

Sentencia T-120/02

ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Determinación

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Características

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Trato diferente

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Diferenciaciones siempre que sean legítimas/TEST DE IGUALDAD-Aplicación

CORTE CONSTITUCIONAL-No tiene competencia para pronunciarse sobre la creación de una excepción

Referencia: expediente T-506443

Peticionarios: Banco Ganadero y otros

Procedencia: Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra quien la preside, Eduardo Montealegre Lynett y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 4 de julio de 2001, y, en segunda instancia por el

Consejo de Estado, el 16 de agosto de 2001, dentro de la acción de tutela instaurada por el Banco Ganadero S.A. y otras entidades financieras contra la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y la Superintendencia de Servicios Públicos.

ANTECEDENTES

I. HECHOS

1. las siguientes personas jurídicas: BBV Banco Ganadero S.A., Banco de Colombia S.A., Corporación Financiera Nacional y Suramericana S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente, Banco de Bogotá, Corporación Financiera Colombiana S.A., Banco Tequendama S.A., Banco Colpatria – Red Multibanca Colpatria S.A., Banco Santander Colombia S.A., Almacenes Generales de Depósito de la Caja Agraria y Banco Ganadero (Almagrario S.A.), instauraron tutela contra la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y la Superintendencia de Servicios Públicos.

2. El expediente correspondió por reparto a la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En el primer auto, el 20 de junio de 2001, el Tribunal ordenó citar no solamente a las entidades contra quienes se dirigía la tutela sino también al representante legal de la empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, denominada EMCALI, cuyo representante había sido designado por la Superintendencia de Servicios Públicos.

3. La presencia de la Superintendencia de Servicios Públicos en EMCALI se debió a que mediante Resolución # 002536 de 3 de abril de 2000 dicha Superintendencia, con fundamento en el artículo 370 de la Constitución Política y de las disposiciones legales correspondientes, ordenó la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de EMCALI por cuanto esta empresa no estaba en capacidad de garantizar la prestación de los servicios públicos domiciliarios y había suspendido el pago de sus obligaciones mercantiles con los proveedores de energía, con las entidades financieras, con proveedores y contratistas, entre otros, por lo cual también dispuso la suspensión del pago de las obligaciones causadas, separó de funciones al Gerente de EMCALI y designó para emplazarlo a un funcionario comisionado y ordenó medidas preventivas.

5. En los considerandos de la Resolución 2651 expresamente se indicó: “Que la

suspensión de pagos de obligaciones internacionales directas o indirectas pueden tener efectos adversos sobre la totalidad de la deuda pública externa colombiana afectando el buen nombre y crédito de Colombia ante la comunidad financiera internacional; Que así mismo, el incumplimiento de las obligaciones de deuda interna por parte de Emcali con sus acreedores locales puede entorpecer de manera significativa la marcha de algunos proyectos de interés social, así como incidir en la posibilidad de acceso de las empresas públicas al mercado financiero interno”.

6. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en comunicación dirigida al juez de tutela expresa que “Las decisiones de la Superintendencia de Servicios Públicos no fueron recurridas por ninguno de los afectados, y hasta la fecha la Superintendencia de Servicios Públicos no ha sido notificada de demanda de nulidad alguna en contra de las mismas”.

7. Se formularon por algunos bancos derechos de petición al Director de Crédito Público del Ministerio de Hacienda para que precisara cuáles eran las excepciones. El Ministerio afirmó no ser competente para responder y trasladó la inquietud a la persona que fue nombrada por la Superintendencia de Servicios Públicos para ejecutar las medidas de toma de posesión y administración de EMCALI.

8. El 8 y el 13 de marzo de 2001 el representante legal de EMCALI, designado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, explicó por qué se le dio trato excepcional a los acreedores internacionales: “La nación ha venido pagando, honrando por cuenta de EMCALI el servicio de la deuda externa tanto del BID como del JBIC, por ser garante en los contratos de crédito con dichas entidades. El no pago del servicio de la deuda de estos créditos tiene graves repercusiones en la deuda externa colombiana como es el bloqueo o congelamiento de desembolsos al país. Los pagos que realizó la Nación figuran en nuestro flujo de caja como crédito de tesorería, los cuales realmente son la fuente de dichos recursos”. La excepción cobijó a varios contratos de EMCALI con el BID, a un contrato con Japan Bank For International Cooperation – JBIC (con cláusula de vencimiento acelerado) y unas obligaciones que son fuente de pago de la emisión de bonos colocados en el mercado norteamericano.

9. Este comportamiento de pagar los créditos externos y no los internos produce, según se lee en la solicitud de tutela: “...una abierta discriminación, con violación de los derechos

constitucionales fundamentales, al no haber sido cobijados igualmente con las excepciones a la cesación de pagos, por parte de la accionada, en relación con la deuda interna financiera adquirida por ésta última, no obstante la difícil y angustiosa situación que atraviesa el sector financiero colombiano...”. O sea que la tutela se instauró por violación al derecho de igualdad de oportunidades y por eso se solicita que se ordene pagar “las obligaciones contraídas por la empresa EMCALI, con los acreedores financieros internos, demandantes en este proceso, en la misma forma y trato realizado con los acreedores externos”.

II. PRUEBAS

Se acompañaron a la demanda los siguientes documentos:

- A. personería jurídica y representación legal de las entidades que instauran la tutela.
- B. Resoluciones 2536 y 2651 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
- C. Peticiones formuladas al Ministerio de Hacienda y a EMCALI.
- D. Respuestas dadas por tales entidades.

En el trámite de la tutela se aportaron las siguientes pruebas:

- a. Resolución 10327 de 20 de diciembre de 2000 (contiene una orden a Bancafé para que devuelva una suma de dinero);
- b. Resolución 3162 de 19 de abril de 2001 (no revoca la Resolución 10327).
- c. Contrato de empréstito externo 823/SF-CO entre el BID y EMCALI y contrato de garantía.
- d. Contrato de empréstito externo 563/SF-CO entre el BID y EMCALI y contrato de garantía.
- e. Contrato de empréstito externo CL-P3 y contrato de garantía.
- f. Comunicaciones entre EMCALI y el Ministerio de Hacienda.
- g. El presupuesto de ingresos y gastos de EMCALI para la vigencia fiscal de 2001.

h. Acuerdos de pago y “otro sí” a ellos, suscritos entre Emcali y las entidades financieras locales.

i. Algunas comunicaciones de EMCALI a entidades financieras.

j. La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional solicitó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios que informara sobre el estado en que se encuentra la toma de posesión, por parte de dicha Superintendencia, de los negocios, bienes y haberes de la empresa EMCALI; y que indicara si existe algún acuerdo o preacuerdo para cesar dicha posesión. La Intendente de Entidades Intervenidas y en Liquidación le comunicó a la Corte Constitucional:

“A efectos de dar respuesta a la solicitud de la referencia, me permito informarle que en desarrollo de la toma de posesión con fines de administración, ordenada por esta Superintendencia sobre EMCALI E. I. C. E. E. S. P. y encontrándonos dentro de los términos establecidos en la ley, se continúan efectuando todas las gestiones pertinentes a fin de procurar el mantenimiento del servicio, el mejoramiento de la empresa y su viabilidad, con el objeto de evitar la liquidación.

Asi mismo me permito adjuntar copia de los preacuerdos suscritos por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, el Alcalde de Cali, Ministro de Trabajo, Director Nacional de Planeación y Ministro de Hacienda, el 14 de enero de 2002, y posteriormente el 29 de enero de 2002, acuerdo suscrito por el gobierno nacional (Superintendente, Alcalde de Cali, Ministro de Trabajo), SINTRAEMCALI (Presidente, Vicepresidente), la CUT nacional (junta directiva), Patricia Molina Beltrán (vocera comunidad) Alicia Osorio González (veedora ciudadana) y Gustavo Rivera (Presidente del Consejo de Cali).

Aunque los anunció, los preacuerdos no llegaron a la Corte Constitucional.

III. SENTENCIAS OBJETO DE REVISION

El 4 de julio de 2001 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia de primera instancia negando la tutela. En sus considerandos figura el siguiente razonamiento:

“Por tratarse de un acto de carácter general dirigido en principio a la totalidad de los acreedores de EMCALI, sin distingo de su calidad de acreedores externos o internos, la

Resolución 002651 de 2000 puede ser objeto de controversia judicial a través de la acción pública de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

“Entonces, no resulta procedente invalidar los efectos jurídicos del artículo segundo de la citada resolución mediante el ejercicio de la tutela, pues en virtud de su carácter subsidiario y residual tampoco puede desconocerse la presunción de legalidad que ampara a dicho acto administrativo.

“Adicionalmente, la posible decisión negativa que pudiese adoptar la Superintendencia de Servicios Públicos frente a las solicitudes de las distintas entidades demandantes también dejaría abierta la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional para efectos de su controversia.

“En tales eventos, la determinación de no aplicar la excepción prevista en la Resolución 002651 tendría como consecuencia el surgimiento de un acto de carácter particular, el cual sería susceptible de ser atacado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a que se refiere el artículo 85 del C.C.A.

“En consecuencia, concluye la Sala que desde este punto de vista la tutela es improcedente ante la existencia de otro medio ordinario de defensa judicial para controvertir las decisiones adoptadas por la Superintendencia de Servicios Públicos respecto de la excepción que cobija a la suspensión de pagos de EMCALI”.

El Consejo de Estado, Sección Tercera, el 16 de agosto de 2001 confirmó la decisión del a quo.

Para el ad-quem, en el presente caso es improcedente la acción de tutela porque existe otra manera de defensa judicial y no se amerita el uso de la tutela como mecanismo transitorio.

En cuanto al derecho de igualdad invocado por los accionantes, el Consejo de Estado consideró que por este aspecto “tampoco tendría vocación de prosperidad” y sustenta su opinión en el test de igualdad relacionado en la C-089/2000. Vale la pena mencionar este razonamiento hecho por el Consejo de Estado:

“El objetivo perseguido por los demandantes, es el de evitar que se presente la aplicación del llamado ‘Cross Default’ o ‘Incumplimiento Cruzado’, que consiste en que la deuda externa de

la Nación representada por el gobierno nacional entraría en mora, toda vez que si una institución financiera internacional declara anticipadamente vencido el plazo de cumplimiento de las obligaciones de pago de un contrato de empréstito externo, generaría que las demás instituciones financieras internacionales acudiesen a un mecanismo equivalente a la 'Cláusula Aceleratoria' a la que hace referencia el ordenamiento nacional, lo cual haría exigibles anticipadamente las obligaciones de todos los demás contratos que contengan dicha cláusula".

IV. RESUMEN DE LOS ALEGATOS PRESENTADOS A LA CORTE CONSTITUCIONAL

El apoderado de las entidades peticionarias insiste en que se ha producido "una abierta discriminación en cuanto al trato diferenciado" discriminación que se puso de manifiesto en las comunicaciones de 8 y 13 de marzo de 2001 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en las cuales se explicó por qué se le había dado preferencia a los pagos de la deuda externa, de los bonos y del PPA. Considera el apoderado que no se deben propiciar privilegios. Cita en su respaldo las sentencias C-384/97, C-049/97. Aclara que no era dable para las entidades financieras nacionales demandar la Resolución 2651 de 5 de abril de 2000 porque esa Resolución era favorable a los accionantes y lo que ha ocurrido es que no se aplicó a los acreedores internos, como debiera haberlo sido, ya que esto último era lo razonable.

La apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público principia por argumentar que existe otro mecanismo de defensa judicial (la del artículo 84 del C.C.A.) porque en el fondo lo que está atacando el accionante es la Resolución 002651 de 2000. Pone de presente que "Los acreedores internos de EMCALI no han cobrado a la NACION - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, y ni siquiera han ejercitado su derecho frente a EMCALI, por lo que si no le han cobrado a EMCALI de manera directa , cómo pretenden entonces mediante la acción de tutela lograr el pago por parte de la Nación?" También pone de presente que los empréstitos celebrados con acreedores internacionales tienen connotaciones diferentes a los créditos internos.

V. FUNDAMENTOS Y CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Esta Corte es competente para revisar los fallos de tutela de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional y el decreto 2591 de 1991; así mismo por la selección del respectivo expediente.

VI. TEMAS JURIDICOS

La tutela se instauró porque, en sentir del peticionario, debido a actos de la administración, se otorgó un trato excepcional a los acreedores internacionales, dentro de la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de EMCALI, por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, entonces, dos son los aspectos para estudiar:

- a. Si es acertado el criterio de los juzgadores de instancia, quienes consideraron que no se había violado el derecho a la igualdad de los acreedores internos de EMCALI.
- b. Pero, el tema previo es el de determinar si la tutela es el mecanismo idóneo para resolver la situación planteada en el literal anterior, o si, por el contrario, la tutela es improcedente por existir otro medio judicial principal, aplicable al caso de autos.

1. Procedibilidad de la tutela

La función propia del amparo es proteger de manera inmediata los derechos fundamentales “cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”, o de un particular, en determinadas circunstancias.

La procedencia de la acción está limitada por el inciso 3° del artículo 86 de la C.P.:

“Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

En el presente caso, la Resolución # 002536/2000, proferida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, suspendió el pago de las obligaciones mercantiles de EMCALI. Contra dicha Resolución se agotó la vía gubernativa por entidades bancarias nacionales, pero no se instauró acción contencioso administrativa, siendo esta medida la adecuada para ejercitar cualquier medio de defensa por quienes se consideraran afectados por la Resolución.

Posteriormente se expidió la Resolución # 2651/2000, permitiendo excepciones para la suspensión de pagos. Contra dicha Resolución tampoco se ha instaurado acción contencioso administrativa alguna, siendo ésta la vía adecuada y no la tutela.

En la mencionada Resolución # 2651/2000, se estableció una excepción un requisito técnico, como es un concepto del Ministerio de Hacienda, previo a la admisión de la excepción. El juez de tutela no puede suplir dicho concepto, ya que ese supuesto de hecho (el concepto del Ministerio de Hacienda) es una condición sine qua non para que la excepción se configure.

El hecho de que la empresa EMCALI no haya solicitado el concepto, no autoriza al juez de tutela para suplir o exonerar de ese concepto técnico. Esta omisión, por la no petición del concepto, daría lugar a una acción contencioso administrativa y ésta no se ha presentado.

El medio judicial adecuado, es la acción contencioso administrativa y no la tutela, dado el carácter subsidiario de ésta.

En la T-253/94 la Corte Constitucional dijo que “De acuerdo con los parámetros establecidos por el artículo 86 del Estatuto Superior, la tutela presenta como características fundamentales la de ser un mecanismo inmediato o directo para la debida protección del derecho constitucional fundamental violado; y la de ser subsidiaria, esto es, que su implementación solamente resulta procedente a falta de otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable¹.”

Quedaría por dilucidar si en el presente caso, aunque no lo hubiere planteado así el peticionario de la tutela, podrían tener cabida las figuras jurídicas del mecanismo transitorio y del perjuicio irremediable. Sobre el perjuicio irremediable la T-439/2000 se fundamentó en la T-225/932 y expresó:

“Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia que exige, en el caso que nos ocupa, medidas inmediatas; la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente; y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados

pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.

Con respecto al término ‘amenaza’ es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.”

En la misma sentencia se precisa que es inminente lo “que amenaza o está por suceder prontamente”; que las medidas han de ser urgentes, es decir, “como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia.” Que el perjuicio se requiere que sea grave, “lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona.”; y “que la acción de tutela sea impostergerable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”

Los requisitos señalados en la jurisprudencia no se dan en el presente caso, como se explicará posteriormente.

No obstante que con lo dicho anteriormente bastaría para declarar improcedente la tutela, la Sala de Revisión hará referencia a la presunta discriminación planteada por quien instauró la tutela, ya que el tema fue tratado por las sentencias objeto de revisión.

2. La Constitución permite, en determinadas situaciones, un trato diferente

La sentencia C-530/93 estudió el tema de la igualdad y de la diferenciación. Sobre ésta última precisó:

- En primer lugar, que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho;
- En segundo lugar, que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad;
- En tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales;

- En cuarto lugar, que el supuesto de hecho - esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga- sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna;

- Y en quinto lugar, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.

Si concurren pues estas cinco circunstancias, el trato diferente será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima; en caso contrario, el otorgar un trato desigual será una discriminación contraria a la Constitución”.

Como se aprecia, es constitucionalmente válido dar un trato diferente. Por esta razón, el legislador, en determinadas circunstancias puede establecer excepciones y el hecho de hacerlo no implica que todas las personas queden dentro de la excepción. La Corte Constitucional, en la C-089/2000 expresó, respecto a la diferencia de trato, lo siguiente:

“Dicho principio (se refiere al de igualdad) no impide al legislador establecer diferenciaciones o tratos disímiles, siempre y cuando éstos sean constitucionalmente legítimos, es decir, tengan una justificación objetiva y razonable³. Con el fin de determinar si la medida adoptada por el legislador en la norma acusada cumple estas exigencias, procede la Corte a aplicar el denominado test de igualdad, que comprende el análisis de los siguientes aspectos: “1. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual; 2. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución; y 3. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido (...) el test del trato desigual pasa por una etapa subsiguiente sólo si dicho trato sorteó con éxito la inmediatamente anterior. El primer paso no reviste mayor dificultad, como quiera que puede llevarse a cabo a partir del sólo examen de los hechos sometidos a la decisión del juez constitucional. El segundo paso, por el contrario, requiere de una confrontación de los hechos con el texto constitucional, para establecer la validez del fin a la luz de los valores, principios y derechos consignados en éste. Si el trato desigual persigue un objetivo, y éste es constitucionalmente válido, el juez constitucional debe proceder al último paso del test, que examina la razonabilidad del trato diferenciado. Este es el punto más complejo de la evaluación, y su comprensión y aplicación satisfactoria dependen de un análisis

(descomposición en partes) de su contenido.”⁴

Toda excepción establece un trato distinto. Lo que hay que dilucidar es si ese trato distinto es razonable. Lo que no está permitido es la discriminación. En el presente caso, el concepto del Ministerio de Hacienda no estableció una discriminación respecto a la no suspensión del pago de los créditos internacionales, porque la finalidad de la medida está expresada en el mismo concepto (es la Nación quien ha venido pagando los créditos por ser garante en los contratos). Este concepto es razonable y coherente con la regulación de los compromisos internacionales, distintos a las acreencias internas que se rigen por las normas nacionales. Por tanto son distintas las situaciones de hecho y por consiguiente no se aprecia que la omisión a la cual alude la presente tutela, implique una afectación al derecho a la igualdad. En los compromisos internacionales está de por medio la soberanía del Estado y por ello deben ser cumplidos en la forma pactada (*pacta sunt servanda*), lo cual no se presenta en los créditos internos sometidos exclusivamente a la ley nacional.

VII. CASO CONCRETO

1. En el presente caso existe otro medio judicial para decidir el problema planteado. Es la jurisdicción contencioso administrativa la que definirá si es legal o no que el representante actual de EMCALI no haya incluido a los créditos internos dentro de la excepción a la suspensión de pagos.

2. Es razonable la decisión de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de incluir como excepción a la suspensión de pagos en EMCALI, a los créditos a unas entidades financieras internacionales. Esa razonabilidad está suficientemente probado en el expediente de tutela. En efecto:

a. EMCALI, empresa municipal de Cali, fue intervenida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, quien ordenó la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes. Por tal razón se decretó, mediante la Resolución 002536 de 3 de abril de 2000, la suspensión de pagos de las obligaciones causadas hasta el momento de toma de posesión. La determinación, en principio, fue para todos los acreedores.

b. Contra esta primera Resolución interpusieron recurso de reposición el BBVA Banco Ganadero, el Banco Popular, Bancolombia y el Banco de Occidente, para que se suprimiera la

orden de suspensión de pagos señalada en el numeral 11 del artículo 3° de dicha Resolución. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por Resolución 4931 de 31 de mayo confirmó lo impugnado. Por consiguiente, quedó en firme la orden general dada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de que EMCALI dada la situación en que se encuentra, debe suspender los pagos de lo debido. Contra tales Resoluciones no se acudió ante la jurisdicción contencioso administrativa.

c. Es cierto que según la Resolución 002651 de 5 de abril de 2000, se permiten excepciones a la orden de suspensión de pagos. No se interpusieron recursos contra la Resolución que habló de la excepción, luego están en firme las reglas que se establecieron para aceptar cualquier excepción.

d. Se dice por el tutelante que no se agotó la vía gubernativa por la sencilla razón de que la Resolución 2651 los favorecía en cuanto los acreedores internos también quedaban incluidos en la excepción. Sin embargo, en la parte resolutive de dicha Resolución no se dispone lo que afirman los accionantes; lo que expresamente se consigna es que sólo habrá las excepciones “que a juicio de la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sean necesarias para evitar la ocurrencia de los eventos a que alude la parte considerativa de la presente resolución”.

e. En el caso concreto de las acreencias internacionales, si se hizo uso de la regla establecida para su la concesión de la excepción. En efecto, dos días después de expedida la Resolución 002651 de 5 de abril de 2000, el representante de EMCALI solicitó a la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público autorización para pagar la deuda externa vencida de EMCALI CON EL Japan Bank for International Cooperation. El Ministerio le respondió que su oficio no era autorizar sino emitir “una opinión”. Y esa opinión fue la siguiente: “Por otra parte, en la mayoría de los contratos de empréstito externo celebrados por la Nación Colombiana con la Banca comercial, se ha incluido como evento de incumplimiento el de las obligaciones de pago de cualquiera de las entidades públicas contraídas conforme a otros contratos de empréstito externo que hayan contado con la garantía de la Nación. Tal evento de incumplimiento puede generar la aceleración de la totalidad de la deuda pública de la Nación colombiana y de la garantizada por ella. Es forzoso entonces concluir que el incumplimiento del pago debido bajo el contrato celebrado con el Japan Bank For International Cooperation -JBIC- puede incidir de manera desfavorable

en la posición del país en el mercado financiero internacional ". Sea de agregar que el 19 de julio de 2000, Emcali le informó al Ministerio de Hacienda que de todas maneras estaba en incapacidad para el pago de la deuda externa. El 8 de agosto de 2000 el Ministerio respondió: "A fin de evitar esta delicada situación, la Nación como garante de los créditos con el BID y el JBIC, está dispuesto a honrar, si es el caso, su garantía a fin de evitar males mayores, previas las correspondientes adiciones presupuestales y a costa del desfiguramiento de otros proyectos de la Nación".

3. No obstante lo contundente de la opinión del Ministerio de Hacienda, que se refería únicamente al crédito externo, y pese a que hubo de parte del Gobierno Central el ofrecimiento de entrar en garantía pero solamente de la deuda externa de EMCALI, las entidades crediticias internas consideran en la solicitud de tutela que ha habido discriminación porque las excepciones cobijaron a varios contratos de EMCALI con el BID, a un contrato con Japan Bank For International Cooperation -JBIC, con cláusula de vencimiento acelerado y unas obligaciones que son fuente de pago de la emisión de bonos colocados en el mercado norteamericano, es decir, a créditos internacionales, y no incluyeron las excepciones a los acreedores internos.

Se trata de situaciones jurídicas diferentes en cuanto a la ley aplicable, los sujetos de los contratos y las cláusulas contractuales. Por tanto, no son asimilables los créditos internos a los internacionales que debe ser cumplidos por haber dado el Estado colombiano la garantía de su pago, por lo cual debe hacer honor a los mismos.

4. Vale la pena hacer otras consideraciones adicionales:

a. El 13 de abril de 2000, el Banco Ganadero le solicitó al Director General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda que le informara cuáles eran las excepciones para el no pago, establecidas en la Resolución 2651 de 5 de abril de 2000. Como se ve, no se pidió que se conceptuara sobre la inclusión dentro de las excepciones. El Ministerio respondió que carecía de competencia para fijar el alcance del plan de pagos de Emcali y que "En lo concerniente a la atribución de esta Dirección General de conceptuar sobre los eventos a que alude la Resolución 2651/00 de la Superintendencia de Servicios Públicos, le informo -por tratarse de situaciones de carácter netamente excepcional- para emitir cada dictamen esta Dirección atenderá la situación particular de cada pago y las estipulaciones del

correspondiente contrato de empréstito, así como la incidencia de su incumplimiento en la totalidad de la deuda pública del país o en el acceso a los recursos del crédito por parte de otras entidades públicas colombianas”. De todas maneras remitió la petición al representante legal de Emcali. No se aprecia en esta contestación violación alguna a los derechos fundamentales. El derecho de petición fue enviado a la autoridad que se estimó era la competente y no obstante este aspecto formal, se dio una respuesta de fondo con un contenido muy claro. El oficio del Ministerio de Hacienda es el de conceptuar sobre la inclusión en la excepción, para lo cual fijó unos parámetros.

b. A su vez, Emcali le respondió al Banco Ganadero, el 11 de mayo de 2000. En dicha respuesta afirmó : “Los eventos de excepción a que alude la Resolución 002651 no están predeterminados y se irán concretando, previo el concepto de la Dirección de Crédito Público, en la medida en que las necesidades urgentes del servicio lo requieran”. No se aprecia en esta determinación una afectación al derecho a la igualdad. En efecto, se determinó que Emcali suspendería el pago de los créditos, se estableció la posibilidad de alguna excepción y para ésta se fijó un procedimiento. En el presente caso, no ha habido el concepto concreto de la Dirección de Crédito Público del Ministerio de Hacienda sobre créditos internos, por la sencilla razón de que EMCALI no se lo ha solicitado.

c. Es más, con posterioridad, el Comité de Entidades Financieras formuló un derecho de petición en similar sentido al del Banco Ganadero. Emcali, el 8 de marzo de 2001, explicó por qué la Nación ha venido pagando “honrando, por cuenta de EMCALI el servicio de la deuda externa tanto del BID como del JBIC”. Y, el 13 de marzo del mismo año Emcali volvió a insistir en la necesidad de pagar la deuda externa para preservar la “credibilidad de Colombia”. Las oportunas respuestas y los razonamientos incluidos en ellas no son una violación al derecho de igualdad.

5. En conclusión, no es la tutela la vía adecuada para resolver la solicitud que textualmente dice que : “las accionadas deberán adoptar las medidas necesarias a fin de ordenar la cancelación, dentro del término que fije esa H. Corporación, contados a partir de la notificación de la sentencia de tutela, las obligaciones contraídas por la empresa EMCALI, con los acreedores financieros internos, demandantes en este proceso, en la misma forma y trato, al realizado con los acreedores externos”. Esta pretensión no se puede decretar por tutela por las siguientes razones:

- a. La norma general, para el caso de EMCALI, es la suspensión del pago de las acreencias y la Corte Constitucional no tiene competencia para pronunciarse sobre la no creación de una excepción.
- b. Para admitirse la excepción debe haber un concepto de la Dirección de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y este trámite no se ha dado, no por deficiencia de dicha entidad , sino porque no se ha solicitado.
- c. Si las entidades financieras consideran que EMCALI debe solicitar el concepto, no es la tutela el mecanismo adecuado para obligar a EMCALI a que lo haga porque para eso existe la acción contencioso administrativa contra acciones u omisiones de la administración.
- d. Tampoco puede caber la tutela como mecanismo transitorio porque no se aprecia la inminencia del daño ni la urgencia de la orden a dar. En efecto, el 28 de junio de 1999 se celebró un convenio de pagos entre EMCALI y las entidades financieras internas. El 16 de julio de 1999 figura otro convenio entre EMCALI y 18 acreedores financieros (que incluyen a los peticionarios de la tutela). El 30 de mayo de 2000 se firmó un “otro si” al acuerdo de pagos, prorrogándose las obligaciones financieras, pero aclarándose: “.... las partes se comprometen a realizar sus mejores esfuerzos para encontrar una solución definitiva a los problemas de la deuda pública bancaria a satisfacción de las partes”. Y se agregó: “Si al 30 de septiembre de 2000 no se ha definido la solución estructural para la actual situación del deudor, y por consiguiente éste no tiene los recursos disponibles para atender el servicio de la deuda acumulada a dicha fecha, las entidades financieras estudiarán de buena fe una nueva refinanciación a todas las obligaciones que se vencen en septiembre 30 de 2000” . Luego, no se dan los requisitos del perjuicio irremediable. Además, se ha informado a la Corte Constitucional que ya se han firmado preacuerdos para soluciones de fondo al problema financiero de EMCALI. En efecto, no se puede hablar de medida urgentes si los propios acreedores internos han pactado acuerdos para la refinanciación y la acción de tutela no se convierte, en este caso, en la medida necesaria para evitar un perjuicio irremediable.

DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR el fallo proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 16 de agosto de 2001, que a su vez había confirmado la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, del 4 de julio de 2001.

SEGUNDO. Por Secretaria, LÍBRESE la comunicación prevista por el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1Cfr. Corte Constitucional. Sentencias Nos. T-001/92, T-003/92, T-007/92 y T-404/92, entre otras.

2 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

3Corte Constitucional. Sentencia No. C-530/93.

4 ibidem