contra providencias judiciales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha advertido de manera reiterada, que la acción de tutela en principio, no procede contra las decisiones proferidas por cualquier autoridad judicial, en tanto (i) se trata de decisiones que constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales proferidos por funcionarios profesionalmente formados para aplicar la Constitución y la ley; (ii) el valor de cosa juzgada de las decisiones que resuelven las controversias planteadas ante los jueces y la garantía del principio de seguridad jurídica y (iii) la autonomía e independencia que

caracteriza el poder judicial, como principio estructurante de los estados democráticos.⁴⁸

Sin embargo, este parámetro fue morigerado a partir de la sentencia C-543 de 199249, en el sentido de que es posible su ejercicio de manera excepcional, cuando el pronunciamiento del funcionario judicial, equivale a una vía de hecho, producto de la arbitrariedad o el capricho y que no obedezca a una correcta interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico.⁵⁰ Sobre el particular, la Corte en esa oportunidad sostuvo:

“Ahora bien, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia” (negrillas en el texto original).

Es a partir de este momento, que la jurisprudencia constitucional empieza a decantar los parámetros para que la acción tutelar tenga vocación de prosperidad, respecto de providencias judiciales, cuando se encuentren en entredicho derechos fundamentales, construcción que ha venido efectuándose de manera paulatina.

Inicialmente, la Corte consideró que la acción de tutela procedía contra decisiones de las autoridades jurisdiccionales, únicamente cuando el juez constitucional constataba la existencia de un defecto sustantivo, procedimental, fáctico u orgánico⁵¹, orientación que fue variando a medida que surgían otros asuntos, en los que la Corte encontró que no siempre las vías de hecho, eran producto del capricho y la arbitrariedad de la autoridad judicial, pero que sin embargo, se trataba de decisiones inadmisibles desde la perspectiva constitucional, razón por la cual el desarrollo dogmático sobre el tema, continuó ampliándose.⁵²

En ese orden de ideas, la Corte más adelante consideró necesario efectuar un ajuste terminológico al término vía de hecho, acogiendo como más apropiado el de causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, denominación que comprende un catálogo más amplio de posibilidades, que en últimas están encaminadas a lograr la garantía efectiva y material de los derechos fundamentales, que pueden ser objeto de trasgresión en la actividad judicial.⁵³

Este esfuerzo argumentativo, fue recogido finalmente en la sentencia C-590 de 200554, decisión en la que el Tribunal Constitucional determinó unos presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela generales, que están encaminados a la determinación de la viabilidad del amparo constitucional desde el punto de vista formal, y otros específicos, referidos al estudio del asunto desde una perspectiva material.

Los requisitos de procedibilidad generales, que deben ser verificados íntegramente por el juez de tutela, son: (i) que la cuestión planteada al juez constitucional sea de relevancia constitucional⁵⁵; (ii) que se hayan agotado todos los mecanismos de defensa judicial, previstos en el ordenamiento jurídico, a menos que se trate de un perjuicio irremediable⁵⁶; (iii) que la acción de amparo constitucional, haya sido interpuesta oportunamente, es decir que se cumpla el requisito de inmediatez⁵⁷; (iv) que en el evento de tratarse de una irregularidad procesal, se indique que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la decisión que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora⁵⁸; (v) que la vulneración reclamada en sede de acción de tutela, haya sido alegada en el proceso judicial respectivo, siempre y cuando hubiera sido posible⁵⁹; (vi) que no se trate de tutela contra tutela.

Por su parte, las causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, respecto de las cuales, solamente es necesario la configuración de una de ellas, la Corte determinó que son: (i) el defecto material o sustantivo, que se configura cuando la decisión judicial objeto de reproche, se apoya en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; (ii) el defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece de competencia; (iii) el defecto procedimental, que se origina cuando el funcionario judicial dicta la decisión, apartado completamente del procedimiento dispuesto en el ordenamiento jurídico; (iv) el defecto fáctico, surge cuando el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado; (v) el error inducido, que se presenta cuando el juez fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales; (vi) la decisión sin motivación, cuando la decisión carece de fundamentos fácticos y jurídicos, en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional; (vii) el desconocimiento del precedente, que se presenta, *verbi gratia*, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance y (viii) la violación directa de la Constitución.

3. Medidas que puede adoptar la Superintendencia Bancaria en relación con las entidades financieras sujetas a su control y vigilancia.

Por mandato constitucional, como lo establece el numeral 25 del artículo 189 de la Carta Política, corresponde al Presidente de la República, “ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley”.

En cumplimiento del citado precepto constitucional, corresponde al legislador establecer las normas especiales encaminadas a salvaguardar la confianza pública en el sistema financiero. En tal virtud, en el Estatuto Orgánico de sistema Financiero, se prevén Institutos de Salvamento (art. 113), como la vigilancia especial, recapitalización, administración fiduciaria, cesión total o parcial de activos, pasivos y

contratos y enajenación de establecimientos de comercio a otra institución, fusión, o adoptar un programa de recuperación, entre otras.

También consagra el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (E.O.S.F.) en su artículo 114, las causales para la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada, cuando a juicio de la Superintendencia bancaria, sea necesaria la medida, previo concepto del Consejo Asesor y con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Medida administrativa de intervención que debe obedecer a las causales específicas allí previstas. Consagra la norma citada:

“ARTICULO 114. Corresponde a la Superintendencia Bancaria tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada cuando se presente alguno de los siguientes hechos que, a su juicio, hagan necesaria la medida, previo concepto del Consejo Asesor y con la aprobación del Ministro de Hacienda y Crédito Público:

- a. Cuando haya suspendido el pago de sus obligaciones;
- b. Cuando haya rehusado la exigencia que se haga en debida forma de someter sus archivos, libros de contabilidad y demás documentos, a la inspección de la Superintendencia Bancaria;
- c. Cuando haya rehusado el ser interrogado bajo juramento, con relación a sus negocios;
- d. Cuando incumpla reiteradamente las órdenes e instrucciones de la Superintendencia Bancaria debidamente expedidas;
- e. Cuando persista en violar sus Estatutos o alguna ley;
- f. Cuando persista en manejar los negocios en forma no autorizada o insegura, y
- g. Cuando se reduzca su patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito”. (Texto correspondiente al Decreto 663 de 1993).60

A su turno, el artículo 115 del E.O.S.F. señala los pasos que debe tener en cuenta la Superintendencia para tomar posesión de una entidad vigilada y las opciones que

puede acoger. Dispone:

Cuando se trate de la toma de posesión para administrar una institución vigilada, con el objeto de colocarla en condiciones de desarrollar su objeto social de acuerdo con las disposiciones legales, así deberá consignarlo expresamente el Superintendente Bancario en la respectiva resolución". (Texto correspondiente al Decreto 663 de 1993).

De la lectura de los artículos transcritos se desprende claramente que cuando una entidad bancaria incurra en las causales allí taxativamente señaladas, la Superintendencia podrá tomar inmediata posesión de los bienes, haberes y negocios de la misma, previo concepto del Consejo Asesor, la cual debe tener la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, bien para administrarla o bien para liquidarla.

El artículo 114 señala claramente, que previamente a la toma de posesión de una entidad vigilada, el Superintendente debe contar con el concepto del Consejo Asesor, cuando se presenten alguno de los motivos que dan lugar a la toma de posición, requisito que reitera el artículo 115 Idem. Esto significa que el órgano asesor debe tener la oportunidad de evaluar la específica situación frente a la estructuración de las causales que dan lugar a la toma de una medida del control, a fin de poder emitir el concepto respectivo sobre la conveniencia de la adopción de una u otra de dichas medidas. Es así como el referido concepto debe reflejar las circunstancias de hecho presentes con respecto a la entidad vigilada, y no otras, ya que se trata de una herramienta fundamental en la orientación de la definición de la medida adecuada a la situación real de ésta, siendo entonces necesario que la Superintendencia solicite dicho concepto al Consejo Asesor una vez se produce la causal respectiva y no antes cuando la misma no ha ocurrido⁶¹.

Cabe recordar, que conforme al artículo 115 Idem, la toma de posesión tiene dos finalidades, dependiendo la situación de crisis que acude a la entidad vigilada, bien para asumir la administración de la misma a fin de enervar los hechos que le impiden desarrollar regularmente su objeto social, asumiendo las más amplias facultades administrativas para ponerla en condiciones de desarrollar su objeto social, o bien para decretar su liquidación poniendo fin al desarrollo de su objeto social e iniciando un proceso encaminado a la liquidación de activos para el pago de los pasivos externos⁶².

En relación con la determinación de la medida de control procedente, es una potestad del organismo respectivo adoptarla, con fundamento en bases reales y acordes con la situación fáctica presentada concordante con el concepto del Consejo Asesor. Dicha medida, si bien es discrecional, no podrá ser adoptada de manera arbitraria por lo que deberá mediar la exposición de los fundamentos que dieron lugar a ella como pasa a explicarse.

4. El alcance de las facultades discrecionales de la Administración y la necesidad de que los actos administrativos que se expiden con fundamento en dichas facultades sean motivados.

4.1. Esta Corporación ha construido una sólida doctrina constitucional en torno a la posibilidad de que el legislador otorgue a la Administración facultades discrecionales para la adopción de ciertas decisiones o el desarrollo de determinadas actuaciones, con el fin de facilitar la consecución de los fines estatales y el cumplimiento de las funciones a ella asignadas⁶³.

Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, las decisiones que adopte la Administración en ejercicio de dichas facultades, necesariamente deben tener fundamento en motivos suficientes que permitan distinguir lo discrecional de lo puramente arbitrario o caprichoso, tal como lo exige el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo⁶⁴, según el cual “en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”, de tal manera que las facultades discrecionales de la Administración no lo son de manera absoluta, sino limitada por los objetivos que se persiguen con su otorgamiento y por la proporcionalidad en su aplicación.

En efecto, desde el año 1975 el Consejo de Estado ha señalado que en un Estado Social de Derecho la discrecionalidad absoluta resulta incompatible con la exigencia de que el Estado asuma la responsabilidad por las decisiones que adopta. Esa Corporación señaló:

“De manera general, se observa que las actuaciones administrativas, cualquiera que sea su materia, están reguladas más o menos detalladas en la ley. En algunos casos, la ley o

el reglamento determinan la jurisdicción, el órgano competente, la facultad de que se trata, la oportunidad de ejercerla, la forma externa en que debe vertirse la decisión con que se ejerce, el sentido y finalidad en que debe ejercerse, los hechos cuya ocurrencia condiciona ese ejercicio. (...)Esta forma detallada y completa de regulación es la ideal en el Estado de derecho, si la preocupación central de éste es la contención del poder y su subordinación al derecho en salvaguardia de los intereses de los administrados. Pero un tal tipo de reglamentación es de una rigidez impracticable ya que es imposible que la norma lo prevea todo y predetermine y calcule todas las formas de relaciones y consecuencias jurídicas de las mismas. Hay casos en que es forzoso dejar a la apreciación del órgano o funcionario algunos de aquellos aspectos. Unas veces será la oportunidad para decidir, facultándolo para obrar o abstenerse, según las circunstancias; otras, la norma le dará opción para escoger alternativamente en varias formas de decisión; en algunas ocasiones, la ley fijará únicamente los presupuestos de hecho que autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata, dando al órgano potestad para adoptar la decisión conveniente. Esto es, que hay facultades administrativas que se ejercen dentro de un cierto margen de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar, de juzgar, circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia, ya para actuar o no hacerlo, o para escoger el contenido de su decisión, dentro de esos mismos criterios.

Pero, en consecuencia, no hay en el Estado de derecho facultades puramente discrecionales, porque ello eliminaría la justiciabilidad de los actos en que se desarrollan, y acabarían con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. En el ejercicio de la facultad reglada hay mera aplicación obligada de la norma: en el de la relativa discrecionalidad, la decisión viene a ser completa por el juicio y la voluntad del órgano que añaden una dimensión no prevista en la disposición que se esta”65. (Negrilla fuera de texto)

En el mismo sentido, esta Corporación, a propósito del juicio de constitucionalidad del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, mediante el cual se estableció la posibilidad de declarar insubsistente el nombramiento hecho a una persona en un cargo del servicio civil que no pertenezca a la carrera administrativa, sin necesidad de motivar el acto correspondiente, señaló:

“(…) la discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional.”⁶⁶

Así las cosas, tal y como se desprende de lo anteriormente expuesto, lo discrecional no puede confundirse con lo arbitrario ni con la ausencia de motivos para proferir determinada decisión, ya que, tal como se señaló, la discrecionalidad exige, de un lado, que la decisión que se adopte responda a los fines de la norma que otorga la facultad y, del otro, la proporcionalidad entre los hechos respecto de los cuales se pronuncia la administración y la consecuencia jurídica que se genera. Esta Corporación ha señalado:

“Encontramos, pues, en la discrecionalidad, dos elementos; uno, la adecuación de la decisión a los fines de la norma que autoriza la facultad discrecional, y otro, la proporcionalidad con los hechos que sirvieron de causa. La adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él. Por su parte, la proporcionalidad es con los hechos que le sirven de causa a la decisión, y no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico; de ahí que cobre sentido la afirmación de Kelsen, para quien la decisión en derecho asigna determinados efectos jurídicos a los supuestos de hecho. De todo lo anterior se desprende que la discrecionalidad no implica arbitrariedad al estar basada en los principios de racionalidad y razonabilidad.”⁶⁷
(Negrilla fuera de texto)

Se concluye entonces que la discrecionalidad con la que puede contar la administración en determinados eventos no puede confundirse de manera alguna con arbitrariedad, ya que dicha discrecionalidad no es absoluta, sino que se circunscribe a unos fines específicos y a la proporcionalidad entre la decisión de la Administración y los hechos que

le dan fundamento a la misma; además, por cuanto la decisión adoptada por la Administración debe encontrar fundamento en motivos suficientes que permitan diferenciar la actuación administrativa discrecional de la arbitraria y del abuso de las facultades otorgadas⁶⁸.

4.2. De manera concordante con lo anteriormente expuesto, esta Corporación ha establecido que en materia de actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales, dicha discrecionalidad no implica que la Administración se exonere del deber de motivar sus decisiones. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en establecer la importancia de la motivación de los actos administrativos, como garantía de que los destinatarios del mismo puedan conocer las razones en las que se funda la Administración al adoptar decisiones que afecten sus intereses generales o particulares⁶⁹.

En ese sentido, la Corte Constitucional, a través de reiterados pronunciamientos, ha establecido que dicha exigencia encuentra fundamento en el principio de publicidad que orienta el ejercicio de la función pública y que se encuentra consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política, así como en el precepto normativo contenido en el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, según el cual, “habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares”.

Así las cosas, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido consistente en señalar que la regla general en materia de actos administrativos es precisamente que éstos sean motivados, de tal manera que se expresen los motivos o causas que sustentan la actuación de la Administración. En este sentido, la Corte, en sentencia SU-250 de 1998, sostuvo:

“En la Constitución de 1991, la motivación, que es expresión del principio de publicidad, es constitucionalmente recogida en el artículo 209: ‘La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad’ (...).

La Constitución de 1991 dispuso al Estado como social de derecho, es decir, que una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo. Es la desviación de poder que hoy contempla el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, como causal autónoma de nulidad de los actos administrativos, y que antes se deducía del artículo 66 del anterior Código, cuando se hablaba de abuso o desviación en las funciones propias del funcionario público.”

Sin embargo, este Tribunal también ha determinado que existen excepciones al deber general de motivación de los actos administrativos, las cuales, en aras de preservar el principio de legalidad de las actuaciones de la Administración, deben estar expresamente establecidas en la ley⁷⁰. Así, en sentencia C-371 de mayo 26 de 1999, la Corte señaló:

“Si en el Estado de Derecho ningún funcionario puede actuar por fuera de la competencia que le fija con antelación el ordenamiento jurídico, ni es admisible tampoco que quien ejerce autoridad exceda los términos de las precisas funciones que le corresponden, ni que omita el cumplimiento de los deberes que en su condición de tal le han sido constitucional o legalmente asignados (arts. 122, 123, 124 y 209 C.P., entre otros), de manera tal que el servidor público responde tanto por infringir la Constitución y las leyes como por exceso o defecto en el desempeño de su actividad (art. 6 C.P.), todo lo cual significa que en sus decisiones no puede verse reflejado su capricho o su deseo sino la realización de los valores jurídicos que el sistema ha señalado con antelación, es apenas una consecuencia lógica la de que esté obligado a exponer de manera exacta cuál es el fundamento jurídico y fáctico de sus resoluciones. Estas quedan sometidas al escrutinio posterior de los jueces, en defensa de los administrados y como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la sociedad.

(...)Todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna. Y, si los hubiere, carecen de validez,

según declaración que en cada evento hará la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la sanción aplicable al funcionario, precisamente en los términos de la disposición examinada”.

En conclusión, la Corte Constitucional ha señalado que todos los actos de la administración deben ser motivados, al menos sumariamente, so pena de carecer de validez, salvo los expresamente señalados por el legislador, pero que aún en estas situaciones excepcionales, donde no se requiere expresar los motivos del acto, ello no significa que no deban existir razones suficientes para la expedición del mismo, ya que la ausencia de éstas sería equiparable con el concepto de arbitrariedad en la actuación.

5. Análisis del caso concreto.

Los demandantes presentaron acción de tutela contra la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por considerar que dicha autoridad judicial desconoció sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, al proferir el fallo de septiembre 11 de 2006, en el cual se confirmó la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda interpuesta en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la resolución 1100 de julio 16 de 1999, expedida por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, mediante la cual se tomó posesión de los negocios, bienes y haberes del Banco Selfín con el fin de liquidarlo. Estiman los accionantes que se configuró la causal de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales denominada “defecto fáctico”, dado que las pruebas aportadas al proceso no demostraron que antes de la toma de posesión, se hubiese emitido el concepto del Consejo Asesor que exige la ley. Del mismo modo, consideran que en la sentencia controvertida se desestimó la necesidad de motivar por qué la decisión administrativa de toma de posesión del banco se hizo con fines de liquidación y no de administración, desconociéndose su derecho a la defensa.

Antes de abordar el fondo del asunto, a efectos de una mayor claridad, la Sala considera adecuado efectuar un breve recuento cronológico de las actuaciones que antecedieron la toma de posesión del Banco Selfin S.A.

5.1. Recuento cronológico de las actuaciones en el caso concreto.

- La Sociedad anónima Banco Selfin S.A., se constituyó en el mes de abril de 1995, con un capital pagado por sus socios de \$16.000.000.000 (posteriormente incrementado) y operó, a partir de dicho momento, a nivel nacional, en las ciudades de Bogotá D.C., Cali, Medellín, Barranquilla y Cartagena, con ocho oficinas, bajo la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria de Colombia.

- Desde su inicio la sociedad Banco Selfin S.A., funcionó como matriz de un grupo económico formado por las siguientes sociedades filiales: (a) Leasing Selfin S.A., CFC, Compañía de Financiamiento Comercial, especializada en leasing, sociedad constituida desde noviembre de 1985, con participación del Banco Selfin en un 94.999120%; (b) Fiduciaria Selfin S.A., sociedad constituida desde marzo de 1992 con participación del Banco Selfin S.A. en un 93.9980%, y; (c) Sarmiento Lozano S.A. -Comisionista de Bolsa: Sociedad constituida desde enero de 1982, con la participación del Banco Selfin S.A. en un 51.3%.

- Al corte del primer ejercicio contable, realizado a los ocho meses de funcionamiento, el Banco Selfin S.A. registró utilidades por valor de \$1.007.000.000, tal como aparece reflejado en los estados financieros aprobados por la Superintendencia Bancaria (cuaderno denominado "Carpeta # 1 - Estados Financieros años 1995 y 1996"). La entidad continuó con un buen desempeño y produjo utilidades hasta el mes de febrero de 1998, cuando entró en un proceso caracterizado por el freno acelerado de su crecimiento y la ocurrencia de pérdidas que se incrementaron rápidamente, para la época en la cual el país afrontaba una crisis en el sector financiero⁷¹.

- El Gobierno Nacional adoptó algunas medidas que permitieran la recuperación del sector financiero, especialmente la creación de líneas de crédito a través del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras - Fogafin, esta última que reglamentó el procedimiento para este fin mediante resolución N° 004 de mayo 18 de 1999, sustituida por la resolución N° 006 de junio 30 siguiente.

- El Banco Selfin S.A. desde abril de 1999, inició gestiones ante Fogafin para que se determinaran las condiciones que debía cumplir en orden a acceder a la línea de crédito establecida para la capitalización de las entidades. En la primera comunicación recibida por el banco del Fogafin el 16 de abril de 1999, dicha entidad le señaló que se

encontraba diseñando una línea de crédito para capitalización de las entidades financieras (folio 303 del cuaderno principal).

- Posteriormente, el Banco Selfin bajo los presupuestos de la resolución N° 004 de 1999, que finalmente reglamentó las condiciones para acceder al crédito de Fogafin, inició el proceso de determinar cuales eran los consultores que dicha entidad estimaban adecuados para que realizaran la labor exigida por el artículo 16 de la norma referida, que imponía que Fogafin los contratara por cuenta de la entidad solicitante.

- Una vez que el Fogafin determinó quienes serían los consultores, comunicó dicha decisión al Banco mediante oficio N° 3831 de junio 18 de 1999 (folio 242 del cuaderno principal) y el Banco Selfin procedió a contratar las firmas de consultores y auditores⁷².

- La actuación de la Superintendencia Bancaria se centró en la realización de tres visitas especiales de inspección: la primera, cumplida entre el 4 de noviembre y el 23 de diciembre de 1998, consecuencia de la cual elaboró el informe entregado al Banco en febrero de 1999; la segunda entre el 16 de abril y el 10 de mayo de 1999, de la cual se presentó informe el 14 de mayo; y, la última, entre el 11 y 13 de junio de 1999, rindiéndose informe que fue entregado al Banco el 30 de junio de 1999.

- Cumplida la segunda visita de inspección y antes de recibir el informe de la tercera, la Superintendencia consideró necesario acudir a las medidas cautelares que recogen los artículos 113 y 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, ordenando mediante oficio radicado con el N° 1999032525-0 de mayo 25 de 1999 (folios 178 a 190), la capitalización del Banco en la suma de \$16.000.000.000, orden que debía cumplirse a más tardar el 09 de julio de 1999.

- La Asamblea General de Accionistas del Banco Selfin S.A., en cumplimiento a la orden referida, en sesión de junio 10 de 1999 aumentó el capital autorizado de la entidad a la suma de \$45.000.000.000 (acta a folios 216 y 217 del cuaderno principal), el cual se solemnizó mediante la Escritura Pública N° 2368 de junio 21 de 1999 de la Notaría 42 del Circulo de Bogotá (folios 220 a 226 del cuaderno principal).

- Como consecuencia de las observaciones y recomendaciones dadas en la orden de

capitalización, el Banco Selfin y la Superintendencia suscribieron el 15 de junio de 1999 un Plan de Ajuste con vencimiento a 31 de diciembre de 1999 (folios 230 a 233 del cuaderno principal), cuyo objeto era “la adopción de medidas por parte del Banco tendientes a su fortalecimiento patrimonial y a la instrumentación de acciones orientadas a la movilización de los activos improductivos y a la enajenación de aquellas inversiones de renta variable no necesarias para el normal funcionamiento del Banco”.

- El día 07 de julio de 1999, el Banco requirió de la Superintendencia un plazo adicional de 15 días para cumplir la orden de capitalización, fundado en las necesidades propias del trámite que se venía adelantando ante el Fogafin (folio 274 del cuaderno principal). El plazo solicitado fue concedido y comunicado al Banco en oficio de julio 09 de 1999 (folio 277 del cuaderno principal), donde se extendió la oportunidad hasta el 30 de julio del mismo año.

- Sin embargo, y mediando las anteriores diligencias, la Superintendencia Bancaria el día 31 de mayo de 1999, mediante documento SB-23 (folios 193 a 208 del cuaderno principal), presenta al Consejo Asesor de la misma entidad, un informe sobre la “Situación Financiera del Banco Selfin S.A.”, solicitando a su vez “concepto y autorización en relación con la aplicación de las medidas cautelares acorde con el artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y de ser necesario la implementación de la toma de posesión, bien sea para administrar o para liquidar, del Banco Selfin S.A.”.

- El Consejo Asesor de la Superintendencia, en sesión de mayo 31 de 1999 (extracto de acta N° 128 a folios 211 a 213 del cuaderno principal), luego de resumir el informe dado por la Superintendencia en el documento SB-23, “recomienda que de considerarse necesario, la Superintendencia tome cualquiera de las medidas previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, o si llega a ser necesario, la toma de posesión, respecto del Banco Selfin”.

- Finalmente, y mediando las diligencias de capitalización y el Plan de Ajuste firmado por las partes el 15 de junio, el día 16 de julio de 1999, el Banco Selfin S.A. no pudo atender el pago de algunas operaciones con el público, procediendo a informar el hecho a la

Superintendencia Bancaria, entidad que determinó, en esa misma fecha, adoptar la medida de toma de posesión para liquidar, con la resolución N° 1100 de 1999 (folios 169 a 174 del cuaderno principal).

5.2. Análisis de los hechos y de la providencia contencioso administrativa cuestionada para determinar si se configuraron los defectos fáctico y sustantivo que contra ella se aducen por los actores.

5.2.1. El primero de los defectos referidos, es decir, el fáctico, a juicio de los accionantes consistió en dársele, alejado de la realidad probatoria, la calidad de 'concepto previo' al Acta N° 128 de mayo 31 de 1999, que da cuenta de la sesión de la misma fecha del Consejo Asesor de la Superintendencia Bancaria, con lo cual se habría cumplido con el requisito del artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (E.O.S.F.), para la toma de posesión del Banco Selfín S.A.

En la resolución N° 1100 de julio 16 de 1999, "por medio de la cual se dispone la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios del Banco Selfin S.A., para su liquidación", la Superintendencia Bancaria señaló:

"Concepto del Consejo Asesor.

DECIMO PRIMERO.- Que con el propósito de adoptar la medida de toma de posesión correspondiente, de conformidad con los artículos 114, 115, 326 numeral 5 literal d) y 334 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero fue oído el concepto del Consejo Asesor del Superintendente Bancario, quien encontró conveniente la medida de toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios del BANCO SELFÍN S.A." (Destaca la Sala).

En la providencia de septiembre 11 de 2006, la Sección Cuarta del Consejo de Estado consideró que el aludido requisito se encontraba cumplido con el Acta N° 128 de mayo 31 de 1999, donde se recomendó a la Superintendencia, "si llega a ser necesario", la toma de posesión del Banco Selfin. El único aparte de la sentencia cuestionada que refirió a este punto dice:

"En relación con el concepto del Consejo Asesor, la ley exige únicamente que éste sea

previo. La Sala observa que en el expediente consta el pronunciamiento expreso del Consejo sobre el tema mediante un concepto abierto, claro y contundente, donde ya había percibido la gravedad de la situación del Banco. Recomendó en el Acta N° 128 del 31 de mayo de 1999:

“El Consejo Asesor recomienda que de considerarse necesario, la Superintendencia tome cualquiera de las medidas previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, o si llega a ser necesario, la toma de posesión, respecto del Banco Selfin.” (Destaca la Sala) (Fls. 21 a 23 de la Carpeta 4)

No se requieren fórmulas sacramentales cuando existe una situación como la del caso que nos ocupa, en la que se dio la cesación de pagos, situación gravísima, que obliga a soluciones inmediatas para proteger la confianza del público.

Tampoco puede desconocerse la autenticidad del documento SB 023 de mayo 31 de 1999 donde consta que el Comité Asesor del Superintendente Bancario encontró conveniente la medida de toma de posesión, pues las razones expuestas en la comunicación del 25 de mayo de 1999 —donde la entidad supervisora ordenó la recapitalización y consignó, debidamente sustentados, cada uno de los aspectos que sugerían dificultades de liquidez del Banco Selfin— son las que debían considerarse por el Comité Asesor para emitir el respectivo concepto. Por tanto, no hay ninguna irregularidad con ocasión de la reiteración de las razones expuestas en uno y otro documento”.

En esta oportunidad, para la Sala de Revisión, la Sección Cuarta del Consejo de Estado incurrió en un defecto fáctico al momento de darle la categoría de concepto previo al aparte del Acta N° 128 del Consejo Asesor, al sólo constatar existencia formal de un documento expedido con fecha anterior a que se hubiere producido la casual legal para la toma de posesión de la entidad vigilada, sin constatar la no existencia del concepto del Consejo Asesor expedido con posterioridad a la ocurrencia de la misma, y sin valorar las demás circunstancias que se desprenden del expediente y ponen en evidencia que el concepto exigido por el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero no podía ser aquél al que se le atribuyó tal categoría.

En efecto, estudiados los antecedentes de la medida administrativa, se tiene que la Superintendencia Bancaria elaboró el documento S.B. 023 de mayo 31 de 1999, donde

se describe la situación financiera del Banco Selfin para la época, con el fin de solicitar “al Consejo Asesor su concepto y autorización en relación con la aplicación de las medidas cautelares acorde con el artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y de ser necesario la implementación de la toma de posesión, bien sea para administrar o para liquidar, del Banco Selfín S.A. y de Leasing Selfín S.A. C.F.C.” (folio 208 del cuaderno de revisión). En sesión de la misma fecha, como se desprende del extracto del acta N° 128, el Consejo Asesor de la Superintendencia, luego de hacer un breve resumen del documento S.B. 023, “recomienda que de considerarse necesario, la Superintendencia tome cualquiera de las medidas cautelares previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, o, si llegare a ser necesario, la toma de posesión, respecto del Banco Selfin, así como de su filial Leasing Selfin S.A.”. (folio 213 del cuaderno de revisión).

Conforme a lo anterior, puede constatarse que el concepto se dio antes de la ocurrencia de la casual respectiva para la toma de posesión, la que ocurrió el 15 de julio de 1999. En efecto, en la providencia atacada se adujo que el ente de vigilancia y control al solicitar el ‘concepto’ antes transcrito, agotó el requisito señalado en el artículo 114 del E.O.S.F. para proceder a la toma de posesión del Banco Selfin S.A.; sin embargo, resulta evidente que este requisito no se cumplió, pues para el 31 de mayo de 1999, fecha en que se solicitó y se rindió el ‘concepto’, no se habían estructurado los motivos determinantes que dieron lugar a la toma de posesión de la entidad bancaria⁷³, en especial la suspensión en el pago de las obligaciones, pues fue sólo a partir del 15 de julio de 1999, cuando el banco incurrió en la causal de cesación de pagos.

Para la Sala resulta contrario al debido proceso que la Superintendencia adujera que la recomendación de mayo 31 de 1999 era el concepto previo exigido por la ley para la toma de posesión, pues la misma entidad de vigilancia y control en la parte considerativa de la resolución N° 1100 de julio 16 de 1999, interpretó la norma y llegó a la conclusión que dicha medida procede previo el concepto del órgano asesor cuando se incurra en cesación de pagos, último suceso este que aún no había ocurrido para la época de la mencionada recomendación. Señaló la resolución:

“TERCERO.- Que de conformidad con el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, corresponde al Superintendente Bancario tomar posesión inmediata de los

bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada, cuando, previo concepto del Consejo Asesor y con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la entidad haya suspendido el pago de sus obligaciones” (se destaca).

Ciertamente, cuando el artículo 114 del E.O.S.F. señala que le corresponde a la Superintendencia Bancaria, previo el concepto del Consejo Asesor, tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada “cuando se presenten alguno de los siguientes hechos” (refiriéndose a las causales allí enumeradas⁷⁴), apunta a que el órgano asesor tenga la oportunidad de analizar el caso concreto frente a la ocurrencia de las causales y la conveniencia de la futura medida, asimismo, da a entender claramente que el aludido concepto debe obedecer a unas circunstancias fácticas actuales y acordes con las causales de toma de posesión, y no a hechos anteriores a la estructuración de tales motivos. En otras palabras, si bien es cierto que la Superintendencia puede tomar posesión de una entidad, previo concepto del Consejo Asesor, cuando dicha entidad haya suspendido el pago de sus obligaciones, sin embargo, es cuando se configuran los hechos que dan lugar a la toma de posesión, que la Superintendencia debe solicitar el concepto al Consejo Asesor y no antes, pues se trata de que dicho Consejo analice la situación del banco una vez ocurrida la suspensión del pago de obligaciones y conceptúe, dando las razones por las cuales puede considerarse necesaria la toma de posesión y si lo puede ser para administrar o para liquidar. Lo anterior también explica igualmente la circunstancia de que el concepto previo del referido Consejo sólo sea exigido para proceder a la toma de posesión y no para adoptar alguna otra de las medidas de salvamento previstas en el E.O.S.F.

En este orden de ideas, al observarse que la “recomendación” del Consejo Asesor de fecha mayo 31 de 1999, fue solicitada y emitida un mes y medio antes de la adopción de la medida, sin que para la fecha se hubiese configurado la causal de cesación de pagos por la cual la Superintendencia ordenó la toma de posesión de la entidad, no podía dársele la calidad de ‘concepto previo’ al documento aludido.

Aunado a lo anterior, la recomendación dada por el Consejo Asesor, por ser anterior a las causales de toma de posesión, no obedecía a la situación por la que atravesaba el Banco para el mes de julio de 1999, es decir, no fue emitido acorde a los hechos precisos que dieron lugar a la toma de posesión, sino basado en las circunstancias anteriores plasmadas

en el informe dado por la Superintendencia el 31 de mayo del mismo año. Ciertamente, de la lectura del documento S.B. 023 de mayo 31 de 1999 (folios 193 a 208 del cuaderno principal), donde la Superintendencia presenta la situación financiera del Banco Selfin S.A. al Consejo Asesor, se advierte que en este obviamente no se menciona que el Banco haya incurrido en alguna de las causales de toma de posesión por la simple razón, se insiste, que para ese momento estas no se habían estructurado, igualmente tampoco se hizo referencia al resultado del plan de ajuste celebrado con el Banco en busca de superar sus dificultades ni al resultado de la orden de capitalización. Dicho documento lo que hace es reiterar el mismo análisis efectuado cinco días antes cuando se dispuso la medida de salvamento con el radicado N° 1999032525-0 de mayo 25 de 1999 (folios 178 a 190 del cuaderno principal), lo que pone en evidencia que las razones que tuvo la Superintendencia para ordenar la capitalización fueron las mismas que esgrimió para en esa época solicitar el concepto del Consejo Asesor y meses después tomar posesión del Banco, sin que estas objetivamente fueran las mismas. Por esta razón es que no puede aceptarse que la información contenida en el documento S.B. 023 era la única que debía considerarse por el Consejo Asesor para emitir el respectivo concepto, sino que debía obedecer a las circunstancias que por ley dan origen a la toma de posesión.

Asimismo, déjese en claro que en el documento S.B. 023, además de no mencionarse la causal de “suspensión en el pago de sus obligaciones”, la Superintendencia Bancaria tampoco informó al Consejo Asesor la totalidad de las cifras que esgrimió mes y medio después para señalar la ocurrencia de la causal de “persistencia en la violación de la ley”, pues salta a la vista que sólo se indicó la relación de capital adecuado del Banco Selfin S.A. hasta abril de 1999, y en la resolución N° 1100/99 se plasmó la de los meses de marzo, abril y mayo.

Igualmente, el Consejo Asesor no pudo pronunciarse sobre todos los hechos relevantes posteriores al 31 de mayo de 1999, que daban cuenta de todas las gestiones adelantadas por el Banco Selfin para superar las dificultades de su situación financiera⁷⁵, porque simplemente para la época de la recomendación las desconocía.

Resulta inaceptable entonces, sin que se viole el debido proceso, darle validez a un concepto previo a la ocurrencia de los motivos que dan lugar a la toma de posesión de una

entidad bancaria, pues esta situación avalaría ilegítimamente conceptos premonitorios sobre circunstancias inexistentes, futuras o hipotéticas, cuya finalidad no es la que buscan los artículos 115 y 114 del E.O.S.F., más aún si se trata de adoptar medidas trascendentales que implican la desaparición de una institución financiera donde el interés público está de por medio (art. 335 C.P.).

Conforme a lo ya señalado, al otorgársele la calidad de concepto previo a la genérica recomendación del Consejo Asesor de mayo 31 de 1999, para proceder a la toma de posesión del Banco, se dio un alcance y unos efectos impropios a la misma, pues no es acorde con la ley y con el debido proceso que una recomendación emitida mes y medio antes de ocurrida la causal que da lugar a la toma de posesión de una entidad, pueda servir de fundamento para ordenar, en los términos de los artículos 114 y 115 del E.O.S.F., su “posesión inmediata”⁷⁶.

En efecto, no resulta razonable que el órgano asesor recomiende la toma de posesión para liquidación del Banco con mes y medio de anticipación a la ocurrencia de la causal y sin dar las razones correspondientes a la misma.

Concepto previo que bien pudo haberse obtenido por parte de la Superintendencia el mismo día en que se le informó de la cesación de pagos por parte del Banco, esto es, el día 16 de julio de 1999, así como ocurrió cuando se emitió el del 31 de mayo de 1999, cuando éste mismo día se pidió el concepto para la situación que se presentaba en dicha época. Así entonces, de habersele puesto oportunamente en conocimiento al Consejo Asesor la ocurrencia de las causales que dieron lugar a la toma de posesión del Banco, el mismo hubiera podido haberse pronunciado sobre esa específica situación, cumpliéndose con el requisito previo a la adopción de la medida.

Además de todo lo anterior, analizado el contenido material del acta N° 128 de mayo 31 de 1999 (folios 211 a 213 del cuaderno principal), donde en el último párrafo “El Consejo Asesor recomienda que de considerarse necesario, la Superintendencia tome cualquiera de las medidas cautelares previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, o, si llegare a ser necesario, la toma de posesión, respecto del Banco Selfin, así como de su filial Leasing Selfin S.A..” (Destaca la Sala), se advierte que el órgano consultivo, luego de resumir brevemente el documento S.B. 023 puesto a su

conocimiento⁷⁷, no efectuó ninguna clase de opinión propia sobre la situación del Banco, sino que prácticamente renunció a su función, sugiriendo a la Superintendencia, sin necesidad de consultarlo a futuro, actuara como a bien le pareciera respecto del Banco Selfin, adoptando cualquiera de las medidas que considerara necesarias.

Si bien el concepto previo que debe rendir el Consejo Asesor no obliga al Superintendente Bancario, esto no era óbice para que dicho órgano dejara de pronunciarse de fondo, emitiendo un concepto como lo señala la ley. Conforme a la Real Academia Española, el término "concepto" refiere a un "Pensamiento expresado con palabras", a una "Opinión, juicio", del mismo modo, la expresión "formar concepto" como "Determinar algo en la mente después de examinadas las circunstancias". En esta ocasión, además de no existir el concepto relativo a la ocurrencia de la causal de suspensión de pago de las obligaciones del Banco, no resulta razonable aceptar un concepto para liquidar emitido sin mediar la causal respectiva. Y, según el Acta N° 0128 de mayo 31 de 1999, que da cuenta de la recomendación dada por el Consejo Asesor con anterioridad, tampoco aparece una opinión o juicio sobre la ocurrencia y consecuencias de la estructuración de las dos causales esgrimidas para ordenar la toma de posesión para liquidar el Banco Selfin S.A., por el simple hecho de que no se pusieron en conocimiento de este organismo.

En efecto, sobre ellas, así como sobre los resultados del plan de ajuste y de la orden de capitalización, obviamente no se podía conceptuar, porque sencillamente no se habían concretado para la época. De ahí que resulte incomprensible que en la consideración décimo primera de la resolución N° 1100 de julio 16 de 1999, se indique expresamente que "fue oído el concepto del Consejo Asesor del Superintendente Bancario, quien encontró conveniente la medida de toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios del Banco Selfin S.A." (omitiéndose señalar la fecha de la recomendación), pues en parte alguna se hace referencia a la aludida conveniencia ni a la inmediatez de la medida.

La recomendación del Consejo Asesor de que se tomara posesión del Banco Selfin S.A. "si llegare a ser necesario", no corresponde a la realidad pues para ese momento no existía causal para ordenar la toma de posesión de la entidad, refiriéndose entonces a

una eventualidad. De tal manera resulta ambiguo y alejado de la norma el concepto del que se valió la Superintendencia Bancaria, así como que se rindió sobre una situación apenas hipotética, que sugirió acciones futuras sin mencionar ninguna de las causales que dieron lugar a la liquidación de la entidad financiera y sin dar razones para sugerir tal determinación.

En conclusión, y de acuerdo con todo lo indicado, la Sección Cuarta del Consejo de Estado en la providencia de septiembre 11 de 2006, incurrió en un defecto fáctico al darle la calidad de concepto previo a la recomendación de mayo 31 de 1999 del Consejo Asesor de la Superintendencia Bancaria, avalando así la toma de posesión del Banco Selfin S.A. La Sala de Revisión encuentra en resumen que la mencionada recomendación (plasmada en el Acta N° 128) no es el concepto que exigían los artículos 114 y 115 del E.O.S.F., como el artículo 10 del decreto 2359 de 1993, vigentes para la época, ni podía dársele tal calidad, pues (i) este ha debido ser previo a la toma de posesión y posterior a la ocurrencia de las causales de adopción de la medida, (ii) una vez configuradas las causales esgrimidas, la Superintendencia no solicitó el concepto al Consejo Asesor, (iii) la recomendación del órgano asesor fue dada sin que se conocieran las causales de toma de posesión, y sin conocerse las circunstancias actuales por las que atravesaba el Banco, como los resultados del plan de ajuste y de la orden de capitalización, por lo que no se refiere a ellas, y, (iv) no era admisible darle la calidad de concepto a la recomendación del Consejo Asesor de mayo 31 de 1999, donde no se emitió ningún juicio u opinión propia sobre por podía ser necesaria la toma de posesión y si lo podía ser para administrar o para liquidar, y mucho menos se hizo referencia a las causales utilizadas para la toma de posesión.

Así entonces, para Sala en la sentencia de septiembre 11 de 1999, el Consejo de Estado incurrió en un error probatorio, pues dio por probado un hecho que no emerge objetivamente del acta N° 128 de mayo 31 de 1999, esto es, la existencia del concepto previo de que tratan los artículos 114 y 115 del E.O.S.F. y 10 del decreto 2359 de 1993, para la toma de posesión del Banco Selfin S.A., cuando en realidad el mismo no existe. Además, resulta claro que el defecto fáctico objeto de análisis tuvo una incidencia directa en la decisión cuestionada, pues de haberse evaluado el acta N° 128 en su real valor, es decir, en cuanto se emitió con anterioridad a la ocurrencia de la causal, se hubiese advertido que no constituía el concepto previo exigido por la ley para proceder a la toma

de posesión del Banco y, en consecuencia, la resolución N° 1100 de julio 16 de 1999 pudo haberse anulado ante la carencia del requisito legal para adoptar la medida.

5.2.2 Pasa ahora la Sala a establecer si la sentencia de septiembre 11 de 2006, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, al estimar que en la medida administrativa de toma de posesión no era necesario incluir consideraciones de por qué se hacía para liquidar y no para administrar, se desconocieron o no los derechos fundamentales de los accionantes.

De la lectura de la resolución N° 1100 de julio 16 de 1999, se advierte que la Superintendencia Bancaria no manifestó el por qué optó por la liquidación del Banco Selfin S.A. y no por su administración (recordemos que el artículo 115 del E.O.S.F. permite las dos opciones), apareciendo reseñados solamente los “antecedentes sobre el deterioro y debilitamiento del Banco”, el “instituto de salvamento adoptado” y la “configuración y demostración de las causales de toma de posesión”, sin exponerse consideración alguna respecto al por qué la toma de posesión no era para administración ni el por qué era necesaria la medida de liquidación.

Previo a tratar a este tema, la Sección Cuarta del Consejo de Estado en la sentencia de septiembre 11 de 2006, hizo referencia a las facultades que el artículo 326 del E.O.S.F. otorga al Superintendente Bancario, señalando:

“(…) corresponde al legislador establecer las normas especiales encaminadas a salvaguardar la confianza pública en el sistema financiero, y al Gobierno Nacional adoptar el procedimiento administrativo para la toma de posesión de instituciones financieras y el trámite para su liquidación, aplicable cuando concurren hechos que a juicio de la Superintendencia Bancaria, como entidad encargada de su vigilancia, hagan necesaria la medida, atendiendo para ello las reglas y principios que según la ley rigen la toma de posesión.

Es así como el artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero⁷⁸, fundamento legal para la expedición de la Resolución acusada, al señalar las facultades que al respecto se otorgaban a dicha entidad, en lo pertinente disponía:

“Artículo 326.- Funciones y facultades de la Superintendencia Bancaria.

Para el ejercicio de los objetivos señalados en el artículo anterior, la Superintendencia Bancaria tendrá las funciones y facultades consagradas en los numerales siguientes, sin perjuicio de las que por virtud de otras disposiciones legales le correspondan.

(...)

5. Facultades de prevención y sanción. La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes facultades de prevención y sanción:

(...)

a) Emitir las ordenes necesarias para que se suspendan de inmediato las prácticas ilegales, no autorizadas e inseguras y se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento, cuando la Superintendencia considere que alguna institución sometida a su vigilancia ha violado sus estatutos o alguna disposición de obligatoria observancia, o esté manejando sus negocios en forma no autorizada o insegura;

(...)

c) Adoptar cuando lo considere pertinente y según las circunstancias, cualquiera de las siguientes medidas cautelares para evitar que una institución vigilada incurra en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla:

-Establecer una vigilancia especial, en cuyo caso la entidad vigilada deberá observar los requisitos que para su funcionamiento establezca la Superintendencia Bancaria con el fin de enervar, en el término más breve posible, la situación que le ha dado origen.

(...)

- Ordenar la recapitalización de la institución, de acuerdo con las disposiciones legales;

(...)

d) Tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada cuando se presente alguno de los hechos previstos en el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que, a juicio del Superintendente Bancario, hagan necesaria la medida, previo concepto del Consejo Asesor y con la aprobación del

Ministro de Hacienda y Crédito Público; (Subraya la Sala)”.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, luego de encontrar que los hechos en que se fundamentaban las causales aducidas en la resolución N° 1100 de julio 16 de 1999 para la toma de posesión del Banco, se encontraban debidamente probados, así como que la Superintendencia había expuesto los antecedentes sobre la difícil situación financiera de la entidad e indicado la suscripción de un plan de ajuste y la orden de recapitalización, concluyó que “se encuentran debidamente probadas las circunstancias previstas en el artículo 114 del EOSF, como causales que motivan la toma de posesión del Banco para su liquidación”, agregando que, “En cuanto al argumento del apelante según el cual, el acto acusado es nulo por no incluir consideraciones acerca de la improcedencia de otras medidas de salvamento, o del por qué se optaba por la liquidación y no por la administración, la Sala considera que ello equivaldría a desconocer la facultad legal con que cuenta la Superintendencia Bancaria para disponer la toma de posesión inmediata con fines de liquidación, cuando a su juicio lo considere necesario, previo concepto del Consejo Asesor y con la aprobación del Ministro de Hacienda.

Y, sin fundamentarse en las razones de la Superintendencia, adujo bajo sus propias consideraciones que, La Superintendencia fundó su decisión en las pruebas que hacen parte del expediente y que demuestran el permanente cruce de información entre ella y la entidad vigilada lo cual le permitió decidir en el momento de la toma de posesión que era la única alternativa, pues no tomó en consideración ninguna otra opción, dado que se utilizaron previamente mecanismos concretos encaminados a colocar el Banco en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto social y a proteger los intereses de los usuarios y la confianza pública en el sistema financiero (destaca la Sala). Concluyendo que, [No puede entonces afirmarse válidamente que fue inadecuada la motivación del acto que dispuso la toma de posesión del banco para su liquidación, y menos aún que no corresponde a la realidad, o que los hechos que motivaron la decisión no fueron conocidos en su oportunidad por los responsables del manejo de la entidad financiera.

Encuentra la Sala de Revisión que en la sentencia controvertida, la Sección Cuarta del Consejo de Estado efectuó una interpretación de los artículos 114, 115 y 326 del E.O.S.F. contraria a la Constitución, al estimar que se desconocería la facultad legal con que cuenta

la Superintendencia para tomar posesión inmediata con fines de liquidación, “cuando a su juicio lo considere necesario”, al exigírsele incluir consideraciones “del por qué se optaba por la liquidación y no por la administración”, consintiendo una decisión inmotivada en este sentido, abandonada al absoluto arbitrio del ente de vigilancia y, por lo mismo, desechando la valoración probatoria de circunstancias relevantes respecto de las causales alegadas⁷⁹, cuando el legislador no ha excepcionado este caso del deber de motivación

Para la Corte, tal y como se señaló en la parte dogmática de esta providencia, la discrecionalidad no debe rayar con la arbitrariedad, y cuando los artículos 114 y 326 del E.O.S.F. establecen que le corresponde a la Superintendencia Bancaria tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada cuando se presente alguna de las causales señaladas en el E.O.S.F. que, “a juicio del Superintendente Bancario, hagan necesaria la medida...”, no quiere ello significar que el ente de control, no deba manifestar las razones por las cuales “a su juicio” decide tomar posesión de un Banco para liquidarlo o para administrarlo, reservándose para sí tales motivos, sino que debe sustentarlos y exteriorizarlos, en garantía de los principios de publicidad y contradicción, y de respeto al debido proceso de los afectados con la decisión.

El deber de motivar los actos representa una carga que el derecho constitucional y administrativo contemporáneo impone a la administración, según la cual ésta se encuentra obligada a exponer las razones de hecho y de derecho que determinan su actuar en determinado sentido. Así, el deber de motivar los actos administrativos, salvo excepciones precisas, se revela como un límite a la discrecionalidad de la administración.

En este orden, los motivos del acto administrativo, comúnmente llamados “considerandos”, deben dar cuenta de las razones de hecho, precisamente circunstanciadas, y de derecho, que sustenten de manera suficiente la adopción de determinada decisión por parte de la administración pública, así como el razonamiento causal entre las razones expuestas y la decisión adoptada⁸⁰.

Téngase en cuenta que el requisito de la motivación se orienta, por lo demás, a satisfacer

exigencias características de un gobierno democrático. De un lado, la obligación de rendir cuentas respecto de las actuaciones efectuadas. En otras palabras, la necesidad de explicar a los administrados por qué se ha obrado de una determinada manera, tal como lo disponen los artículos 123 y 109 de la Constitución Nacional: "(...)Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad". "La función administrativa está al servicio de los intereses generales (...)". De otro lado, se liga con el compromiso de 'administrar bien', esto es, de cumplir con un grupo de tareas que garanticen un "examen acucioso de los fundamentos de las decisiones que [se] proyecta[n], previniendo, de esta manera, que se adopten decisiones estudiadas de manera insuficiente o de dudosa justificación".⁸¹ Por último, se conecta con la necesidad de facilitar el control de las actuaciones de la administración:

"así, el conocimiento de los motivos por los cuales la administración ha adoptado determinada decisión permite a los interesados apreciar las razones de las decisiones que los afectan y, eventualmente, interponer los recursos administrativos o instaurar las acciones judiciales a que haya lugar, garantizando, de esta manera, el ejercicio del derecho de defensa. En el mismo sentido, facilita la tarea del juez administrativo en el "instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo".⁸²

Tanto la jurisprudencia como la doctrina afirman, cuando se trata de actos de carácter particular y concreto, que la administración debe señalar en la decisión cuales fueron los motivos de hecho y derecho que dieron lugar a la expedición del acto administrativo, con el fin de permitir a los implicados en la decisión ejercer su derecho de audiencia y defensa y, además, controvertir y controlar el ejercicio de la función administrativa.

Así entonces, resulta inadmisibles, sin que se vulnere el derecho a la defensa de los accionantes, aceptar que la adopción de la medida de toma de posesión del Banco Selfin S.A. por parte de la Superintendencia Bancaria, bien sea para liquidar o para administrar, no requiera de motivación, sino que el Superintendente pueda "a su juicio", utilizando un concepto jurídico indeterminado⁸³, sin estar obligado a incluir consideraciones de su proceder, elegir libremente cual de las dos opciones acoge, a pesar de que cada una de estas tiene fines y consecuencias diferentes, al punto que una persigue la existencia de la entidad y la otra su desaparición⁸⁴, máxime que para el caso,

la medida se adoptó el 16 de julio de 1999, cuando se venían haciendo gestiones para atender la orden de capitalización del Banco cuyo cumplimiento se extendió hasta el 30 de julio de 1999, y se adelantaba el Plan de Ajuste firmado entre las partes con vencimiento 31 de diciembre del mismo año.

El artículo 115 del E.O.S.F. señala claramente que “El Superintendente Bancario, previo concepto del Consejo Asesor y con la aprobación del Ministro de Hacienda y Crédito Público, podrá tomar inmediata posesión de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada para su administración o para su liquidación. Cuando se trate de la toma de posesión para administrar una institución vigilada, con el objeto de colocarla en condiciones de desarrollar su objeto social de acuerdo con las disposiciones legales, así deberá consignarlo expresamente el Superintendente Bancario en la respectiva resolución”.

De la norma transcrita, tal y como se señaló en la parte dogmática de esta providencia, se advierte que la toma de posesión para administrar tiene como finalidad colocar a la entidad en condiciones de desarrollar su objeto social, esto es, tomarla en un momento de crisis y lograr que pueda realizar las operaciones propias de su naturaleza. Por el contrario, la toma de posesión para liquidación procede cuando se concluye que definitivamente no tiene viabilidad la entidad bancaria.

La norma también señala que para que la Superintendencia proceda a la posesión para ‘administrar’ o ‘liquidar’ una entidad, se hace necesario escuchar el concepto previo del Consejo Asesor y la aprobación del Ministerio de Hacienda. Obviamente, para acoger cualquiera de estas dos opciones se deben tener en cuenta las circunstancias fácticas que envuelven la específica situación, y así, luego de examinadas las mismas, adoptar la medida pertinente.

Cabe recordar, que tal y como se advierte de los antecedentes administrativos y de las consideraciones de la resolución N° 1100/99 de la que hacen parte los “antecedentes sobre el deterioro y debilitamiento del Banco”, la Superintendencia mediante comunicación de mayo 25 de 1999 (folios 178 a 190 del cuaderno principal) ordenó la recapitalización del Banco Selfin S.A. en los siguientes términos:

“De acuerdo con los resultados de las proyecciones financieras efectuadas por esta

Superintendencia, las cuales toman en consideración la reciente evolución del Banco y de los riesgos financieros implícitos en el negocio, con el objeto de cautelar una eventual situación de causal de disolución⁸⁵, de adecuar la relación de capital adecuados a los límites de ley⁸⁶ y con el ánimo de asegurar su ritmo de desempeño bajo parámetros de crecimiento autosostenido y seguro, se hace indispensable que la Entidad complete una capitalización en una cifra no inferior a los \$16.000 millones, para cuyo efecto se concede plazo hasta el 9 de julio de 1999”.

El Banco Selfin solicitó a la Superintendencia le fuera concedido un plazo de por lo menos 15 días para dar cumplimiento a la orden de capitalización debido a “la necesidad que el Fogafín posee para el desarrollo de la documentación requerida en el proceso en que nos encontramos de acceso a la línea de capitalización” (solicitud a folio 274 cuaderno principal). La Superintendencia accedió a la solicitud de prórroga, “una vez evaluadas las razones expuestas en su comunicación”, extendiendo el plazo hasta el 30 de julio de 1999 (oficio radicado con N° 1999032525-14 a folio 277 cuaderno principal).

Como consecuencia de las observaciones y recomendaciones dadas en la orden de capitalización, como lo muestra la resolución N° 1100/99 y sus antecedentes, el Banco Selfin y la Superintendencia suscribieron el 15 de junio de 1999 un Plan de Ajuste con vencimiento a 31 de diciembre de 1999 (folios 230 a 233 del cuaderno principal), cuyo objeto era “la adopción de medidas por parte del Banco tendientes a su fortalecimiento patrimonial y a la instrumentación de acciones orientadas a la movilización de los activos improductivos y a la enajenación de aquellas inversiones de renta variable no necesarias para el normal funcionamiento del Banco”.

En la cláusula segunda de dicho plan se establecieron una serie de obligaciones y metas financieras y administrativas mínimas a cargo del Banco, entre las cuales se destacan:

“1. Definir un proceso de fusión, enajenación o una medida alternativa de reordenamiento de los negocios con Leasing Selfín S.A., a más tardar el 31 de diciembre de 1999.

(...)

3. Abstenerse de realizar nuevas operaciones activas y contingencias acreedoras por el contrario con vinculados. Aquellas operaciones con vinculados que aún mantiene el BANCO dentro de su balance deberá prepagarse en un plazo no superior a seis meses.

4. Enajenar la totalidad de las inversiones no negociables de renta variable con excepción de la sociedad comisionista de bolsa, en un plazo que no podrá exceder del 31 de diciembre de 1999.

5. Perfeccionar la capitalización ordenada mediante oficio radicado con el número 1999032525-0 del 25 de mayo de 1999 en el plazo previsto en dicha comunicación, esto es, el 9 de julio de 1999.

(...)

7. Una vez efectuados los ajustes financieros de que trata la Resolución 004 de 1999 de FOGAFIN, relacionados con el castigo de cartera improductiva, bienes recibidos a título de dación en pago, saldos no provisionados de las cuentas por cobrar, créditos mercantiles, activos diferidos, entre otros, el BANCO deberá ejecutar todas las medidas que sean necesarias para la movilización de tales activos improductivos, de modo que en plazo no superior al 31 de noviembre de 1999 se hayan movilizado en un 50% como mínimo. En todo caso, el restante 50% de tales activos deberá movilizarse a más tardar durante el primer semestre del año 2000.

(...)

10. El BANCO deberá conformar un Comité de Alto Nivel encargado de efectuar el seguimiento de las obligaciones y metas financieras antes relacionadas. Dicho Comité informará quincenalmente a la Superintendencia Bancaria de la evolución del PLAN de AJUSTE”.

La finalidad de la orden de capitalización y del plan de ajuste convenido entre el Banco y la Superintendencia, estaban orientados a prevenir los problemas que pudieran resultar de las circunstancias señaladas en la resolución N° 1100/99, denominadas “antecedentes sobre el deterioro y debilitamiento del Banco”, que a la postre generaron al ante de vigilancia y control inquietudes respecto a la estructura financiera

y a los riesgos de liquidez de la entidad.

Pese a que se estaban adelantando las gestiones pertinentes y no habían aún expirado los plazos concedidos tanto para el cumplimiento de la medida de salvamento como para las metas administrativas y financieras del plan de ajuste, la Superintendencia Bancaria ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios del Banco para su liquidación, aduciendo la estructuración de las causales previstas en los literales a) y e) del artículo 114 del E.O.S.F., atrás referidas.

El Banco Selfin S.A. antes de ser proferida la resolución N° 1100/99, había adelantado una serie de gestiones con el fin de dar cumplimiento a la orden de capitalización y al plan de ajuste, tales como:

* Reformar los Estatutos Sociales, aumentando el capital autorizado de la suma de \$25.000.000.000 a la suma de \$45.000.000.000 (acta N° 15 de junio 10 de 1999 a folios 216 y 217 del cuaderno principal). Esta reforma fue solemnizada mediante la Escritura Pública N° 2368 otorgada el 21 de junio de 1999 en la Notaría 42 del Círculo de Bogotá (folios 220 a 227 del cuaderno principal).

* Cruce de información entre el Banco y el Fogafín, para acceder a los recursos provenientes de la línea de crédito establecida en la Resolución 004 de 1999 del Consejo Directivo del Fogafín⁸⁷, de lo cual da cuenta, entre otras, la carta del Banco PF-032-99 de junio 08 de 1999, en la que le ratifica a Fogafin su conformidad con los servicios de auditoría y consultoría para la valoración del Banco (folios 239 del cuaderno principal); la carta de Fogafin de junio 18 de 1999 en la que le informa al Banco los nombres de las empresas asesoras sugeridas para hacer la valoración y la auditoría del Banco, requeridas para el acceso a la línea de crédito de la citada resolución (folio 242 del cuaderno principal); el informe que el Presidente del Banco le rinde a la Asamblea General de Accionistas en su reunión del 24 de junio de 1999, según consta en el acta N° 16, sobre los avances del proceso de capitalización, dando cuenta de la contratación con las empresas asesoras indicadas por Fogafin (folios 245 a 271 del cuaderno principal).

* Acatamiento de las instrucciones y condiciones establecidas por el Superintendente en el Plan de Ajuste, de lo cual dan cuenta las actas números 1 y 2 del Comité de Alto Nivel que al interior del Banco Selfin se constituyó para verificar el cumplimiento del plan, remitidas a la Superintendencia mediante las comunicaciones del Banco radicadas con los números 1999040751-0 de junio 30 de 1999 (folios 280 a 283 del cuaderno principal) y 19990407751-2 de julio 15 de 1999 (folios 286 a 289 del cuaderno principal), así como los conceptos emitidos por el Revisor Fiscal del Banco Selfin, contenidos en su comunicación identificada con el N° 4234, radicada en la Superintendencia Bancaria el día 01 de julio de 1999 con el N° 1999040883-0 (folios 292 y 293 del cuaderno principal) y en su comunicación identificada con el N° 4280, radicada en la Superintendencia Bancaria el 15 de julio de 1999 con el N° 1999040751-3 (folios 296 y 297 del cuaderno principal).

Independientemente a lo anterior, la Superintendencia encontró que el Banco incurrió en cesación de pagos, ya que el día 15 de julio de 1999 no dispuso de los recursos necesarios para cumplir con sus obligaciones, toda vez que le fueron devueltos cheques girados por valor de \$2.032 millones. Asimismo, encontró que el Banco violó la ley en forma persistente pues no había mantenido como mínimo una relación de capital adecuado del 9%, habida cuenta que para los meses de marzo, abril y mayo de 1999, dicha relación fue inferior.

Para la Corte, a pesar de las causales aducidas para la toma de posesión del Banco Selfin S.A., la Superintendencia ha debido motivar por qué, aún cuando se adelantaban las gestiones pertinentes para el cumplimiento de la orden de capitalización y de las medidas del plan de ajuste, cuyos plazos no habían expirado, se optaba por la liquidación y no por la administración de la entidad, a partir de la comprobación del acatamiento de la medida salvamento y de la eficacia de las medidas del Plan de Ajuste, pues la configuración objetiva de las causales de ley solo permiten adoptar la decisión de toma de posesión, pero dejan la opción de hacerlo para administrar o para liquidar.

Téngase en cuenta que el hecho de que se haya presentado una causal de toma de

posesión, la que en este caso fue principalmente la cesación de pagos, no debe entenderse que inexorablemente la liquidación del Banco era la única opción, pues además de que así no lo ordena la ley, para el caso estaba cursando un instituto de salvamento, esto es, la Recapitalización, la cual el artículo 113 del E.O.S.F.88 le da también como propósito “subsana” la configuración de una causal de toma de posesión, podía optarse por la administración. En otras palabras, el E.O.S.F. permitía que el saneamiento del Banco pudiera hacerse incluso en la etapa de cesación de pagos.

De otra parte, la Superintendencia Bancaria al momento de endilgar al Banco Selfin S.A. la causal de persistencia en la violación de la ley, por no tener una relación de capital adecuado conforme al artículo 2° del decreto 673 de 199489, adujo unos argumentos que no corresponden a la realidad de los hechos. En la resolución N° 1100/99 de toma de posesión se señaló: “El BANCO SELFÍN S.A., ha incumplido el artículo 2° del Decreto 673 de 1979 (sic) según el cual debe mantener como mínimo una relación de capital adecuado del 9%, habida cuenta que para los meses de marzo, abril y mayo de 1999 dicha relación se situó en 7.45%, 7.50% y 5.54.%, respectivamente. A la fecha, pese a la celebración de un Plan de Ajuste con el propósito, entre otros, de alcanzar el nivel mínimo de capital adecuado, éste no se logró”.

Resulta incomprensible que luego de que la Superintendencia otorgara al Banco Selfin unos plazos para cumplir con el plan de ajuste y la orden de capitalización, justamente para subsanar las deficiencias de la relación de capital adecuado y hacer “viable al Banco en el corto plazo”⁹⁰, se esgrima esta causal sin que los términos hayan vencido para el 16 de julio de 1999. Por lo mismo, no era de recibo que en la resolución N° 1100/99 se asegurara anticipadamente que el Plan de Ajuste “no se logró”, si tan sólo había transcurrido el primer mes de los seis otorgados.

Ahora bien, la Corte encuentra que sólo a partir de la demanda contencioso administrativa, y ahora en sede de tutela, la Superintendencia viene a argumentar que era inminente la quiebra del Banco y que “lo procedente sin lugar a dudas desde el punto de vista de eficiencia y eficacia para la protección de la confianza pública y de los derechos de los ahorradores y depositantes, así como para prevenir o minimizar el riesgo sistémico, era la toma de posesión con fines de liquidación forzosa administrativa y no para administrar”. Por su parte, en la sentencia de septiembre 11 de 2006, la

Sección Cuarta del Consejo de Estado, bajo sus propias consideraciones, afirma que la toma de posesión era la única opción que le quedaba al Banco, en razón a que previamente se intentaron mecanismos de salvamento con el fin de ponerlo en condiciones de desarrollar su objeto social, no obstante, en la resolución N° 1100/99, nada se dijo sobre lo que se adujo en la contestación a la demanda como tampoco a lo considerado en la sentencia ahora controvertida.

No es con ocasión del inicio de un proceso contencioso o constitucional que a las autoridades administrativas les surja la oportunidad de motivar sus decisiones, ni que el juez lo haga en su reemplazo, pues desde un comienzo la falta de motivación del acto en cuanto a las razones que explicaban la necesidad de la medida extrema de liquidación, los accionantes no pudieron ejercer su derecho de defensa.

Por todo lo anterior, la Sala concluye que la Sección Cuarta del Consejo de Estado, al proferir la sentencia de septiembre 11 de 2006, desconoció el derecho fundamental al debido proceso de los accionantes y su derecho de defensa, al desestimar la necesidad de motivar el acto administrativo que ordenó la toma de posesión con fines de liquidación del Banco Selfin S.A., consintiendo que una facultad discrecional pueda ser ejercida arbitrariamente sin necesidad de motivaciones y ajena a la realidad fáctica, cuando el legislador no ha excepcionado este caso del deber de motivación de los actos administrativos.

5.2.3. Como se han encontrado precedentes dos causales para que proceda la tutela en este caso, la Corte procederá a revocar las decisiones de instancia, proferidas por la Sección Quinta y Primera del Consejo de Estado, que rechazaron la acción de tutela contra la Sección Cuarta de la misma Corporación. En su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa de los accionantes, dejando sin efecto la sentencia de septiembre 11 de 2006.

Fecha ut supra

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

1 A folio 20 del cuaderno principal reposa el auto de febrero 20 de 2007, en donde la Sección Quinta inadmitió la demanda de tutela frente a Sarmiento Lozano y Cia. S. en C., Sarmiento Useche y Cia. S.C.A., Imtuval S.A., Marson S.A. y Torres Bernal e Hijos S. en C., por tratarse de personas jurídicas liquidadas, lo cual no les permitía ser sujetos activos de la presente acción. Este auto fue recurrido por el apoderado de dichas sociedades (folios 340 a 344), pero fue confirmado por auto de marzo 13 del mismo año (folios 368 a 370), salvo lo que tiene que ver con la sociedad Torres Bernal e Hijos al verificar que ésta no había sido liquidada.

2 A folios 109 a 112 del cuaderno de revisión.

3 A folios 338 y 339 del cuaderno principal.

4 A folios 114 a 116 del cuaderno de revisión.

5 Dice el testimonio: “Sírvese decir si en su calidad de Superintendente Bancaria adelantó gestiones tendientes a facilitar al Banco Selfin la solución de la situación en que se encontraba y, dado el caso, puede indicar cuales fueron?. Sí, realicé varias gestiones tendientes a evitar que el Banco Selfin entrara en cesación de pagos y tuviera que llegar a ser intervenido. Que recuerde en este momento, hablé con el doctor Diego Sanint, presidente y propietario de Leasing del Pacífico C.F.C., para que él adquiriera cartera del Banco o de su filial de leasing, dada la experiencia de él en este negocio y su amistad con Guillermo Sarmiento Lozano. También hablé con el doctor Guillermo Jaramillo, Presidente del Banco Santander, solicitándole que mirara la posibilidad de adquirir el Banco y ofreciéndole que en el Fogafin podría otorgarse un crédito en condiciones blandas, para suplirle la eventual pérdida que pudiera presentarse entre el valor de los activos y los pasivos. A solicitud del doctor Christian Mosquera, apoderado del Banco, hablé varias veces con Inversora Pichincha, incluso llamé al Presidente del Banco Pichincha en Ecuador, el doctor Fidel Egas, para manifestarles la complacencia del Gobierno y de la Superintendencia, en que pudiera formalizarse una operación de fusión entre las dos entidades, de tal manera que la Inversora adquiriera la calidad de banco y un tamaño mayor, ratificándoles que esta operación podría dar lugar a un crédito de fortalecimiento patrimonial del Fogafin, para lo cual estaríamos dispuestos a

mirar en detalle la operación, para cuantificar el valor en condiciones del crédito, dado el salvamento que para los ahorradores y cuentahabientes del Banco significaba esta operación. El Gerente de Inversora Pichincha en Colombia me manifestó que no consideraron prudente la operación y que por esta razón el doctor Egas había cancelado su visita a Bogotá. Igual manifestación recibí del Presidente del Banco Santander. Adicionalmente, a solicitud del Comité Financiero, que los viernes después de la Junta del Banco de la República tenía lugar en esa entidad para la coordinación del manejo de la situación de crisis por la que atravesaba el sector, se convino que el doctor Mario Urrutia, Presidente del Banco, hablara con el doctor Luis Carlos Sarmiento Angulo, Presidente del Grupo Aval, al cual pertenecen, entre otras entidades financieras, los bancos de Bogotá y de Occidente, para manifestarle el interés del Gobierno y del Banco de la República, en que las entidades más grandes y sólidas del sistema, como era el caso del Grupo Aval, pudieran colaborar en la solución de la crisis, haciéndose cargo de entidades frágiles y pequeñas y así evitar las repercusiones que para todo el sector tendría el colapso de estas últimas. El doctor Urrutia nos informó posteriormente, que había hablado con el doctor Luis Carlos Sarmiento y que no había obtenido resultado positivo a su gestión.

Finalmente, la Superintendencia, o más concretamente yo, creí que la plataforma tecnológica y los sistemas del Banco Selfin podrían ser adquiridos por el naciente Banco Agrario, dado que conocía la proximidad con que éste último iniciaría operaciones. Por ello, le pedí al doctor Juan B. Pérez que enviara a su equipo técnico a revisar esta opción, que podría darle recursos al Banco para cubrir posibles faltantes entre activos y pasivos. Hablé también con el doctor Guillermo Sarmiento, para consultarle si tendría interés en esta operación y fue así como con su aquiescencia, el equipo técnico enviado por el doctor Pérez y encabezado por el doctor Luis Fernando Tobón, visitó el Banco y comprobó que sus sistemas requerían de una adecuación tan grande para operar que el nuevo Banco Agrario, que el costo y el tiempo que tomaría efectuarla, hacían imposible, para el naciente banco, optar por esta alternativa. Estas que he descrito, fueron gestiones externas que recuerdo realizó la Superintendencia, buscando, dentro de su función, evitar una toma de posesión de la entidad, dada la pérdida de confianza que evidentemente el público venía demostrando hacía ella, por el nivel de retiros que día a día se reportaba. Internamente, la Superintendencia creó grupos de trabajo del más alto nivel, que conjuntamente con funcionarios del Fogafin adelantaron los análisis que permitieran acelerar un proceso de capitalización, dado el interés manifestado por los

accionistas de acudir al mecanismo de fortalecimiento patrimonial que estaba analizando el Fogafin”.

7 Sentencias C-836 de 2001 y C-468 de 1993.

8 Ver sentencia T-298 de 2008

9 Corte Constitucional. Sentencia T-202 de 2000.

10 M. P. Rodrigo Uprimny Yepes.

11 Cfr. Auto del 2 de septiembre de 2002, dictado por la Sala de Casación Civil, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, Exp. No. T- 1100102030002002-0351-01. Adicionalmente, pueden consultarse los Autos dictados por la misma Sala el 17 de junio de 2000, 23 de mayo y 16 de septiembre de 2008, M. P. César Julio Valencia Copete, Exps. 2008-00943, 2008-00835, 2008-01525.

12 Señala la disposición en cita: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin cumplirá las siguientes funciones: (...) 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales.”

13 C-590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

14 M. P. José Gregorio Hernández Galindo. En esta oportunidad, el Tribunal Constitucional declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991. Como lo indicó recientemente la Corte en sentencia T-018 de 2008, “[e]sta decisión se fundamentó en la necesidad de establecer un equilibrio adecuado entre el respeto a los principios constitucionales de seguridad jurídica y autonomía judicial, y la prevalencia de los derechos fundamentales, pilares del Estado Constitucional y Social de Derecho.”

15 T-079 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

16 La sentencia T-231 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, sostuvo: “Si este comportamiento – abultadamente deformado respecto del postulado en la norma – se

traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo), o en el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico), o en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental), esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial.”

17 Al respecto, pueden consultarse las sentencias SU-014 de 2001, M. P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano y T-1180 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. La Corte en estas oportunidades, encontró que las decisiones adoptadas eran judicialmente razonables, pero que por problemas estructurales en el aparato judicial, se vulneró el debido proceso de los peticionarios, razón por la cual encontró que estaba frente a vías de hecho.

18 La sistematización de estos parámetros, se realizó inicialmente en sede de control concreto, específicamente mediante las sentencias T-441 de 2003, T-462 de 2003, T-771 de 2003 y T-949 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Al respecto, la sentencia T-774 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, señaló: “[L]a Sala considera pertinente señalar que el concepto de vía de hecho, en el cual se funda la presente acción de tutela, ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional. La Corte ha decantado los conceptos de capricho y arbitrariedad judicial, en los que originalmente se fundaba la noción de vía de hecho. Actualmente no “(...) sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad). Debe advertirse que esta corporación ha señalado que toda actuación estatal, máxime cuando existen amplias facultades discrecionales (a lo que de alguna manera se puede asimilar la libertad hermenéutica del juez), ha de ceñirse a lo razonable. Lo razonable está condicionado, en primera medida, por el respeto a la Constitución.”

19 En esa oportunidad, el Tribunal Constitucional declaró la inexecutable de la

expresión “ni acción”, contenida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), bajo la consideración de que “una norma legal que dispone que contra la sentencia que resuelve el recurso extraordinario de casación en materia penal no procede recurso ni acción, salvo la de revisión; vulnera el principio de supremacía de la Constitución consagrado en el artículo 4º y la acción de tutela consagrada en el artículo 86.”

20 “El juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes” (C-590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño).

21 “De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última” (C-590 de 2005).

22 “[E]s decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos” (C-590 de 2005).

23 “[S]i la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio” (C-590

de 2005).

24 “Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos” (C-590 de 2005).

25 Por medio del Decreto 4327 de 2005 se fusionó la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores y se modificó su estructura, bajo la denominación de Superintendencia Financiera de Colombia.

26 Artículo modificado por el artículo 32 de la Ley 795 de 2003. El nuevo texto es el siguiente: “Corresponde a la Superintendencia Bancaria tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada cuando se presente alguno de los siguientes hechos que, a su juicio, hagan necesaria la medida y previo concepto del consejo asesor”. El artículo 20 de la ley 510 de 1999 adicionó las causales correspondiente a los ordinales h, i, j. (h. Cuando existan graves inconsistencias en la información que suministra a la Superintendencia Bancaria que a juicio de ésta no permita conocer adecuadamente la situación real de la entidad; i. Cuando la entidad no cumpla los requerimientos mínimos de capital de funcionamiento previstos en el artículo 80 de este Estatuto; j) Cuando incumpla los planes de recuperación que hayan sido adoptados.) La ley 795 de 2003, adicionó las causales de los literales k y l. (k. Cuando incumpla la orden de exclusión de activos y pasivos que le sea impartida por la Superintendencia Bancaria, y l. Cuando se incumpla el programa de desmonte progresivo acordado con la Superintendencia Bancaria).

27 Artículo modificado por el artículo 21 de la Ley 510 de 1999. El nuevo texto es el siguiente: El Superintendente Bancario, previo concepto del Consejo Asesor y con la aprobación del Ministro de Hacienda y Crédito Público, podrá tomar inmediata posesión de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada.

La toma de posesión tendrá por objeto establecer si la entidad debe ser objeto de liquidación; si es posible colocarla en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto

social, o si se pueden realizar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones para que los depositantes, ahorradores e inversionistas puedan obtener el pago total o parcial de sus acreencias. La decisión correspondiente deberá adoptarse por la Superintendencia Bancaria en un término no mayor de dos (2) meses, prorrogables por un término igual por dicha entidad.

Lo anterior no impedirá que si en el desarrollo del proceso de liquidación se encuentra que es posible colocar la entidad en condiciones de desarrollar su objeto social o realizar actos que permitan a los ahorradores, inversionistas o depositantes obtener mejores condiciones para el pago total o parcial de sus acreencias de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, se adopten, previa decisión en tal sentido de la Superintendencia Bancaria, las medidas para el efecto. Igualmente, si durante la administración de la entidad se encuentra que no es posible restablecerla para que desarrolle regularmente su objeto social, se podrán adoptar, previa decisión en tal sentido de la Superintendencia Bancaria, las medidas necesarias para su liquidación.

28 El legislador luego de entender en el sentido señalado la finalidad de la medida de toma de posesión, mediante el artículo 21 de la ley 510 de 1999, quiso dar precisión al artículo 115 del E.O.S.F., modificándolo y estableciendo que dicha medida “tendrá por objeto establecer si la entidad debe ser objeto de liquidación; si es posible colocarla en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto social (...)”, sin que se impida que “si en el desarrollo del proceso de liquidación se encuentra que es posible colocar la entidad en condiciones de desarrollar su objeto social o realizar actos que permitan a los ahorradores, inversionistas o depositantes obtener mejores condiciones para el pago total o parcial de sus acreencias de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, se adopten, previa decisión en tal sentido de la Superintendencia Bancaria, las medidas para el efecto. Igualmente, si durante la administración de la entidad se encuentra que no es posible restablecerla para que desarrolle regularmente su objeto social, se podrán adoptar, previa decisión en tal sentido de la Superintendencia Bancaria, las medidas necesarias para su liquidación” (destaca la Sala).

29 Ver, entre otras, sentencias C-108 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-525 de 1995 y C-1173 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

30 Decreto 01 de 1984.

32 Sentencia C-734 de 2000.

33 Sentencia C-525 de 1995.

34 Cfr. Sentencia T-064 de 2007.

35 Sentencia C-734 de 2000.

36 Sobre la exigencia de legalidad en materia administrativa, en sentencia C-432 de 1996, esta Corporación señaló: “Las limitaciones a la función de policía excluyen per se la existencia de actos puramente discrecionales por parte de la administración en el ejercicio de la función de policía, lo que no excluye una cierta capacidad creadora, del funcionario competente para decidir. Esto implica que la vieja distinción entre el acto puro reglado y el acto puro discrecional, debe abandonarse a favor de una que prevea que en ningún caso el funcionario puede apartarse de la legalidad, sin que esa circunstancia haga de él un autómatas.” (se resalta). En el mismo sentido, en sentencia T-982 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte sostuvo: “La Constitución Política, en su artículo 29, prescribe que ‘el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas’. Se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata (C.P. art. 83), que en relación con el desarrollo de las actuaciones administrativas, pretende regular el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración, cuando en virtud del inicio de las mismas puedan llegar a comprometerse los derechos de los administrados.// Siendo entonces un desarrollo del principio de legalidad, el debido proceso administrativo representa un límite jurídico al ejercicio de las potestades administrativas, en la medida en que las autoridades únicamente podrán actuar dentro de los ámbitos establecidos por el sistema normativo, favoreciendo de esta manera a las personas que acuden ante quienes han sido investidos de atribuciones públicas en virtud de la Constitución o la ley.” (subraya fuera de texto).

37 Tal como lo establece el literal g) del artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero la causal de disolución se presenta cuando el patrimonio neto se reduce por debajo del 50% del capital suscrito. La relación de patrimonio (incluido los bonos obligatoriamente convertibles en acciones) a capital suscrito y pagado en abril de 1999 se

sitúa en 65%).

38 La relación de capital adecuado se redujo a 7.5% en abril de 1999, inferior al mínimo legal del 9%.

39 A folio 338 del cuaderno principal reposa la respuesta a la acción de tutela de la referencia, en la que se solicita se rechace la misma por las siguientes razones: “1. La tutela contra providencias judiciales no procede, porque luego de amplias discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente, se llegó a la conclusión de no incluir esa posibilidad, ya que resultaba natural y obvia su improcedencia. 2. Las normas del Decreto 2591 de 1991 (artículos 11, 12 y 40) que consagraban la posibilidad de interponer acciones de tutela contra providencias judiciales, sobre la caducidad, sus efectos y la competencia especial en esta materia, fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional en las sentencias C-543 del 1° de octubre de 1992. La Corte consideró que con base en la interpretación histórica de la figura, la intención de la Asamblea Nacional Constituyente fue, suprimir la posibilidad de incoar tutelas contra providencias judiciales. Esta decisión hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, con los efectos previstos en el artículo 243 superior y ninguna autoridad, ni siquiera la Corte Constitucional, puede reproducir el contenido material de una norma declarada inexequible. 3. La acción de tutela desconoce los principios de cosa juzgada y autonomía funcional de los jueces, además, desconoce las características de subsidiariedad y residualidad de la tutela. 4. La teoría jurisprudencial que ha desarrollado la Corte Constitucional sobre las causales genéricas de procedibilidad de la tutela contra las providencias judiciales, no puede ser de recibo, toda vez que con ello se desconoce el mandato constitucional del numeral 9° del artículo 241 que autoriza a la Corte Constitucional a revisar las decisiones proferidas dentro de las acciones de tutela “en la forma que determine la ley” y ley sobre este punto es inexistente ya que por ser inconstitucional, fueron retiradas del orden jurídico las normas que permitían tal posibilidad. 5. La tutela únicamente procede cuando no existe otro medio de defensa judicial. Por ello, resulta contraria a su naturaleza que pueda tener viabilidad cuando hay una providencia judicial pues ésta demuestra precisamente el resultado del acceso a la administración de justicia. Ello sólo redundaría en el debilitamiento de la justicia, en su congestión y demora y en la inseguridad jurídica que emana de la posibilidad de desconocer el valor de las sentencias en firme y de la cosa juzgada. 6. La tutela no es

una instancia más, ni un recurso extraordinario como el de amparo que existe en otros países para unificar la jurisprudencia y que supone necesariamente la existencia de una decisión judicial”.

40 Al respecto pueden consultarse por ejemplo los Autos 249 de septiembre 06 de 2006 y 045 de febrero 14 de 2007, proferidos por la Sala Plena de la Corte Constitucional, relativos al cumplimiento de la sentencia T-902 de 2005, dentro de la acción de tutela instaurada por Rosario Bedoya Becerra contra la Subsección “A” de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

41 Ignacio de Otto, Derecho Constitucional, Sistema de fuentes. Editorial Ariel S.A.

42 Sentencias C-836 de 2001 y C-468 de 1993.

43 Ver sentencia T-298 de 2008

44 Corte Constitucional. Sentencia T-202 de 2000.

45 M. P. Rodrigo Uprimny Yepes.

46 Cfr. Auto del 2 de septiembre de 2002, dictado por la Sala de Casación Civil, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, Exp. No. T- 1100102030002002-0351-01. Adicionalmente, pueden consultarse los Autos dictados por la misma Sala el 17 de junio de 2000, 23 de mayo y 16 de septiembre de 2008, M. P. César Julio Valencia Copete, Exps. 2008-00943, 2008-00835, 2008-01525.

47 Señala la disposición en cita: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin cumplirá las siguientes funciones: (...) 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales.”

48 C-590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

49 M. P. José Gregorio Hernández Galindo. En esta oportunidad, el Tribunal Constitucional declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991.

Como lo indicó recientemente la Corte en sentencia T-018 de 2008, “[e]sta decisión se fundamentó en la necesidad de establecer un equilibrio adecuado entre el respeto a los principios constitucionales de seguridad jurídica y autonomía judicial, y la prevalencia de los derechos fundamentales, pilares del Estado Constitucional y Social de Derecho.”

50 T-079 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

51 La sentencia T-231 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, sostuvo: “Si este comportamiento - abultadamente deformado respecto del postulado en la norma - se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo), o en el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico), o en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental), esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial.”

52 Al respecto, pueden consultarse las sentencias SU-014 de 2001, M. P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano y T-1180 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. La Corte en estas oportunidades, encontró que las decisiones adoptadas eran judicialmente razonables, pero que por problemas estructurales en el aparato judicial, se vulneró el debido proceso de los peticionarios, razón por la cual encontró que estaba frente a vías de hecho.

53 La sistematización de estos parámetros, se realizó inicialmente en sede de control concreto, específicamente mediante las sentencias T-441 de 2003, T-462 de 2003, T-771 de 2003 y T-949 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Al respecto, la sentencia T-774 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, señaló: “[L]a Sala considera pertinente señalar que el concepto de vía de hecho, en el cual se funda la presente acción de tutela, ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional. La Corte ha decantado los conceptos de capricho y arbitrariedad judicial, en los que originalmente se fundaba la noción de vía de hecho. Actualmente no “(...) sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye

aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad). Debe advertirse que esta corporación ha señalado que toda actuación estatal, máxime cuando existen amplias facultades discrecionales (a lo que de alguna manera se puede asimilar la libertad hermenéutica del juez), ha de ceñirse a lo razonable. Lo razonable está condicionado, en primera medida, por el respeto a la Constitución.”

54 En esa oportunidad, el Tribunal Constitucional declaró la inexecutable de la expresión “ni acción”, contenida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), bajo la consideración de que “una norma legal que dispone que contra la sentencia que resuelve el recurso extraordinario de casación en materia penal no procede recurso ni acción, salvo la de revisión; vulnera el principio de supremacía de la Constitución consagrado en el artículo 4º y la acción de tutela consagrada en el artículo 86.”

55 “El juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes” (C-590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño).

56 “De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última” (C-590 de 2005).

57 “[E]s decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la

decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos” (C-590 de 2005).

58 “[S]i la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio” (C-590 de 2005).

59 “Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos” (C-590 de 2005).

60 Artículo modificado por el artículo 32 de la Ley 795 de 2003. El nuevo texto es el siguiente: “Corresponde a la Superintendencia Bancaria tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada cuando se presente alguno de los siguientes hechos que, a su juicio, hagan necesaria la medida y previo concepto del consejo asesor”. El artículo 20 de la ley 510 de 1999 adicionó las causales correspondiente a los ordinales h, i, j. (h. Cuando existan graves inconsistencias en la información que suministra a la Superintendencia Bancaria que a juicio de ésta no permita conocer adecuadamente la situación real de la entidad; i. Cuando la entidad no cumpla los requerimientos mínimos de capital de funcionamiento previstos en el artículo 80 de este Estatuto; j) Cuando incumpla los planes de recuperación que hayan sido adoptados.) La ley 795 de 2003, adicionó las causales de los literales k y l. (k. Cuando incumpla la orden de exclusión de activos y pasivos que le sea impartida por la Superintendencia Bancaria, y l. Cuando se incumpla el programa de desmonte progresivo acordado con la Superintendencia Bancaria).

61 El artículo 10 del Decreto 2359 de 1993, establecía igualmente la obligatoriedad de oír

al Consejo Asesor para disponer sobre la liquidación de una entidad vigilada: “Artículo 10. ORGANOS DE ASESORIA Y COORDINACION. - 1. DEL CONSEJO ASESOR. El Superintendente Bancario tendrá un Consejo Asesor integrado por cinco (5) expertos en materia económica, financiera y de legislación general, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, y cuyos honorarios serán fijados por resolución ejecutiva.// El Consejo Asesor será un órgano auxiliar de carácter consultivo y sus opiniones y dictámenes no obligarán al Superintendente Bancario. Este último podrá convocarlo cada vez que lo crea conveniente y será obligatorio que lo oiga en los siguientes casos: (...) d) Para resolver si se dispone o no la liquidación de una institución vigilada o se adopta cualquier otra determinación que pueda afectar sustancialmente la situación jurídica de la misma, y e) En los demás casos previstos en la ley”.

62 El legislador luego de entender en el sentido señalado la finalidad de la medida de toma de posesión, mediante el artículo 21 de la ley 510 de 1999, quiso dar precisión al artículo 115 del E.O.S.F., modificándolo y estableciendo que dicha medida “tendrá por objeto establecer si la entidad debe ser objeto de liquidación; si es posible colocarla en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto social (...)”, sin que se impida que “si en el desarrollo del proceso de liquidación se encuentra que es posible colocar la entidad en condiciones de desarrollar su objeto social o realizar actos que permitan a los ahorradores, inversionistas o depositantes obtener mejores condiciones para el pago total o parcial de sus acreencias de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, se adopten, previa decisión en tal sentido de la Superintendencia Bancaria, las medidas para el efecto. Igualmente, si durante la administración de la entidad se encuentra que no es posible restablecerla para que desarrolle regularmente su objeto social, se podrán adoptar, previa decisión en tal sentido de la Superintendencia Bancaria, las medidas necesarias para su liquidación” (destaca la Sala).

63 Ver, entre otras, sentencias C-108 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-525 de 1995 y C-1173 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

64 Decreto 01 de 1984.

65 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de Octubre 22 de 1975.

66 Sentencia C-734 de 2000.

67 Sentencia C-525 de 1995.

68 Cfr. Sentencia T-064 de 2007.

69 Sentencia C-734 de 2000.

70 Sobre la exigencia de legalidad en materia administrativa, en sentencia C-432 de 1996, esta Corporación señaló: “Las limitaciones a la función de policía excluyen per se la existencia de actos puramente discrecionales por parte de la administración en el ejercicio de la función de policía, lo que no excluye una cierta capacidad creadora, del funcionario competente para decidir. Esto implica que la vieja distinción entre el acto puro reglado y el acto puro discrecional, debe abandonarse a favor de una que prevea que en ningún caso el funcionario puede apartarse de la legalidad, sin que esa circunstancia haga de él un autómatas.” (se resalta). En el mismo sentido, en sentencia T-982 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte sostuvo: “La Constitución Política, en su artículo 29, prescribe que ‘ el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas’. Se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata (C.P. art. 83), que en relación con el desarrollo de las actuaciones administrativas, pretende regular el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración, cuando en virtud del inicio de las mismas puedan llegar a comprometerse los derechos de los administrados.// Siendo entonces un desarrollo del principio de legalidad, el debido proceso administrativo representa un límite jurídico al ejercicio de las potestades administrativas, en la medida en que las autoridades únicamente podrán actuar dentro de los ámbitos establecidos por el sistema normativo, favoreciendo de esta manera a las personas que acuden ante quienes han sido investidos de atribuciones públicas en virtud de la Constitución o la ley.” (subraya fuera de texto).

71 Mediante el decreto 2330 de Nov. 16 / 1998, el Gobierno Nacional decretó el Estado de Emergencia Económica.

72 La auditoría externa contratada con Price Waterhouse entregó el informe para su discusión en la última semana de junio de 1999. El informe de consultoría, contratada con Mckinsey & Company Colombia Inc., se presentó el 2 de agosto de 1999, esto es, luego de haberse ejecutado la toma de posesión para liquidación ordenada en la resolución N° 1100 de 1999 de la SuperBancaria.

74 “a. Cuando haya suspendido el pago de sus obligaciones; b. Cuando haya rehusado la exigencia que se haga en debida forma de someter sus archivos, libros de contabilidad y demás documentos, a la inspección de la Superintendencia Bancaria; c. Cuando haya rehusado el ser interrogado bajo juramento, con relación a sus negocios; d. Cuando incumpla reiteradamente las órdenes e instrucciones de la Superintendencia Bancaria debidamente expedidas; e. Cuando persista en violar sus Estatutos o alguna ley; f. Cuando persista en manejar los negocios en forma no autorizada o insegura, y g. Cuando se reduzca su patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito. h. Cuando existan graves inconsistencias en la información que suministra a la Superintendencia Bancaria que a juicio de ésta no permita conocer adecuadamente la situación real de la entidad; i. Cuando la entidad no cumpla los requerimientos mínimos de capital de funcionamiento previstos en el artículo 80 de este Estatuto; j) Cuando incumpla los planes de recuperación que hayan sido adoptados. k. Cuando incumpla la orden de exclusión de activos y pasivos que le sea impartida por la Superintendencia Bancaria, y l. Cuando se incumpla el programa de desmonte progresivo acordado con la Superintendencia Bancaria”.

75 Entre las gestiones pueden mencionarse las siguientes:

1.- La decisión de la Asamblea General de Accionistas, contenida en el acta N° 15 de junio 10 de 1999, de reformar el art. 4° de los estatutos sociales, en el sentido de aumentar el capital autorizado del Banco Selfin de la suma de \$25.000.000.000 a la suma de \$45.000.000.000, con el fin de fortalecerlo patrimonialmente y ponerlo en capacidad de atender el requerimiento de la Superintendencia, consistente en la orden de capitalización por la suma de \$16.000 millones (folios 216 y 217 del cuaderno principal).

2.- La solemnización de la anterior reforma estatutaria mediante la Escritura Pública N° 2368 otorgada el 21 de junio de 1999 en la Notaría 42 del Círculo de Bogotá (folios 220 a 227 del cuaderno principal).

3.- La suscripción del Plan de Ajuste el día 15 de junio de 1999 entre el Superintendente Bancario y el Banco Selfin para el restablecimiento de la relación de solvencia, cuya vigencia se pactó hasta el día 31 de diciembre de 1999 (folios 230 a 233 del cuaderno principal).

4.- La información que la Superintendencia Bancaria le suministró al Banco de la República mediante oficio del mismo 15 de junio de 1999 sobre el hecho de haberse firmado el Plan de Ajuste (folio 236).

5.- Las gestiones y trámites que el Banco Selfin y sus accionistas estaban adelantando ante Fogafin para capitalizarlo con los recursos provenientes de la línea de crédito establecida en la Resolución 004 de 1999 del Consejo Directivo del Fogafín, de lo cual da cuenta, entre otras, la carta del Banco PF-032-99 de junio 08 de 1999, en la que le ratifica a Fogafin su conformidad con los servicios de auditoría y consultoría para la valoración del Banco (folios 239 del cuaderno principal); la carta de Fogafin de junio 18 de 1999 en la que le informa al Banco los nombres de las empresas asesoras sugeridas para hacer la valoración y la auditoría del Banco, requeridas para el acceso a la línea de crédito de la citada resolución (folio 242 del cuaderno principal); el informe que el Presidente del Banco le rinde a la Asamblea General de Accionistas en su reunión del 24 de junio de 1999, según consta en el acta N° 16, sobre los avances del proceso de capitalización, dando cuenta de la contratación con las empresas asesoras indicadas por Fogafin (folios 245 a 271 del cuaderno principal).

6.- La solicitud del Banco Selfin a la Superintendencia Bancaria de conceder un plazo de por lo menos 15 días para dar cumplimiento a la orden de capitalización expedida por la Superintendencia debido a “la necesidad que el Fogafin posee para el desarrollo de la documentación requerida en el proceso en que nos encontramos de acceso a la línea de capitalización”, como consta en la carta de julio 07 de 1999, radicada con el número 1999032525-12 el 08 de julio de 1999 (folio 274 del cuaderno principal).

7.- La ampliación del plazo hasta el 30 de julio de 1999 para la capitalización del Banco, otorgada por el propio Superintendente Bancario el 09 de julio de 1999, mediante oficio distinguido con el número de radicación 1999032525-14, habida cuenta de las gestiones y trámites que el Banco y sus accionistas estaban adelantando ante Fogafin para cumplir con la referida capitalización (folio 277 del cuaderno principal).

8.- El cumplimiento por parte del Banco Selfin de las instrucciones y condiciones establecidas por el Superintendente en el Plan de Ajuste, de lo cual dan cuenta las actas números 1 y 2 del Comité de Alto Nivel que al interior del Banco Selfin se

constituyó por exigencia de la Superintendencia Bancaria para verificar el cumplimiento del plan de ajuste, remitidas a la Superintendencia mediante las comunicaciones del Banco radicadas con los números 1999040751-0 de junio 30 de 1999 (folios 280 a 283 del cuaderno principal) y 19990407751-2 de julio 15 de 1999 (folios 286 a 289 del cuaderno principal), así como los conceptos emitidos por el Revisor Fiscal del Banco Selfin, contenidos en su comunicación identificada con el N° 4234, radicada en la Superintendencia Bancaria el día 01 de julio de 1999 con el N° 1999040883-0 (folios 292 y 293 del cuaderno principal) y en su comunicación identificada con el N° 4280, radicada en la Superintendencia Bancaria el 15 de julio de 1999 con el N° 1999040751-3 (folios 296 y 297 del cuaderno principal).

76 Según la Real Academia de la Lengua, la palabra “Inmediata” hace referencia a algo “Que sucede enseguida, sin tardanza”.

77 Acta N° 128 de mayo 31 de 1999 -Consejo Asesor de la Superintendencia Bancaria: “5. Situación Financiera Banco Selfin S.A. (Documento S.B. 023). / En el documento anexo SB. 023, se presenta la situación financiera del Banco Selfin S.A. / En particular se informó acerca de las dificultades de liquidez por las que viene atravesando el Banco Selfin S.A. con alta dependencia de recursos fondeados del Banco de Occidente S.A., así como de reiterados accesos a los apoyos de liquidez del Banco de la República. En el caso del Banco de Occidente, esta entidad con frecuencia le proporciona recursos mediante interbancarios y repos, los que en la medida en que vencen han sido prorrogados; este es el caso más reciente de repos por \$3.000 millones e interbancarios por \$1.000 millones los cuales vencían el viernes 28 de mayo de 1999 y fueron renovados hasta el día lunes 31 de mayo de 1999. / Igualmente, la entidad ha venido fondeando a Leasing Selfin C.F.C. mediante sobregiros los cuales al 31 de mayo de 1999 alcanzan \$790,5 millones. / De acuerdo con los resultados de las proyecciones efectuadas por esta Superintendencia, las cuales toman en consideración la reciente evolución del Banco y de los riesgos financieros implícitos en el negocio, con el objeto de cautelar una eventual situación de causal de disolución, de ajustar la relación de capital adecuado a los límites de ley y con el ánimo de asegurar su desempeño en las actuales circunstancias, mediante oficio 1999032525-0 del 25 de mayo pasado, se ordenó a la Entidad completar una capitalización en una cifra no inferior a los \$16.000 millones, para cuyo efecto se concedió un plazo hasta el 9 de julio de 1999. / Igualmente, se

informó al Banco que dicha orden de capitalización se debía cumplir sin menoscabo de la eventual instrumentación de medidas cautelares adicionales por parte de este Despacho, como las consagradas en el artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que propugnen por la protección de los ahorros del público. Así mismo, se sugirió adoptar todas las medidas necesarias que permitan conjurar los desequilibrios estructurales del Banco y la realización de las operaciones necesarias que propendan por hacer más eficientes sus activos y que se movilicen activos improductivos tendientes a darle a la entidad mayores posibilidades de generación de ingresos operacionales. / De otra parte, adicional a la solución que se dé al Banco, se recomendó a esta entidad adoptar una solución integral a la situación financiera y de riesgos del grupo consolidado que haga viable su operación en el mediano y largo plazo”.

78 De acuerdo con el texto del Decreto 2359 de 1993, artículo 2°.

79 Sentencia T-1018 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández: “Debe tenerse en cuenta que no sólo la perspectiva normativa ha de ser considerada, pues del serio análisis probatorio que hagan los jueces, se llega a la decisión más acorde a derecho dentro del margen interpretativo específico. Si los jueces no tienen el sustento probatorio suficiente para aplicar la ley, más sin embargo la aplican, incurren en un defecto fáctico que finalmente deriva en uno sustantivo, y que permite calificar la decisión como arbitraria”.

80 Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia de junio 24 de 2004, Exp: (15705), Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, señaló: “La motivación del acto administrativo se considera como “la exposición de los motivos que indujeron a la Administración Pública a su emisión”, la cual reviste especial importancia al momento de realizar el análisis de legalidad por ser un “medio técnico de control de la causa del acto”. Por tal razón, se considera que no es “un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente: la motivación es interna corporis, no externa; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo). Quiere decirse que la motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional: por el contrario, la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión”. El acto de la administración obedece a unas circunstancias fácticas y legales anteriores a su expedición, las cuales deben ser expresadas en el cuerpo de la decisión, salvo

excepción legal, con el objeto de que los afectados con el acto conozcan las razones que influyeron para su expedición, ya que “la administración no puede actuar caprichosamente, sino que por el contrario, debe hacerlo respondiendo a las circunstancias de hecho y derecho que en cada caso correspondan”. El Código Contencioso Administrativo establece la obligación de motivar, en forma sumaria, las decisiones de la administración, a pesar de lo cual hay que entender que la motivación debe incluir la totalidad de los aspectos en los cuales es necesario tener en cuenta, como reiteradamente lo ha indicado la doctrina y la jurisprudencia, que la motivación no se cumple con cualquier fórmula de carácter general, llamadas comodín o passe-partout, sino que ella ha de ser suficiente, esto es ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión, en cada caso concreto”.

81 Sentencia T-552 de 2005.

82 *Ibíd.*

83 Respecto de los conceptos jurídicos indeterminados, la Corte en sentencia C-371 de 2002, señaló: “Lo propio de este tipo de conceptos es que, no obstante su indeterminación, los mismos deben ser precisados en el momento de su aplicación. Y tal concreción no responde a una apreciación discrecional del operador jurídico, sino que se encuadra dentro de los parámetros de valor o de experiencia que han sido incorporados al ordenamiento jurídico y de los cuales el operador jurídico no puede apartarse. En particular, cuando los conceptos jurídicos indeterminados afectan derechos fundamentales, la Corte ha puntualizado que su determinación debe hacerse siempre a la luz de las normas constitucionales y legales que resulten aplicables a tales derechos, y que de la indeterminación legislativa del concepto no puede derivarse la posibilidad de imponer restricciones injustificadas a los derechos fundamentales, entendiendo por tales restricciones, aquellas que trasciendan los límites que a cada derecho trazan las respectivas normas constitucionales y legales. Agregó la Corte que en estos casos un “...mínimo de justicia material se concreta en el derecho a una decisión suficientemente fundamentada que justifique el sacrificio o la restricción a un derecho fundamental.” Igualmente, en sentencia C-530 de 2003, la Corte señaló que el uso de conceptos indeterminados es admisible en una infracción administrativa, siempre y cuando ellos sean determinables en forma razonable y previamente a la conducta

sancionable, esto es que sea posible concretar su alcance, en virtud de remisiones normativas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos, o de otra índole, que permitan prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados.

84 Superintendencia Bancaria, concepto 1998021516-8 del 28 de julio de 1998: “Como puede verse, la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada para su administración, busca finalidades substancialmente distintas a la toma de posesión para liquidar, razón por la cual los efectos que producen una y otra medida no pueden ser aplicados indistintamente en ambos procesos”.

85 Tal como lo establece el literal g) del artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la causal de disolución se presenta cuando el patrimonio neto se reduce por debajo del 50% del capital suscrito. La relación de patrimonio (incluidos los bonos obligatoriamente convertibles en acciones) a capital suscrito y pagado en abril de 1999 se sitúa en 65%.

86 La relación de capital adecuado se redujo a 7.5% en abril de 1999, inferior al mínimo legal del 9%.

87 La resolución de Fogafín para acceder a las líneas de crédito obligaban contratar auditores y consultores externos, los primeros para que emitieran un concepto sobre estados financieros y, los otros, para elaborar un estudio para determinar el valor económico de la entidad y la recuperación del crédito del Banco en el plazo que se otorgara. Fogafin emprendió las acciones complementarias, como levantar la reserva bancaria, firmar los contratos de consultoría y auditoría, realizó las asambleas generales de accionistas, suministró la información, reformó las escrituras incrementando el capital.

88 El numeral 2° del artículo 113 del E.O.S.F. establece: “ART. 113.- Medidas preventivas de la toma de posesión. (...) 5. Recapitalización. La Recapitalización es una medida cautelar para evitar que las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria incurran en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla”. (Destaca la Sala).

89 Decreto 673 de 1994: “ART. 2º - Relación de solvencia de los establecimientos de crédito. Establécese, como relación de solvencia, un nivel mínimo de patrimonio adecuado de los establecimientos de crédito equivalente al nueve por ciento (9%) del total de sus activos, en moneda nacional y extranjera, ponderados por nivel de riesgo. Por lo tanto, el patrimonio técnico de los establecimientos de crédito, definido en los términos de este decreto, no podrá ser inferior al nivel adecuado de patrimonio aquí señalado”.

90 Dice la orden de recapitalización a folio 184 del cuaderno principal): “Tal como se aprecia la relación de se redujo desde 14.79 hasta 7.5%, por debajo de los niveles mínimos exigidos por ley. Lo anterior significa que la entidad tiene limitada sus posibilidades de crecimiento de activos de riesgo siendo necesaria una recapitalización para lograr el nivel mínimo. Sobre este particular, al final de la comunicación, con base en proyecciones que han sensibilizado los requerimientos mínimos de capital fresco se ordena una recapitalización la cual más que pretender conseguir el nivel mínimo de la relación de capital adecuado, estiman los requerimientos mínimos que hacen viable al Banco en el corto plazo”.