

Sentencia T-587/03

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Ausencia por presentarse un hecho nuevo

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA BANCOS-Procedencia por prestar servicio público

ACTIVIDAD BANCARIA-Requisitos para que proceda la tutela

Si bien la actividad bancaria es un servicio público, no todas las labores del giro ordinario de sus negocios implican una subordinación del sujeto que se relaciona con la entidad y una eventual vulneración de derechos fundamentales. Por tanto, se hace necesario afirmar que en el caso de las actividades bancarias, la procedencia de la tutela se justifica en la medida en que (i) la entidad presta un servicio público, (ii) en el servicio prestado se presenta una disparidad de la posición contractual de las partes, o el banco tiene una posición dominante negocial, y (iii) se afecta con la actividad un derecho fundamental.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia general sobre controversias contractuales

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Controversia contractual

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional sobre controversias contractuales

Vale la pena aclarar, que a pesar de que considera que la tutela no procede para el conocimiento de controversias surgidas de una relación contractual, excepcionalmente la Corte ha encontrado procedente la tutela para el cobro de deudas cuando se ha visto que la falta de pago origina un grave perjuicio al mínimo vital del accionante. En casos excepcionales, se ha aceptado que la tutela puede prosperar. Sucede así, por ejemplo, en el caso de las acreencias originadas en un contrato laboral pero sólo cuando el trabajador invoca su derecho a subsistir dignamente amparado en el concepto de mínimo vital y éste se

encuentra vulnerado. También se ha aceptado, por ejemplo, la posibilidad de que la tutela pueda prosperar cuando se interpone por parte de un acreedor de una entidad financiera en liquidación cuando se comprueba que la demora en el pago de la deuda contraída de manera directa con el tutelante, pone en peligro la vida de éste como persona de la tercera edad, afectada de grave enfermedad y que carece de recursos para atender los gastos del tratamiento que requiere.

INDEFENSION-Concepto

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por no existir violación de derechos fundamentales

Referencia: expediente T-722993

Peticionario: Sociedad Hoteles Decamerón Colombia S.A.

Accionados: Bancolombia S.A., Fiducolombia S.A.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil tres (2003).

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

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida por el Juzgado 3º Civil Municipal de Cartagena, el 14 de enero de 2003, y el Juzgado 3º Civil del Circuito de Cartagena, el 20 de febrero de 2003

I. HECHOS

1. Manifiesta la Sociedad Hoteles Decamerón Colombia S.A. (Hodecol), actuando a través de

apoderado, que en 1992 contrajo un crédito con el Banco de Colombia S.A. de Panamá el cual fue garantizado con dos hipotecas constituidas sobre sus hoteles ubicados en Santa Marta (Hotel Decamerón Galeón) y en San Andrés (Hotel Decamerón San Luis) a favor de la entidad bancaria.

1. Señala que los abonos a dicho crédito se hacían por intermedio del Banco de Colombia -Colombia- (Bancolombia) sucursal Cartagena. Esta entidad descontaba mensualmente el valor de la cuota de la cuenta corriente de Hodecol.

1. En junio de 1997, indica la peticionaria, recibió un comunicado de Bancolombia en el cual se indicaba que el crédito había sido transferido del Banco de Colombia de Panamá a Bancolombia. En consecuencia, señala la accionante, Hodecol continuó realizando los pagos a favor de la nueva entidad, presumiendo que ésta había adquirido legítimamente el crédito.

1. El 12 de diciembre de 1997, mediante escritura pública No 5372, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Santa Marta, se celebró un contrato de fiducia en garantía entre Fiducolombia (fiduciaria), Hodecol (fideicomitente), en el cual Bancolombia y Banestado figuran como acreedores garantizados (beneficiarios).

1. Hodecol aportó como bien fideicomitado el Hotel Puerto Galeón de Santa Marta, el cual estaba gravado con hipoteca a favor de Banco de Colombia S.A. de Panamá.

1. Señala la accionante que la finalidad del contrato fue sustituir las garantías hipotecarias que respaldaban el crédito, por lo cual, en términos de la peticionaria, Bancolombia contrajo la obligación de cancelar los gravámenes hipotecarios que garantizaban el crédito contraído

con el Banco de Colombia S.A. de Panamá sobre los hoteles de San Andrés y Santa Marta.

1. Indica que, a pesar de que la cancelación de la hipoteca sobre el inmueble de San Andrés no se pactó de manera expresa en la escritura de fiducia, para las partes era claro que quedando garantizadas todas las obligaciones con el contrato de fiducia, esta hipoteca debía ser cancelada. Por su parte, la obligación de levantar la hipoteca que existía sobre el hotel de Santa Marta sí quedó consagrada de manera expresa en el párrafo tercero de la cláusula séptima del contrato.

1. Bancolombia, según manifiesta Hodecol, incumplió con su obligación de cancelar su hipoteca sobre el hotel de Santa Marta, la cual estaba establecida como condición para que la fiduciaria procediera a expedir el certificado fiduciario de garantía. No obstante, según se indica en la demanda, el 15 de septiembre de 1999 Fiducolombia otorgó el certificado fiduciario de garantía No 0805 a favor de Bancolombia.

1. Según Hodecol, la no cancelación de la hipoteca sobre el bien fideicomitado se constituye en incumplimiento del contrato de fiducia. Es lógico que los bienes que ingresan al patrimonio autónomo que se constituye con la fiducia deban estar libres de gravámenes hipotecarios, puesto que el fin de la fiducia en garantía es la eventual venta del bien para el pago de las acreencias y si el bien está con gravamen, el precio de su comercialización será muy bajo.

1. A pesar de la presentación de varias solicitudes por parte Hodecol para el levantamiento de las hipotecas, esta obligación no se cumplió, por lo cual se presumió que Bancolombia no tenía en realidad la calidad de titular de los créditos de Banco de Colombia S.A. de Panamá, y, en consecuencia, la de cesionario de las hipotecas; de lo cual se coligió que no se debía continuar realizando los pagos. Esta suspensión de pagos también se respaldó, según el dicho de la peticionaria, en el hecho de que a pesar de que se pidió se expidieran los títulos

que legalmente lo acreditaran como acreedor, esto no se ha hecho hasta el momento.

1. En una primera ocasión, Fiducolombia reconoció como acreedor a Bancolombia con base en un formato de pagaré y una carta de instrucciones en blanco. No obstante, tal reconocimiento fue revocado por la Fiduciaria a través del oficio No 07260 del 27 de febrero de 2002, como consecuencia indirecta de la orden de tutela proferida por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cartagena, en la cual se ordenó proteger el derecho de petición y brindar a Hodecol una respuesta acerca de por qué no se habían levantado las hipotecas según lo establecido en el contrato de fiducia.

1. Sin embargo, en una segunda oportunidad, Fiducolombia reconoció el mismo crédito a favor de Bancolombia con base en una certificación expedida por su revisor fiscal, y una carta en la cual, según Bancolombia, Hodecol había reconocido la existencia de tal deuda.

1. Tal decisión, en concepto de la accionante, constituye una franca vía de hecho puesto que la fiduciaria terminó asumiendo la función del reconocimiento de una obligación a través de un documento donde no consta una obligación clara expresa y exigible, como si fuera un juez de la República. Ninguna disposición legal señala que se puede probar la existencia de un crédito con el certificado del revisor fiscal de la entidad.

1. Al no haber sido determinado por un juez competente, se vulneró el artículo 29 constitucional que señala que toda persona podrá ser juzgada “ante juez o tribunal competente y con la plenitud de las formas propias de cada juicio (...)”. Al haber sido declarada la existencia de una obligación por parte de la fiduciaria, también se le vulneró el derecho de defensa pues se pretermitieron las oportunidades de un proceso legal para oponerse.

1. Si bien el contrato de fiducia no expresaba cuáles eran las obligaciones que quedaban

garantizadas, Fiducolombia asumió que eran las que señalara Bancolombia a través de documentos no idóneos. En el contrato sólo se expresó que cuando se comunicara incumplimiento del fideicomitente, se debía anexar “fotocopia auténtica del documento donde conste la obligación”, mas no se dijo de manera exacta cuáles eran las deudas.

1. Según Hodecol, el documento presentado por los acreedores debe reunir las características de un título ejecutivo que otorgue certeza acerca de la existencia del crédito.

1. Considera la accionante, que ante la imprecisión de los términos del contrato, la fiduciaria ha debido abstenerse de reconocer validez al título y hacer efectiva la garantía poniendo en venta el bien. En ningún momento el contrato de fiducia contenía instrucciones para la fiduciaria en el sentido de fijar cuáles eran las obligaciones.

1. El hecho de que Fiducolombia haya considerado como válidos los documentos presentados por Bancolombia se agrava por la circunstancia de que Bancolombia (acreedor garantizado) es la sociedad matriz de la fiduciaria, lo que genera un conflicto de intereses que llevan a la indefensión de la peticionaria. Con este tipo de relación se podría afirmar que el acreedor termina disponiendo de la prenda.

1. Fiducolombia, en criterio de accionante, también ha vulnerado el derecho a la igualdad puesto que cuando Banestado fue a presentar prueba de la obligación incumplida, la fiduciaria exigió que la existencia de tal obligación fuera reconocida por Hodecol; en el caso de Bancolombia aún no han sido admitidas las obligaciones y se ha señalado que la fiduciaria no tiene competencia para referirse a si el título presentado tiene el contenido crediticio indicado por el presunto acreedor y la fiduciaria ha hecho caso omiso de esto.

1. A esto se añade el hecho de que ya se encuentra en trámite la ejecución de la garantía, como se constata en los avisos de prensa que la anuncian de 10 de octubre de 2002 y 1º de noviembre del mismo año.

1. Reconoce la accionada que presentó una tutela con anterioridad pero indica que si bien se interpuso contra la mismas entidades, los hechos de la actual demanda variaron puesto que en el primer caso Fiducolombia había reconocido el crédito con base en un pagaré en blanco y una carta de instrucciones de las mismas características, y ahora lo reconoce con base en un certificado del revisor fiscal de Bancolombia.

1. Indica que acude a la acción de tutela como mecanismo procedente puesto que si bien las demandadas son entidades privadas una de ellas es a la vez una entidad bancaria que, como la Corte ha reiterado, presta un servicio público, y la otra ha adoptado decisiones de una autoridad jurisdiccional que es una autoridad pública.

1. En consecuencia solicita declarar la existencia de violación al “debido proceso o principio de legalidad” y, por tanto, ordenar excluir a Bancolombia S.A. del proceso fiduciario en ejecución de garantía inmobiliaria que adelanta Fiducolombia S.A. contra Hodecol S.A., por incumplimiento del contrato que para sí invoca y falta de demostración de documento en que conste la obligación.

Respuesta de las entidades accionadas

a. Fiducolombia S.A.

Indicó la entidad que la tutela era doblemente improcedente. Primero, puesto que se interpuso contra un particular que no se encuentra en ninguno de los casos señalados en el Decreto 2591 de 1991, artículo 42. Las relaciones que sostienen el accionante, Bancolombia y Fiducolombia no tienen que ver con la prestación de un servicio público. Tampoco son particulares en ejercicio de una función pública. En la anterior tutela interpuesta contra

Fiducolombia procedió la acción porque se alegaba como violado el derecho al habeas data, causal expresamente señalada en el Decreto.

El segundo motivo por el cual es improcedente la tutela es la existencia de otros medios judiciales idóneos para la protección de los derechos. En la tutela se discuten temas evidentemente contractuales que deben ser resueltos por procesos ordinarios diversos a la tutela. Lo que pretende la accionante es ahorrarse un proceso arbitral o uno ordinario en el que se discuta lo referente al cumplimiento de las obligaciones de Bancolombia, y se analice si un acreedor garantizado ha de presentarse o no con un título que preste mérito ejecutivo.

Además, refutó la existencia de vía de hecho puesto que ésta presupone la toma de decisiones de manera totalmente arbitraria. En este caso lo que existe es una discrepancia del accionante con la determinación argumentada, basada en normas relativas al contrato de fiducia, de la entidad accionada.

En el caso de la expedición del certificado de garantía señala que ésta se dio por exigencia del fideicomitente según el texto de la escritura pública de constitución de fiducia. En lo tocante a la deuda que tiene Hodecol con Bancolombia, señala la fiduciaria que ésta está ratificada por la misma accionante en varios documentos. Además, en ninguna parte del contrato se señaló que el acreedor garantizado debía probar la existencia de la obligación con un título ejecutivo; el acreedor tenía libertad probatoria y si el accionante considera que el informe del revisor fiscal es errado habría podido desvirtuarlo, sin que lo haya hecho hasta el momento. Por último, en lo relativo a el trámite de la ejecución de la garantía afirma que ésta es consecuencia de lo estipulado en el contrato, en virtud de la constatada falta de pago.

b. Bancolombia S.A.

Hace notar la accionada que en anterior tutela habían sido conocidos hechos altamente similares a los de la presente acción. En efecto, el Tribunal Superior de Cartagena negó el amparo constitucional en sentencia del 17 de abril de 2002, por encontrar que para la protección del debido proceso existía un mecanismo procesal alternativo y que el derecho de petición elevado ante Fiducolombia ya había sido respondido.

Si bien la nueva acción tiene unos pocos cambios, lo que se solicita es sustancialmente lo

mismo. En efecto, en la primera acción se solicitó la protección al habeas data y al debido proceso. Con respecto al primer derecho se señaló estaba siendo vulnerado por el hecho de que se había reportado a las centrales de riesgo como deudor moroso, sin serlo. En lo referente al debido proceso se dijo, al igual que ahora, que Bancolombia no había presentado el título idóneo para demostrar la existencia de obligación. El hecho de que en la primera demanda se solicitara la terminación del proceso fiduciario y en esta ocasión la exclusión de Bancolombia implica por igual que el Banco no pueda hacer uso de la garantía fiduciaria en su condición de beneficiario.

Con respecto a la existencia de la obligación, señala Bancolombia que en mayo de 1997 efectuó un negocio de compraventa de cartera con su filial Banco de Colombia S.A. de Panamá en el cual iban incluidos varios créditos, entre ellos el de la accionante por valor de cinco millones doscientos veinticinco mil dólares, garantizado con hipotecas sobre unos predios ubicados en San Andrés y Santa Marta. Con la compra de los créditos también le fueron transferidas a Bancolombia las garantías.

Por solicitud de Hodecol, para permitirle obtener un crédito con Banestado, el cual se garantizaría con certificados de fiducia sobre los bienes raíces ubicados en Santa Marta, Bancolombia aceptó constituir en fideicomiso el hotel de Santa Marta. Cuando se celebró el contrato de fiducia, la voluntad del banco no iba encaminada al levantamiento todas las garantías, sino únicamente a la de Santa Marta. No obstante, el hecho de que no se haya cancelado la hipoteca sobre los inmuebles de Santa Marta no implica el incumplimiento del contrato de fiducia por el hecho de que es el mismo Bancolombia el acreedor garantizado con el bien fideicomitado. El único que estaría legitimado para reclamar por la no cancelación de las garantías sería Banestado. Para Hodecol la situación no cambia pues igual sigue siendo deudora con una mora muy amplia.

Señala la accionada que en el contrato de fiducia se puede iniciar el proceso de realización de las garantías por cualquiera de los acreedores beneficiarios. En esta ocasión, Banestado tomó la determinación y, consecuentemente, Bancolombia fue citado como beneficiario y acreditó su calidad de acreedor en los términos del contrato, el cual no calificó los tipos de documentos con los cuales se podría hacer tal acreditación.

Por otro lado, indica que es claro que para la discusión de los hechos planteados en la

presente tutela se debe acudir al arbitramento puesto que en el contrato de fiducia, se estableció que fiduciaria y fideicomitente debían resolver toda controversia relativa al contrato a través de este tipo de procedimiento.

Por tanto, solicita declarar improcedente la acción.

II. DECISIONES JUDICIALES

A. Primera Instancia

El Juzgado 3º Civil Municipal de Cartagena, en sentencia del 14 de enero de 2003, denegó la tutela por encontrar improcedente este mecanismo procesal para el estudio de diferencias contractuales como la que se exponía en la demanda, más aún cuando dentro del contrato de fiducia se había incluido una cláusula según la cual toda diferencia debía ser sometida a arbitramento.

Impugnación presentada por Hodecol

Señala la entidad que el a quo ignoró que Bancolombia había incumplido la obligación de levantamiento de la garantía motivo por el cual no estaba legitimada para exigir el cumplimiento de la obligación por parte de Hodecol lo que si hubiera sido estudiado llevaría a excluir de inmediato a la entidad. También se pasó por alto que así tuviera legitimación para el cobro de la obligación carecía de título donde constara ésta.

Por último, reitera que los intereses jurídicos de Fiducolombia son los mismos de Bancolombia, por ser ésta matriz de la primera lo que hace reprochable el proceso de ejecución fiduciario puesto que Fiducolombia sería juez y parte. Esta parcialidad se había visto reflejada en la falta de rigurosidad y garantía del derecho de contradicción con respecto a los documentos para acreditar obligaciones presentados por Bancolombia.

Escrito de contradicción de la impugnación

Fiducolombia señala que si bien Bancolombia no está incluida en la cláusula de arbitramento para solucionar las diferencias surgidas en virtud del contrato de fiducia, el banco puede y debe acudir como tercero interviniente, según los artículos 149 y 150 del Decreto 1818 de 1998.

B. Segunda instancia.

El Juzgado 3º Civil del Circuito de Cartagena, en fallo del 20 de febrero de 2003, revocó la sentencia del a quo y concedió la tutela al debido proceso ordenando a Fiducolombia excluir del proceso de ejecución fiduciaria la obligación objetada por el accionante, representada en certificación otorgada por el revisor fiscal de Bancolombia S.A.. Igualmente, ordenó compulsar copia del expediente a la Superintendencia Bancaria para que estudiara disciplinariamente la conducta de Fiducolombia S.A. y Bancolombia S.A. “quienes como filial y matriz se han servido mutuamente en calidad de ejecutor y acreedor.”

Considera el Juzgado que la tutela es procedente por estarse estudiando una relación proveniente de un contrato bancario. Posteriormente indica que si bien Bancolombia se había obligado a la cancelación de la hipoteca, esta obligación no había sido cumplida, motivo por el cual no había lugar a demandar de la sociedad fiduciaria la ejecución del encargo. Juzga que el juez de tutela puede estudiar este asunto puesto que en la ejecución de un contrato “podría emerger la violación al derecho fundamental del principio de legalidad conocido por otros como debido proceso”. Al encontrarse presuntamente vulnerados derechos fundamentales hay competencia para estudiar si por parte de Fiducolombia o Bancolombia se dio efectivamente tal violación.

En el estudio de los hechos encuentra que cuando se señala en el contrato fiduciario que para la ejecución de la garantía se debe “anexar fotocopia auténtica del documento en que consta la obligación”, no puede entenderse que quisieron decir que el requisito se cumplía simplemente con aportar un documento proveniente del revisor fiscal del acreedor. De haberlo querido así se hubiera estipulado expresamente. Al no haber tal manifestación, se debe seguir la regla general de los títulos ejecutivos, los cuales deben provenir del deudor y no del acreedor.

El documento aportado por Bancolombia no contiene una obligación clara expresa y exigible. Por otro lado, el documento en el cual se indica que consta afirmación por parte de Hodecol de la existencia de la obligación no se puede tener como una confesión de la sociedad.

La relación existente entre Bancolombia y Fiducolombia es la de entidad matriz y filial, respectivamente. En esas condiciones no puede existir independencia ni imparcialidad en la toma de decisiones por parte de la entidad fiduciaria. Esto genera una clara posición de

indefensión de Hodecol frente a las accionadas.

Aprovechando la posición que tiene dentro del contrato la fiduciaria, la parcialidad se ha demostrado durante el proceso, por ejemplo, con el hecho de que con respecto a las obligaciones presentadas por Banestado se exigió la ratificación por parte de Hodecol, mientras que no se asumió la misma conducta con las provenientes de Bancolombia.

Con respecto a la existencia de un proceso arbitral, señala el Juez que no se puede citar a Bancolombia, puesto que los beneficiarios no son parte activa dentro del contrato de fiducia. El banco sería ajeno a un proceso arbitral entre Hodecol y la fiduciaria. El tribunal de arbitramento no podría determinar si existió incumplimiento por parte del banco o si existe verdaderamente un título ejecutivo.

Por último, señala que existe una actuación temeraria por parte de Fiducolombia puesto que en cumplimiento de la primera tutela interpuesta por Hodecol respondió excluyendo a Bancolombia por ausencia de título de recaudo ejecutivo y ahora admite como tal un documento elaborado por el revisor fiscal del banco, funcionario que no tiene competencia para acreditar obligaciones.

Solicitud de adición de sentencia

Hodecol señaló que en virtud de que se había indicado en las consideraciones de la sentencia que se había dado un incumplimiento de la obligación de levantamiento de la hipoteca, esto debía ser declarado en la parte resolutive.

Negativa de adición

Mediante auto del 27 de febrero de 2003, el Juzgado 3º Civil del Circuito de Cartagena negó la adición ya que una vez proferida la sentencia el juez pierde competencia y decir algo adicional sería invadir las funciones de la Corte Constitucional en materia de revisión.

III. PRUEBAS

1. Sentencia de tutela proferida por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cartagena el 7 de

febrero de 2002 en virtud de la tutela interpuesta por Hodecol contra Fiducolombia, Bancolombia y Banestado. Según los antecedentes, las pretensiones de la acción eran ordenar la terminación del proceso fiduciario, disponer su archivo y restituir el dominio de los bienes fideicomitados al tutelante; o, en subsidio de lo anterior, suspender el proceso fiduciario hasta que los acreedores presentaran el documento idóneo para adelantar la ejecución, y ordenar retirar a Hodecol de las bases de datos de las centrales de riesgo.

Dentro de los antecedentes, como hecho vulneratorio del derecho al habeas data se señalaba que las partes habían acordado la conformación del patrimonio autónomo como garantía de pago y éste era independiente de la persona jurídica Hodecol; por tanto, no se podía afectar su buen nombre reportándolo como deudor a las centrales de riesgo.

Posteriormente indicaban los antecedentes que según Hodecol sólo se haría efectiva la ejecución de la garantía en caso de presentarse incumplimiento de las obligaciones, lo cual no se había demostrado pues los documentos que anexaba Bancolombia (pagaré y carta de instrucciones en blanco) no eran idóneos para la prueba de la existencia de obligación. Por este motivo, la entidad debía ser excluida del proceso fiduciario. Similares argumentos se presentaron con respecto a los documentos presentados por Banestado para acreditar la existencia de la obligación.

Se señaló seguidamente, según los antecedentes, que se había incurrido en vías de hecho puesto que no se respetó el debido proceso, el principio de legalidad ni el de defensa, ya que se había seguido actuando “sin escuchar los argumentos defensivos constitucional y legalmente expuestos por Hodecol S.A., no obstante los reiterados llamados de atención que por escrito y en las audiencias o reuniones del trámite fiduciario se les ha hecho para que cesen los atropellos procesales.”

El juez concedió la tutela al habeas data puesto que no se debió haber reportado la sociedad constituyente a las centrales de riesgo porque “sus activos son totalmente distintos del patrimonio autónomo constituido, sobre el cual recaen obligaciones también diferentes y, de paso, ampliamente garantizadas.”

Con respecto al debido proceso señaló que si bien Fiducolombia estaba autorizada para adelantar un proceso fiduciario vendiendo en pública subasta los bienes fideicomitados y pagar a los acreedores del fideicomitente, no cumple funciones jurisdiccionales, pues no

declara el derecho ni dirime conflictos individuales. No obstante, esto no implicaba que no tuviera que cumplir con el “debido proceso de la fiducia”.

Indicó el juez que a pesar de que Hodecol había presentado objeciones a los títulos presentados por Bancolombia, la fiduciaria no había respondido ninguna de éstas, habiendo transcurrido un tiempo considerable. Por tanto, tuteló el “derecho al debido proceso, vulnerado por Fiducolombia S.A. al no decidir oportunamente las objeciones presentadas por el vocero judicial de Hodecol S.A. a los documentos aducidos al proceso fiduciario por las entidades Bancolombia y Banestado” y ordenó responder en el término de diez días.

1. Sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, Sala Civil familia, del 17 de abril de 2002, en la cual se conoció de la apelación interpuesta por las entidades demandadas. Primero, estimó el Tribunal que por el hecho de que la Corte había señalado que las entidades bancarias prestaban un servicio público, era procedente la tutela contra las demandadas.

Con respecto a la vulneración al habeas data indicó que si bien en la fiducia comercial se constituía una garantía con el patrimonio autónomo, las obligaciones fueron contraídas por Hodecol. Por tanto, si se encontraba en mora la entidad, era razonable su reporte a las centrales de riesgo.

Por otro lado, indicó que en el contrato acordaron un procedimiento para la ejecución de la garantía en caso de incumplimiento y éste debía cumplirse por las partes. De no ser así, las partes debían acudir a un proceso de responsabilidad, más aún cuando éstas habían previsto en la cláusula vigésima novena del contrato que las controversias que surgieran entre la fiduciaria y el fideicomitente y no se pudieran resolver de mutuo acuerdo serían sometidas a tribunal de arbitramento. Por tanto, la tutela no era la vía procedente para conocer las diferencias presentadas.

En consecuencia revocó la sentencia del a quo.

1. Escritura de constitución del contrato de fiducia mercantil de garantía, No 5372, elevada el 12 de diciembre de 1997 ante la Notaría 2ª del Círculo de Santa Marta, en la cual constan

como otorgantes Fiducolombia y Hoteles Decamerón Colombia y como acreedores garantizados Banco de Colombia (ahora Bancolombia) y Banco del Estado (ahora Banestado).

Como objeto del contrato figura la constitución de un patrimonio autónomo que garantice y sirva de fuente de pago de las obligaciones contraídas por el fideicomitente. Como bienes fideicomitidos constan los inmuebles que conforman el hotel Decamerón Galeón de Santa Marta.

En la cláusula décimo sexta se establece la forma de ejecución de la garantía en caso de incumplimiento en los siguientes términos:

“En el evento de presentarse cualquier incumplimiento de las obligaciones garantizadas dentro del presente fideicomiso (...) se procederá así: A) El acreedor deberá enviar a la fiduciaria una comunicación en la que conste: I) la fecha en que se produjo el incumplimiento. II) La declaración de que la obligación no ha sido cancelada por el correspondiente deudor y III) el monto total adeudado discriminado en capital e intereses. A tal comunicación se deberá anexar fotocopia auténtica del documento en que conste la obligación. B) La fiduciaria procederá a enviar copia de la comunicación a el fideicomitente para que dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes al recibo de la misma, proceda a demostrar a la fiduciaria el cumplimiento de la obligación o a suministrarle los medios necesarios para satisfacerla. C) Si vencido el plazo anterior, a la fiduciaria no se le ha demostrado el cumplimiento de la obligación, o no ha recibido los medios para hacerlo, la fiduciaria procederá a la ejecución de la garantía de acuerdo con el procedimiento establecido en las cláusulas siguientes.”

Vale la pena destacar que según la cláusula vigésima novena “toda controversia que surja entre la fiduciaria y el fideicomitente que no pueda ser resuelta por mutuo acuerdo, será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento designado conforme a las normas legales vigentes. El procedimiento seguido en el momento de su elección y el que se seguirá en la fase arbitral será el dispuesto por la Cámara de Comercio de Santa fe de Bogotá. Su fallo será en derecho y los costos del mismo serán asumidos por la parte vencida.

El trámite arbitral se surtirá conforme a los términos contemplados por el Decreto 2279 de 1989 y Ley 23 de 1991.”

Por último, se hace necesario subrayar que dentro de la escritura de constitución de la fiducia aparece la aceptación de la representante del Banco de Colombia (ahora Bancolombia) y se señala que ella “faculta y otorga poder especial a Fiducolombia para que cancele el gravamen hipotecario que a favor del Banco de Colombia Panamá fuera constituido por la Sociedad Hoteles Decamerón Colombia S.A. mediante escritura pública número 7299 del 20 de noviembre de 1982 otorgada ante la notaria 18 de Santa fe de Bogotá, cancelación que se llevará a efectos en la oportunidad que el Banco de Colombia disponga por escrito y así lo dé a conocer a la Fiduciaria. D) Que no obstante la hipoteca que soportan los inmuebles que se transfieren se encuentran constituidas a favor de Banco de Colombia Panamá, el mandato o poder especial que se confiere a Fiducolombia para su cancelación se da en virtud de que la Cartera del Banco de Colombia Panamá fue adquirida por el Banco de Colombia, Colombia.”

1. Escrito de 9 de febrero de 1998, del Banco de Colombia, Colombia, dirigido al presidente de Hoteles Decamerón en el cual se señala el estado del crédito existente entre el Banco y Hodecol, indicándose de manera expresa el monto que según Bancolombia le adeuda Hodecol.

1. Escrito del 3 de febrero de 2000 en el cual Hodecol solicita a Fiducolombia cancelar las hipotecas existentes sobre los inmuebles de Santa Marta y San Andrés y devolver las sumas cobradas en exceso por la indebida emisión de certificado fiduciario en garantía a favor del Banco de Colombia. En el mismo se señala que se expidió incorrectamente el certificado fiduciario de garantía a favor de Bancolombia puesto que al no cancelar las hipotecas incurriendo en sobregarantía.

1. Respuesta de Fiducolombia a Hodecol presentada el 23 de febrero de 2000 en la cual la fiduciaria expresa que está realizando los trámites correspondientes ante la mencionada entidad bancaria para la cancelación de la hipoteca constituida a favor de Banco de Colombia, Panamá. Además se indica que hasta tanto la citada hipoteca no haya sido

cancelada, Fiducolombia S.A. no seguirá causando las comisiones correspondientes al certificado fiduciario de garantía a favor de Bancolombia.

1. Escrito del 7 de octubre de 2002 en el cual Fiducolombia informa a Hodecol que ha iniciado las gestiones para la venta de los bienes fideicomitidos, según el literal B) de la cláusula décima séptima del contrato de fiducia mercantil y que en consecuencia se ordenó la publicación de la venta de los inmuebles en varios periódicos del país.

1. Con el escrito antes mencionado se adjuntan los escritos presentados por Bancolombia con base en los cuales la fiduciaria afirma haber acreditado la existencia y monto de su crédito. A saber, certificación emitida por el revisor fiscal suplente de Bancolombia S.A., según el cual la deuda de Hodecol asciende a US \$ 4.925.000; y copia de la comunicación suscrita por el representante legal de Hodecol del 6 de enero de 2000, en la cual solicitan el levantamiento de las hipotecas sobre los bienes de Santa Marta y San Andrés y pide la reestructuración del préstamo englobando lo vencido (cuotas más intereses) con lo próximo a vencer, en un solo crédito, lo cual, dice Hodecol, arrojaría un total aproximado de US \$ 5.408.217.

1. Escrito de Fiducolombia del 23 de octubre de 2002 en el cual se indica a Hodecol que “resulta sorprendente que a pesar de que ustedes han reconocido la obligación a favor de Bancolombia S.A. (...) ahora pretendan desconocerla precisamente cuando esta entidad ha acreditado en forma suficiente la existencia y monto de tal acreencia. Tal actitud deviene insólita, (...), cuando no obstante haber reconocido la existencia de ese crédito no se han tomado la molestia de acreditar ante esta Fiduciaria la cancelación del mismo, como era la obligación de la Fideicomitente.

De otro lado, no existe contradicción alguna entre las manifestaciones del pasado de los voceros de Fiducolombia S.A. de no reconocer el crédito presentado por Bancolombia S.A. con la actitud en sentido contrario ahora asumida. En efecto, las manifestaciones de los representantes legales de Fiducolombia (...) obedecieron a los hechos y documentos

existentes al momento en que las mismas se hicieron, las cuales no tenían el carácter de inmutable. Ahora, en presencia de nuevos elementos de juicio y documentos allegados por Bancolombia S.A. esta Fiduciaria considera que con base en la ley y en el contrato está ampliamente facultada para decidir lo que legal y contractualmente corresponda (...) La cláusula décima sexta (16ª) del Contrato de Fiducia Mercantil irrevocable de Garantía, (...) dispone simplemente que el acreedor garantizado presente fotocopia auténtica del documento en el cual conste la obligación sin que en ninguna de las cláusulas de dicho contrato se exija que tal documento deba cumplir con requisitos especiales o pertenecer a determinada categoría legal, o que tenga la calidad de título que preste mérito ejecutivo. (...)"

10. Interrogatorio realizado el 5 de diciembre de 2002 en el Juzgado 3º Civil Municipal de Cartagena al apoderado de Fiducolombia. De éste vale la pena resaltar: que en opinión del interrogado no se han cancelado las hipotecas porque aún no se ha dado la orden de Bancolombia por escrito; que si bien Bancolombia no había presentado un título valor donde conste la existencia de la obligación, sí ha presentado los documentos exigidos en el contrato; que Fiducolombia no ha realizado ninguna actuación ante la Superintendencia Bancaria para garantizar la imparcialidad en las decisiones, simplemente, porque ha guardado en todo momento la imparcialidad y ha obrado transparentemente y con apego al contrato fiduciario y a la ley; que la comunicación que se anexa al expediente referente al hecho de que Fiducolombia está adelantando trámites para el levantamiento de las hipotecas corresponde a febrero de 2000, fecha en la cual, en efecto, se hicieron algunos trámites con Bancolombia para tal fin, los cuales no se hacen extensivos al día de hoy.

Dentro de las pretensiones se destacan por coincidentes con las de la presente tutela, las siguientes: declarar que Fiducolombia incurrió en incumplimiento del contrato de fiducia al reconocer la existencia de créditos a favor del Banco de Colombia S.A.; ordenar a Fiducolombia abstenerse de pronunciarse sobre la existencia del crédito presentado por Bancolombia S.A. mientras la autoridad judicial competente no realice el correspondiente pronunciamiento; y declarar que Fiducolombia se encuentra en situación de conflicto de intereses para adoptar decisiones que involucren a Hodecol y a su sociedad matriz, Bancolombia S.A., en desarrollo del contrato de fiducia.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A. Competencia.

Esta Corte es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y el decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

A. Fundamentos

Eventual temeridad

Se señala por parte de los accionados la existencia de temeridad en la interposición de la presente tutela por parte de Hodecol. La Sala observa que tal actuación de mala fe no se presenta en el presente caso, puesto que si bien las partes son las mismas y las pretensiones de una y otra tutela son parcialmente semejantes, existe un hecho nuevo en la presente tutela.

En efecto, para el momento de interposición de la tutela en análisis existían dos hechos diferentes de los que componían la tutela inicial: Fiducolombia, en cumplimiento de la orden de tutela del Juzgado 2º Civil del Circuito de Cartagena del 7 de febrero de 2002 respondió las objeciones de Hodecol contra los títulos (pagaré y carta de instrucciones en blanco) presentados por Bancolombia para acreditar la existencia del crédito y decidió no aceptarlos como prueba de la obligación. Posteriormente, la fiduciaria reconoció que el certificado del revisor fiscal y la carta donde Hodecol afirmaba deber determinado monto a Bancolombia sí constituían prueba de la obligación.

Al observar que no se cumple la triple identidad requerida para la existencia de una tutela temeraria (de hechos, partes y pretensiones), la Sala continuará con el estudio de la procedencia de la tutela.

Problema jurídico

Corresponde a la Sala Sexta de Revisión determinar (i) si es procedente la tutela contra particulares, en el caso en estudio, y (ii) si la tutela procede para estudiar diferencias de tipo

contractual como las expuestas en el presente asunto.

1. Procedencia de tutela contra particulares es excepcional

1.1. La regla general para la procedencia de la tutela es, como señala el artículo 86 constitucional que la vulneración del derecho fundamental provenga de la acción u omisión de una autoridad pública. Por excepción, procede la tutela contra particulares en los casos en que el Decreto 2591 de 1991 haya dispuesto en cumplimiento de la remisión constitucional.

Al acudir al Decreto 2591 de 1991 se encuentran en el artículo 42 los casos en los cuales será procedente la tutela contra particulares: cuando éstos presten servicios públicos, cuando exista subordinación o indefensión frente al particular accionado, cuando esté vulnerando el habeas data y cuando ejerza función pública.

1.2. En numerosa jurisprudencia, la Corte ha estudiado que procede la tutela contra entidades bancarias puesto que éstas prestan, con autorización del Estado, un servicio público y, en términos genéricos, desarrollan una posición de preeminencia frente al usuario, la cual impide el desarrollo de las relaciones en un plano de igualdad o simetría.

Es así como se ha encontrado que procede la tutela cuando un banco no ha contestado derechos de petición presentados por una persona natural titular de un crédito de vivienda ante el banco¹, en virtud del status de autoridad que tiene el banco en la relación² y de la afectación al derecho a la vivienda digna.

De igual manera ha procedido la tutela cuando en virtud del manejo de una cuenta de consignación de nómina se retiene injustificadamente por parte del banco el salario del titular de ésta³, afectándose a su vez su mínimo vital. En el caso de la existencia de este tipo de cuenta a cuya aceptación está obligada el empleado, la Corte ha considerado que se aumenta la posición dominante que tiene el banco frente al titular de la misma⁴.

La Corte ha estimado que “el carácter de interés público, la intervención del Estado en la actividad financiera, la exigencia de la democratización del crédito y la imposibilidad de que se restrinjan desproporcionadamente derechos fundamentales de los clientes, limitan en gran medida la autonomía del sector financiero”⁵. No obstante, en ejercicio de la autonomía

de la voluntad contractual los bancos pueden negar el acceso al servicio a un particular, o terminar la relación contractual, cuando tengan razones objetivas que hagan considerar que el ingreso o permanencia de esa persona en el sistema financiero puede afectar a los demás usuarios. Por tanto a pesar de que sí procede el estudio de la presunta violación del derecho a través de tutela la protección debe ser negada⁶.

También, ha señalado la Corporación que no por el mero hecho de que entidad bancaria preste un servicio público procede la tutela para estudiar el asunto expuesto en la demanda. Dijo la Corporación:

“La procedencia de la tutela para exigir al particular que atienda una petición se sujeta a los requisitos contemplados en el artículo 86 de la Carta, esto es: que el particular preste un servicio público o que realice una actividad de interés general y, además, que la negativa a contestar la petición vulnere derechos fundamentales⁷.

(...)

En el presente caso, aunque se cumple el primer requisito, pues la entidad privada cumple un servicio público, la negativa a responder al demandante no desconoce un derecho fundamental. El acto del demandante, consistente en utilizar un cajero automático para retirar dineros de su cuenta corriente, constituye un desarrollo del contrato comercial celebrado entre éste y la entidad financiera. Por lo tanto, se trata de un acto jurídico privado de naturaleza contractual, que no es susceptible de controvertirse ante la jurisdicción constitucional⁸. El demandante cuenta con la posibilidad de acudir ante la justicia ordinaria a efectos de demandar a la entidad bancaria a fin de obtener el resarcimiento de sus perjuicios patrimoniales, sea que se considere que se ha incumplido el contrato o que el Banco Popular se ha enriquecido de manera no justificada.

La Corte advierte que, al estudiarse casos en los cuales intervienen particulares que presten servicios públicos o que desarrollan actividades similares que son de interés general, es necesario distinguir entre aquellos actos que, por tratarse de actos contractuales, no pueden ser objeto de tutela, de aquellos que desbordan el ámbito contractual y ponen a la persona en el riesgo de ver amenazado o violado un derecho fundamental, casos en los cuales procede la tutela como mecanismo de defensa.”⁹(subrayas ajenas al texto)

Esta Sala reitera este concepto y además reconoce que si bien la actividad bancaria es un servicio público, no todas las labores del giro ordinario de sus negocios implican una subordinación del sujeto que se relaciona con la entidad y una eventual vulneración de derechos fundamentales. Por tanto, se hace necesario afirmar que en el caso de las actividades bancarias, la procedencia de la tutela se justifica en la medida en que (i) la entidad presta un servicio público, (ii) en el servicio prestado se presenta una disparidad de la posición contractual de las partes, o el banco tiene una posición dominante negocial, y (iii) se afecta con la actividad un derecho fundamental.

El segundo requisito se fortalece con el hecho de que cuando la Corte en la sentencia C-134 de 1994, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, estudió la constitucionalidad de las tutelas contra particulares en los casos que inicialmente había señalado el Decreto 2591 de 1991, fue clara en señalar que la justificación de la tutela contra entidades que prestan un servicio público es la relación de supremacía material que asume la entidad prestadora frente al usuario. Dijo la Corporación:

“La acción de tutela procede contra particulares que prestan un servicio público, debido a que en el derecho privado opera la llamada justicia conmutativa, donde todas las personas se encuentran en un plano de igualdad. En consecuencia, si un particular asume la prestación de un servicio público - como de hecho lo autoriza el artículo 365 superior- o si la actividad que cumple puede revestir ese carácter, entonces esa persona adquiere una posición de supremacía material -con relevancia jurídica- frente al usuario; es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido, y que, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere de la inmediata protección judicial.”

Por tanto, de no presentarse tal supremacía en la relación existente entre la entidad bancaria y el accionante, no procederá la tutela.

Por último, vale la pena resaltar que la Corte ya había conocido de un asunto de tutela en el cual se alegaban comportamientos irregulares en el cumplimiento de un contrato de fiducia mercantil de garantía y uno de los accionados era un banco en su calidad de beneficiario o acreedor garantizado. La Corte, a pesar de encontrar que el Banco era claramente un sujeto con intereses en el contrato de fiducia y por tanto en los resultados de la tutela que

cuestionaba el desarrollo de este contrato, declaró improcedente la tutela contra la entidad bancaria¹⁰.

Por ejemplo, se ha encontrado que la Fiduciaria la Previsora, sociedad de economía mixta, regida por el derecho privado, cuya función es “administrar los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y en consecuencia efectuar los desembolsos correspondientes a las prestaciones de los docentes, con base en la previa determinación de aquel”¹² no tiene carácter de autoridad pública y por tanto no puede ser sujeto pasivo de la tutela.

En una ocasión se encontró procedente una tutela contra la fiduciaria Fidugán, pero no por considerar que genéricamente procediera la tutela contra ese tipo de entidades particulares, sino porque a pesar de que no prestaba un servicio público ni desempeñaba una función pública, existía una relación de indefensión de la accionante frente a la accionada puesto que la peticionaria era una menor y el estado de indefensión se presumía en ésta¹³.

2. Improcedencia prima facie de la tutela para resolver controversias de tipo contractual

La acción de tutela es un mecanismo para la protección de derechos fundamentales. Los asuntos del conocimiento del juez de tutela deben contar con la presencia de un derecho fundamental el cual se considera presuntamente vulnerado. La Corte ha sostenido en repetidas ocasiones que, como regla general¹⁴, la tutela no es el mecanismo procedente para el estudio de controversias de tipo contractual, puesto que este no es el objeto de conocimiento del juez de amparo.

Con respecto a controversias contractuales en las cuales una de las partes es una entidad bancaria, ha dicho esta Corporación:

“La actora funda la solicitud de tutela en el error cometido por el banco al recibir el formulario de consignación defectuoso y registrar el depósito en otra cuenta diferente a la suya, equivocación la que habría contribuido decididamente el hecho de que en la entidad se otorgan idénticos códigos numéricos a las cuentas corrientes y a las cuentas de ahorros.

No obstante la afectación de los intereses de la peticionaria, la Corte encuentra que la naturaleza de la presente controversia es eminentemente contractual y, por lo mismo, ajena

a la competencia de los jueces de tutela. En efecto, cualquier responsabilidad que pudiera deducirse de la actuación negligente de la institución financiera, emana del incumplimiento del contrato respectivo y supone la dilucidación de la controversia patrimonial por la autoridad judicial competente.”¹⁵

El hecho de que la Constitución permee las normas inferiores del ordenamiento jurídico, entre ellas los contratos, a través de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, no implica que dentro de todo contrato esté inmersa una discusión de rango iusfundamental que deba ser conocida por el juez de tutela. Para el conocimiento de controversias de tipo contractual se debe acudir al juez ordinario quien, por supuesto, debe iluminar su labor en la materia en la cual es especializado con la norma constitucional. Al respecto, ha dicho la Corporación:

“La obligada interpretación de todas las normas que integran el ordenamiento jurídico de conformidad con la Constitución, sus valores y principios fundamentales, no obra en las normas una metamorfosis de su rango normativo deviniendo ellas mismas constitucionales. Salvo el caso de las materias y de los presupuestos materiales tratados en la Constitución, deducibles de la misma o que pueden comprenderse razonablemente en sus cláusulas abiertas, por lo demás la relevancia de la Constitución es general y su contenido normativo dotado de particular fuerza expansiva debe proyectarse efectivamente sobre todo el ordenamiento y permearlo, pero ello no puede traducirse en restar pertinencia a las fuentes normativas inferiores ni vaciar sus presupuestos de actuación. Lo contrario equivaldría a sobrecargar la dimensión constitucional y la jurisdicción de este nombre, olvidando que todos los jueces están vinculados por la Constitución y todas las normas deben interpretarse de conformidad con su texto, sus valores y principios.

La situación materia de la tutela, nacida al amparo de un contrato y regulada por éste, sólo tiene una relevancia constitucional genérica en el sentido de que la fuente pertinente para resolver la controversia es la regla contractual, la cual como toda fuente normativa debe interpretarse de conformidad con la Constitución, sin que por ello la misma o su presupuesto normativo adquieran carácter constitucional. Tampoco se está en presencia de una decisión judicial que en el caso planteado haya omitido una consideración constitucional fundamental que permita concederle al asunto relevancia constitucional directa como para ser avocada por esta Jurisdicción. De hecho, el demandante equivocó la Jurisdicción pues tratándose de

un asunto puramente contractual ha debido acudir a la Jurisdicción ordinaria.”¹⁶ (subrayas ajenas al texto)

En esa medida, no es procedente la tutela para el pago de obligaciones nacidas de un contrato¹⁷, tampoco es procedente para determinar el alcance correcto de cláusulas contractuales, ni lo es para exigir determinada conducta de una de las partes del contrato civil o comercial¹⁸. De estos asuntos sólo podría llegar a conocer el juez de tutela de manera indirecta cuando a través del conocimiento de una tutela contra providencia judicial, se alegare por parte del accionante la existencia de una vía de hecho de carácter fáctico o sustancial. El juez de tutela no debe usurpar competencias de los jueces ordinarios quienes tienen amplio dominio del tema de su competencia.

Vale la pena aclarar, que a pesar de que considera que la tutela no procede para el conocimiento de controversias surgidas de una relación contractual, excepcionalmente la Corte ha encontrado procedente la tutela para el cobro de deudas cuando se ha visto que la falta de pago origina un grave perjuicio al mínimo vital del accionante. Ha dicho la Corte:

“De aceptarse que la acción de tutela es un mecanismo adecuado para reclamar el reconocimiento de derechos originados en relaciones contractuales, se estaría desnaturalizando por completo la razón de ser de la misma. Esta clase de pretensiones son materia del conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

3.1.5. En casos excepcionales, se ha aceptado que la tutela puede prosperar. Sucede así, por ejemplo, en el caso de las acreencias originadas en un contrato laboral¹⁹ pero sólo cuando el trabajador invoca su derecho a subsistir dignamente amparado en el concepto de mínimo vital y éste se encuentra vulnerado. También se ha aceptado, por ejemplo, la posibilidad de que la tutela pueda prosperar cuando se interpone por parte de un acreedor de una entidad financiera en liquidación cuando se comprueba que la demora en el pago de la deuda contraída de manera directa con el tutelante, pone en peligro la vida de éste como persona de la tercera edad, afectada de grave enfermedad y que carece de recursos para atender los gastos del tratamiento que requiere²⁰.

3.1.6. No obstante, se insiste, cuando la tutela ha procedido en estas oportunidades, ello no obedece a que sea esta acción constitucional un mecanismo para la reclamación de derechos generados por una relación contractual sino porque, y esto es lo esencial, la tutela es, en

tales ocasiones, el único medio del que se dispone para evitar un perjuicio irremediable dada la clara vulneración o amenaza, no de cualquier derecho fundamental, sino de los derechos del accionante relativos a su subsistencia digna, y no para el cobro de cualquier acreencia sino tan sólo de aquéllas que son claras, expresas y exigibles y fueron contraídas directamente por el peticionario.”²¹(subrayas ajenas al texto)

Considera la Corte que acudir a la tutela para solucionar controversias ajenas a los derechos fundamentales configura una tergiversación de la naturaleza de la acción que puede llegar a deslegitimarla para perjuicio de aquellas personas que verdaderamente necesitan de protección a través de este mecanismo.

3. Indefensión, concepto

La Corte ha entendido que alguien se encuentra en situación de indefensión “cuando (...) [es] incapaz de repeler física o jurídicamente las agresiones de las cuales viene siendo objeto por parte de un particular, las cuales ponen en peligro sus derechos fundamentales.”²². Es decir, no hay posibilidades fácticas ni de derecho para la defensa de sus intereses. Para determinar la indefensión se debe hacer un análisis relacional por parte del juez en el caso concreto; sólo así se podrá determinar si para esta situación la persona se encuentra en este estado²³.

Un ejemplo ilustrativo de la situación de indefensión lo constituye la publicación de información que atente contra el buen nombre, en medios de comunicación masiva. En este caso, no existe ningún mecanismo jurídico diferente a la tutela para, después de haber solicitado la corrección de la información de manera directa sin haberlo conseguido, obtener la rectificación solicitada²⁴.

Siendo este el alcance del concepto en estudio, vale la pena aclarar que la posición dominante de una de las partes en una relación comercial no conlleva, de manera necesaria, la situación de indefensión del otro extremo de la relación. Si no existe incapacidad jurídica o fáctica para repeler las presuntas vulneraciones de los derechos fundamentales, no se dará tal situación en el caso concreto.

4. Del caso concreto

En el presente caso, la Sala Sexta de Revisión declarará improcedente la tutela en estudio por encontrar que (i) ni Fiducolombia ni Bancolombia pueden ser sujetos pasivos de la presente tutela, pues son entidades que no se encuentran bajo ninguno de los supuestos excepcionales de procedencia de la tutela contra particulares y (ii) nos encontramos frente a una discusión de tipo puramente contractual que no involucra la eventual vulneración de ningún derecho fundamental, la cual debe ser resuelta por el juez ordinario competente.

(i) No procede la tutela contra Fiducolombia S.A. por ser esta una entidad particular que no presta un servicio público, ni desarrolla una función pública y frente a la cual los accionados no se encuentran en estado de indefensión, como se alega por la accionante. Su objeto social exclusivo, según el certificado de existencia y representación legal, es “la celebración, desarrollo y ejecución de los contratos de fiducia y encargo fiduciario ”

Ya se señaló que el estado de indefensión se presenta cuando hay carencia total de medios fácticos o jurídicos para la defensa de los derechos presuntamente afectados. En este caso no se da tal presupuesto. Esto es tan evidente que hasta dentro del mismo contrato de fiducia se contempla la cláusula vigésima novena para llevar todo tipo de diferencias contractuales a arbitramento. Se considera oportuno resaltar que en este momento está en curso el proceso arbitral de Hodecol contra Fiducolombia, como se relaciona en el acápite de pruebas, lo cual desvirtúa de plano todo tipo de indefensión. Como se observa, no es dable inferir de una relación de matriz y filial entre el acreedor garantizado y la fiduciaria el estado de indefensión.

Por otro lado, no procede la tutela contra Bancolombia en el caso concreto, puesto que si bien desarrolla un servicio público en los términos indicados en la jurisprudencia, no es clara la relación de asimetría que se presenta en la relación jurídica existente entre Bancolombia y Hodecol; el sólo hecho de ser deudora del Banco no la genera. Además, como el Banco señala en su contestación, la constitución de la fiducia en garantía y la inclusión de Banestado y Bancolombia como acreedores garantizados fue fruto de un acuerdo entre Bancolombia, Hodecol y Banestado puesto que, según se indica, para Hodecol era conveniente garantizar la deuda con Banestado con el mismo inmueble que se la garantizaba a Bancolombia y esto se lograba con la fiducia en estudio.

(ii) Se observa claramente que se pretende discutir en el presente caso una controversia de

tipo contractual que no involucra el estudio de eventual vulneración de derecho fundamental alguno.

Hodecol alega que se ha dado un incumplimiento del contrato de Fiducia en virtud de que no se ha levantado la hipoteca existente sobre los inmuebles de Santa Marta y San Andrés impuesta en virtud de la deuda inicialmente adquirida con Banco de Colombia S.A. de Panamá. Por su lado Bancolombia alega que no se ha dado tal incumplimiento en la medida en que la cláusula del contrato de fiducia que establecía esta obligación no señaló la carga de levantar la hipoteca existente sobre el hotel de San Andrés y con respecto a la del hotel de Santa Marta no se fijó un término su el cumplimiento. Además indica que no hay razón de ser en el levantamiento de las garantías toda vez que éstas garantizan deudas que se tienen con el mismo acreedor garantizado con los bienes fideicomitidos.

Señala Hodecol que Fiducolombia incumplió los términos del contrato de fiducia puesto que constituyó la garantía fiduciaria a favor de Bancolombia y Banestado antes de cumplida la obligación. Fiducolombia indica que hubo aceptación tácita de tal conducta de tal comportamiento por parte de Hodecol en el momento en que esto se realizó.

Por otro lado Hodecol indica que Fiducolombia está incurriendo en una vía de hecho puesto que aceptó como prueba de la obligación existente con Bancolombia la carta del revisor fiscal y un escrito presentado por Hodecol en el cual reconocía la existencia de una deuda y proponía una nueva forma de pago. Indica la accionante que una obligación sólo se puede demostrar a través de un documento con características de título ejecutivo, las cuales no reúnen los documentos allegados por Bancolombia.

Bancolombia y Fiducolombia aducen por su lado que en ninguna parte del contrato se señala que se deba mostrar copia del título ejecutivo que contenga la obligación, sino, simplemente, allegar copia auténtica del documento donde conste la obligación incumplida.

El conocimiento de las controversias acerca del alcance de las cláusulas del contrato y, dependiendo de su entendimiento, del cumplimiento o incumplimiento de éste corresponde al árbitro o al juez ordinario, no al juez de tutela. Al arbitramento ya convocado podrá acudir como tercero interviniente Bancolombia, por sus claros intereses en las resultas del proceso. En caso de que Bancolombia no acuda al proceso arbitral, Hodecol podrá iniciar, si lo desea, un procedimiento ante un juez civil.

En el caso concreto no nos encontramos frente a una controversia de derechos fundamentales. La parte accionante quiere mostrar como vulnerado el derecho fundamental al debido proceso argumentando que Fiducolombia, dentro del contrato de fiducia tiene atribuciones semejantes a las de un juez y que al ser casi un juez debería respetar el debido proceso del contrato y no usurpar las competencias de los jueces de la república. La Corte considera necesario dejar en claro que de los hechos de la tutela no se desprende siquiera la eventual vulneración del derecho fundamental del debido proceso puesto que es incorrecto utilizar en el ámbito del contrato de fiducia comercial este concepto constitucional.

En efecto, el artículo 29 constitucional señala “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (...)”²⁵. La Corte ha encontrado que además de las actuaciones administrativas o judiciales -adelantadas por funcionarios judiciales o particulares que transitoriamente desempeñen tal función por autorización legal- también se aplica el concepto iusfundamental del debido proceso a aquellas de tipo sancionatorio adelantadas por parte de un particular, por ejemplo, una sanción disciplinaria en el ámbito laboral, o una en el ámbito escolar o universitario, siempre y cuando no se encuentre con otro mecanismo de protección del derecho en cuestión. Este es el ámbito de aplicación del derecho en mención.

A esto vale la pena agregar que, de acuerdo la doctrina, en el fideicomiso en garantía, aunque según algunos se coloca al fiduciario a ejercitar funciones jurisdiccionales y se priva al deudor del derecho de defensa “se ha hecho notar que no es una situación de controversia la que debe ser juzgada por el fiduciario, sino la simple circunstancia de hecho de que, en una cierta fecha, no se haya producido un pago. No hay pues en la gestión que debe cumplir el fiduciario ningún campo para la calificación subjetiva sobre la conducta de las partes sino simple y llanamente sobre la circunstancia de no haberse realizado el pago. Pero, además, no se trata de que el acreedor disponga por sí y ante sí del bien recibido en garantía sino que tal bien ha sido transferido previamente por parte del deudor al fiduciario, en forma deliberada y consciente, encomendándole una determinada gestión que puede traducirse, seguramente, en la venta del bien y en el pago al acreedor(...). Y por último, no parece que haya propiamente, una privación del derecho de defensa si se advierte que la renuncia anticipada a controvertir cualquier circunstancia accesoria tiene un contenido eminentemente patrimonial.”²⁶

En anterior ocasión la Corte conoció de un asunto en el cual se planteaba una controversia de tipo contractual referente a la cesión de derechos de uso de una emisora. La persona jurídica accionante solicitaba que como medida cautelar se ordenara frenar el proceso de cesión adelantado ante el Ministerio de comunicaciones para proteger los derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y el derecho de defensa. La Corte dijo al respecto que:

“El perjuicio que realmente quieren evitar los accionantes no es el de la vulneración de los derechos de defensa y de acceso a la justicia, sino el perjuicio de verse privados de la explotación de la licencia para el funcionamiento de la emisora, al cederse el derecho a un tercero.

(...)

“Así, no encuentra la Sala peligro de vulneración inminente de ninguno de los derechos fundamentales que invocan los accionantes, esto es de los derechos de acceso a la justicia, defensa y debido proceso. Encuentra sí, la posibilidad de desconocimiento de presuntos derechos derivados de dos contratos, derechos cuya exigibilidad debe ser demostrada ante la justicia ordinaria, y que no presentan la connotación de fundamentales. El título jurídico del que emanan los presuntos derechos que realmente pretenden tutelar los demandantes, esto es los conducentes a la explotación de la licencia mencionada, es una relación contractual de naturaleza puramente comercial ; no hay pues de por medio un derecho que, en virtud de su dignidad, deba reconocerse a las personas por el sólo hecho de ser tales, esto es un derecho fundamental de rango constitucional.”²⁷

Con esto no se afirma que los contratos no constituyan ley para las partes y en esa medida se deban cumplir de buena fe las cláusulas que ellos contengan - con la posibilidad de incurrir en responsabilidad contractual, con la consecuente indemnización de perjuicios, en caso de su incumplimiento -. Sin embargo, esto no es objeto de la acción de tutela.

Al observar que nos encontramos frente a una discusión de tipo puramente contractual se hace necesario declarar improcedente la acción.

V. DECISIÓN

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 Política,

RESUELVE

PRIMERO : REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 3º Civil del Circuito de Cartagena, el 20 de febrero de 2003 y, en su lugar, DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por Hoteles Decamerón de Colombia S.A. contra Fiducolombia S.A. y Bancolombia S.A.

SEGUNDO : Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver sentencia T-980/01, M.P. Jaime Córdoba Triviño (la tutela fue concedida por falta de

respuesta oportuna). En el mismo sentido T-661/01, M.P. Jaime Córdoba Triviño , T-578/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-219/01, M.P. Fabio Morón Díaz, T-1675/00, Fabio Morón Díaz

2 Ver sentencia T-693/00, M.P. Álvaro Tafur Galvis

3 Ver sentencia T-449/00, M.P. Carlos Gaviria Díaz

4 Ver sentencia T-602/98, M.P. Carlos Gaviria Díaz

5 Ver sentencia SU-167/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero

6 Ver sentencia SU-157/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero y SU-167/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero (En esta ocasión se estudiaba si la negación de permanencia en el sistema financiero por estar incluido en la “lista Clinton” constituía una limitación injustificada de los derechos del peticionario. La Corte encontró que no.)

7 Sentencias C-134/94 y T-105/96

8 Sentencias T-594/92, T-240/93, T-219/95

9 Ver sentencia T-311/99, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

10 Ver sentencia T-259/96, M.P. Julio Cesar Ortiz. Vale la pena señalar que se encontró improcedente la tutela contra el banco a pesar de que éste en el giro ordinario de sus negocios prestaba un servicio público.

11 En principio, puesto que si se trata de una eventual vulneración al habeas data, procedería la tutela así fuera un particular que no prestara servicio público, el accionante no se encontrara en posición de indefensión o subordinación frente a la accionada, y no desempeñara función pública.

12 Ver sentencia SU-014/92, M.P. Álvaro Tafur Galvis (En esta ocasión varios maestros habían interpuesto tutela contra la Fiduciaria la Previsora para obtener la respuesta acerca del pago de sus cesantías parciales. La Corte, encontró que a pesar de que la accionada no era sujeto contra el cual se pudiera interponer acción de tutela, sí se estaba presentando una vulneración al derecho de petición en relación con el pago oportuno de las cesantías; por tanto, vinculó al Ministerio de Educación a la tutela para que éste respondiera de fondo las

solicitudes presentadas por los maestros. Encontró la Corte que aunque la fiduciaria no podía ser sujeto pasivo de la tutela, sí debía acatar la Constitución y en esa medida no limitarse a dar mecánicamente una respuesta negativa a las solicitudes presentadas. En la parte resolutive se previno al Ministerio y a la Fiduciaria para que inaplicaran una norma que sujetaba el pago de cesantías a la disponibilidad presupuestal, puesto que ésta había sido el fundamento para negar sin mayor soporte jurídico todas las peticiones.) En el mismo sentido T-248/02, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y T-619/99, M.P. Álvaro Tafur Galvis

13 Ver sentencia T-259/96, M.P. Julio Cesar Ortiz (En esta ocasión los padres de una menor, actuando en nombre de ésta, alegaban que Fidugán y Banco Ganadero violaban los derechos de la menor al no dejar disponer de una parte de los bienes en fiducia en garantía que supuestamente eran de la menor y habían sido incluidos por error. Los padres alegaban que los bienes eran el único medio con el cual podía llegar a subsistir la menor. La Corte encontró, primero, que no estaba probada la propiedad de los bienes por parte de la menor y, segundo, que la tutela no procedía como mecanismo transitorio por no encontrarse probado ningún tipo de perjuicio irremediable y existir otros mecanismos para conocer de la controversia contractual.)

14 Esto no excluye la posibilidad de que el juez de tutela conozca de una controversia contractual íntimamente conexa con la protección de derechos fundamentales.

15 Ver sentencia T-219/95, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz (En esta ocasión, la Corte negó la tutela a la accionante quien por error había utilizado un formato de consignación equivocado y había depositado su dinero en otra cuenta. La accionante aducía que se le vulneraban los derechos fundamentales al trabajo y a la propiedad. Sin embargo, la Corte encontró que no se trataba de una controversia de derechos fundamentales, sino de una discusión de tipo contractual.)

16 Ver sentencia T-240/93, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz (El accionante (agente publicitario) alegaba que el demandado (Andidiarios) había vulnerado su derecho al trabajo al suspenderle el crédito publicitario y supeditar la futura colocación de las pautas publicitarias a su pago efectivo. El peticionario aducía que la deuda acumulada a su cargo - \$ 19.772.419.00 - que motivó la suspensión se había originado en un comportamiento cuestionable de la mencionada asociación que, luego de aceptar o tolerar su relación con

ciertos anunciantes que le habían sido previamente cedidos por otra agencia no reconocida por aquella, abruptamente le había ordenado poner término a la misma, lo cual le había acarreado una notoria pérdida de facturación y los consiguientes incumplimientos con los periódicos que habían publicado los mensajes ordenados por la agencia. La Corte, después de haber analizado la naturaleza puramente contractual de la diferencia planteada, negó la tutela.)

17 Un ejemplo de improcedencia de la tutela para pago de contratos no laborales lo constituye la sentencia T-930/02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra (En esta ocasión una persona jurídica solicitaba el pago de contratos de prestación de servicios con la alcaldía de Barranquilla, puesto que ésta por estar en proceso de reestructuración de la Ley 550 no había cancelado lo debido. La Corte negó la tutela). En la sentencia T-097/99, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, se negó la posibilidad del retiro de dineros de una entidad que se encontraba en liquidación, por no encontrar que esto afectara derecho fundamental alguno del accionante.

18 Excepcionalmente puede serlo cuando con ese incumplimiento probado se afecta el mínimo vital del accionante. Ver por ejemplo T-083/02, M.P. Rodrigo Escobar Gil (En esta ocasión una cooperativa en liquidación donde el accionante -quien era de edad avanzada, estaba en precaria situación económica y grave estado de salud - tenía guardados sus ahorros, no permitía el retiro de los mismos. A pesar de que la entidad estaba en liquidación, la Corte encontró que para proteger los derechos del accionado era necesario se le permitiera el retiro de su dinero.)

19 Así, por ejemplo, en la Sentencia SU-667 de 1998; M.P. José Gregorio Hernández Galindo, esta Corporación indicó: “Ha de reafirmar la Corte su jurisprudencia en el sentido de que, salvo en los casos de perjuicio irremediable, o en los que no exista medio judicial idóneo para defender los derechos fundamentales de la persona afectada -como cuando están de por medio el mínimo vital o necesidades básicas inaplazables de personas pertenecientes a la tercera edad-, no procede la acción de tutela para resolver conflictos entre patronos y trabajadores. En efecto, en cuanto a tales asuntos existen normalmente vías judiciales aptas para la protección de los derechos violados o amenazados, lo cual implica que es la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de proferir fallo de mérito sobre el particular”.

20 Así, por ejemplo, en la Sentencia T-735 de 1998; M.P. Fabio Morón Díaz esta Corporación indicó: “Para la Sala es claro que el proceso de intervención que ordenó el gobierno a la demandada, dada la grave crisis financiera que afronta, está dirigido fundamentalmente a proteger, en condiciones de igualdad, los intereses de los ahorradores de la misma y desde luego la estabilidad del sistema; no obstante, si se llegare a comprobar que las medidas adoptadas en los casos específicos que se revisan, efectivamente ponen en peligro la vida de los actores, personas de la tercera edad que dicen estar afectadas de graves enfermedades y carecer de recursos para atender los gastos que demandan sus respectivos tratamientos, se configuraría un perjuicio irremediable que haría procedente un tratamiento de excepción para los mismos, en aras de proteger sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, y su dignidad”.

21 Ver sentencia T-971/01, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa (La Corte negó la tutela a una mujer que había celebrado un contrato de cesión de créditos derivados de la ejecución de un contrato de prestación de servicios. Ella alegaba que la falta de pago vulneraba los derechos fundamentales de su padre -quien estaba gravemente enfermo- y de ella que estaba desempleada. Encontrando que lo que subyacía era una diferencia contractual y que, además, para la protección de derechos fundamentales no se había acudido a ninguno de los mecanismos judiciales existentes, se negó la protección.) En el mismo sentido y con hechos altamente similares, ver sentencia T-1335/01, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

23 Ver sentencia T-172/97, M.P. Carlos Gaviria Díaz (En esta ocasión unas mujeres de la tercera edad con problemas de salud que habían habitado en una casa durante años colaborando con las labores domésticas, con posterioridad a la muerte de los dueños de la casa, iban a ser desalojadas por una sucesora con derechos. La Corte encontró que para proteger el derecho a la vivienda digna ellas se encontrarían en estado de indefensión puesto que por no tener calidad de poseedoras o tenedoras no habría medio jurídico alguno para tutelar su derecho. No obstante, consideró que la accionada no era el sujeto obligado a garantizar ese derecho.)

24 Ver sentencia T-411/95, M.P. Alejandro Martínez Caballero (En esta ocasión la accionante aducía que se había vulnerado su derecho al buen nombre en virtud de la publicación de una información crediticia suya en un periódico de amplia circulación. La Corte encontró que existía situación de indefensión de la accionante frente al particular accionado.)

25 Para desarrollo jurisprudencial del concepto de debido proceso, ver, por ejemplo, sentencia C-339/96, M.P. Julio Cesar Ortiz "El derecho al debido proceso es el conjunto de garantías que buscan asegurar a los interesados que han acudido a la administración pública o ante los jueces, una recta y cumplida decisión sobre sus derechos. El incumplimiento de las normas legales que rigen cada proceso administrativo o judicial genera una violación y un desconocimiento del mismo."(En esta ocasión se estudiaba la demanda de inconstitucionalidad de unas normas del Código Contencioso Administrativo.)

26 RODRÍGUEZ Azuero, Sergio, Contratos Bancarios, su significado en América Latina, 4ª edición, Bogotá, Biblioteca Felaban, 1990, p. 667-668

27 Ver sentencia T-289/97, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa