

REPUBLICA DE COLOMBIA



Corte Constitucional

SENTENCIA T-910 de 2009

Referencia: Expediente T-2.320.307

Peticionario: Jaime Gilinski Bacal

Procedencia: Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá

Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla

Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil nueve (2009).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo proferido por el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá el 29 de mayo de 2009, confirmatorio del dictado por el Juzgado 16 Civil Municipal de la misma ciudad el 21 de abril de 2009, dentro de la acción de tutela presentada mediante apoderado especial por el señor Jaime Gilinski Bacal contra HSBC Fiduciaria S. A.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que se hizo en virtud de lo ordenado por los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección número siete ordenó revisarlo, mediante auto de julio 23 de 2009.

El asunto fue inicialmente repartido a la Sala Sexta de Revisión, que preside el Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, quien el día 2 de septiembre del mismo año informó a los restantes miembros de esa Sala sobre su posible impedimento para decidir sobre el mismo. Aceptado dicho impedimento mediante auto proferido el 6 de octubre de 2009 por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto, el caso fue asignado para su conocimiento a la Sala Séptima de Revisión presidida por el primero de ellos.

I. HECHOS Y NARRACIÓN EFECTUADA POR EL DEMANDANTE

El señor Jaime Gilinski Bacal entabló el 19 de febrero de 2009 acción de tutela contra HSBC Fiduciaria S. A. al considerar que esa entidad ha vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la justicia, por las razones que pueden ser resumidas como sigue:

1. Los hechos que dan lugar a esta acción tienen su origen en el “contrato de promesa de compraventa de GDSs, notes y acciones ordinarias del Banco de Colombia S. A. y fusión entre el Banco Industrial Colombiano S. A. y el Banco de Colombia S. A.”, suscrito el 24 de agosto de 1997 entre Bancol y Cía S. en C., representada por Jaime Gilinski Bacal¹ e Isaac Gilinski Sragowicz, quienes además obran en su propio nombre, Cossack Limited, Oakland Limited, Clova Services Limited, Beaumont Consultants Limited, Fillians Enterprises Limited, representadas por David W. Sloan, y Quantum Fund, quienes obraron como promitentes vendedores, y el entonces denominado Banco Industrial Colombiano S. A. – BIC como promitente comprador, por el cual los primeros se comprometieron a vender y el segundo a comprar un conjunto de derechos de participación equivalentes al 51 % de las acciones en circulación del entonces Banco de Colombia. También fue objeto de este mismo contrato *“el establecer los términos y condiciones a los cuales se obligan para lograr la fusión por absorción entre el BIC y el Banco de Colombia, siendo el BIC la sociedad absorbente”*².

2. Con ocasión de ese negocio, pocos meses después (30 de marzo de 1998) se celebró también un contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía y pago sobre acciones del cual fueron partes en calidad de fideicomitentes todas las personas y entidades que en el caso anterior intervinieron como promitentes vendedores, la sociedad Fiduángulo S. A.³ como fiduciario y el Banco Industrial Colombiano (promitente comprador) como beneficiario.

Este segundo contrato tuvo como propósito que la fiduciaria custodiara y administrara un conjunto de acciones y derechos de propiedad de la empresa Bancol y Cía S. en C. y entregados a ella en virtud de lo acordado en el artículo 1º de este contrato *“...con el fin de garantizar y pagar con los Fondos o con el producto de la realización de las Acciones las sumas que los fideicomitentes (promitentes vendedores en el primer contrato) adeuden al beneficiario (promitente comprador en el primer contrato) por concepto de indemnización por la existencia de vicios ocultos de las acciones vendidas o fallas en las declaraciones o garantías otorgadas por ellos y contenidas en la promesa de compraventa y los otrosíes...”*⁴.

1 Quien obra como demandante en la presente acción de tutela.

2 Copia de este contrato y de sus otrosíes obra en el expediente, en los folios 313 a 364 del cuaderno 1 original. La descripción del objeto contractual es tomada del texto de su cláusula segunda (folio 318).

3 De la cual es causahabiente la sociedad HSBC Fiduciaria S. A., entidad demandada dentro de la presente acción de tutela.

4 Copia de este contrato y de sus otrosíes obra también en el expediente, en los folios 365 a 399 del cuaderno 1 original. La descripción del objeto contractual es tomada del texto de sus cláusula primera y tercera (folios 367 a 369).

3. Situaciones relacionadas con la ejecución y cumplimiento de este contrato dieron lugar, de acuerdo con lo allí pactado, a la convocatoria de un tribunal de arbitramento, del cual se derivaron las siguientes incidencias procesales:

3.1. El laudo arbitral que decidió sobre estos asuntos se profirió el día 30 de marzo de 2006 y ordenó a Jaime Gilinski Bacal pagar a Bancolombia S. A.⁵ una suma superior a veintinueve mil millones de pesos (\$ 29.000'000.000) por concepto de reclamaciones válidas y procedentes, junto con la correspondiente actualización e intereses moratorios, con lo cual la condena total superó la suma de sesenta y tres mil millones de pesos (\$ 63.000'000.000), sin incluir lo correspondiente a gastos del proceso y agencias en derecho⁶.

3.2. El señor Jaime Gilinski Bacal solicitó y obtuvo del Tribunal Superior de Bogotá la nulidad de este laudo arbitral, la cual fue decretada mediante sentencia de fecha 26 de febrero de 2008. Esta decisión se apoyó en la consideración de que, vista la naturaleza de las reclamaciones planteadas, debió previamente realizarse un peritaje técnico científico, cuya omisión hacía inviable la convocatoria del tribunal de arbitramento. Frente a esta decisión salvó su voto el Magistrado Oscar Fernando Yaya Peña⁷.

3.3. Por su parte, BANCOLOMBIA presentó ante la Corte Suprema de Justicia acción de tutela contra los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá autores de esta decisión. Mediante providencia de marzo 28 de 2008 la Sala de Casación Civil concedió el amparo transitorio considerando la posibilidad de un perjuicio irremediable "*por el hecho de que SI NO SE SUSPENDÍAN LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ era obligatorio entregar la garantía al señor Jaime Gilinski por parte de la sociedad fiduciaria Fiduango S. A., hoy HSBC FIDUCIARIA*". Esta sentencia estableció que el amparo transitorio duraría hasta tanto el juez competente resolviera sobre el recurso extraordinario de revisión que el tutelante debería interponer contra la decisión anulatoria.

3.4. Apelada esta decisión, mediante sentencia de mayo 13 de 2008 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia la revocó, y en su lugar ordenó volver las cosas a su estado original. La razón fundamental de esta decisión fue el hecho de no observar en este caso la inminencia de un perjuicio irremediable, indispensable para justificar la concesión del amparo transitorio.

4. Según lo afirma el apoderado del accionante, al interponer la acción de tutela mencionada en el punto 3.3 anterior, el apoderado de BANCOLOMBIA S. A. resaltó la necesidad de ese amparo e incluso solicitó el otorgamiento de una medida provisional consistente en suspender la cancelación o entrega de la fiducia a que se hizo referencia en el punto 2 anterior, medida que fue concedida por el Magistrado ponente de la Sala de Casación Civil.

⁵ Entidad que es resultado de la fusión prevista en la cláusula segunda del contrato de promesa de compraventa a que se refiere el hecho 1.

⁶ Copia de este laudo arbitral obra también en el expediente, en los folios 400 a 688 del cuaderno 1 original.

⁷ Copia de esta sentencia de anulación y del referido salvamento de voto obran en el expediente a folios 689 a 789 del cuaderno 1 original.

5. De igual manera, sostiene que la revocación de las decisiones que dentro del marco de la tutela mencionada en el punto 3.3 adoptó la Sala de Casación Civil tiene como efecto necesario el que se denominó el "*fenecimiento de la garantía fiduciaria*".

6. Como consecuencia de las anteriores decisiones, el señor Jaime Gilinski Bacal se dirigió en varias oportunidades a HSBC Fiduciaria S. A. solicitando la entrega de la garantía fiduciaria tantas veces mencionada, solicitud que en todos los casos ha sido ignorada y rehusada por la sociedad fiduciaria accionada, pretextando falta de claridad de sus obligaciones al respecto.

7. Según afirma el apoderado del accionante, con esta actuación la entidad fiduciaria demandada busca favorecer los intereses de Bancolombia S. A., olvidando los argumentos con que esta última solicitó al juez de tutela el amparo a que se hizo referencia en el punto 3.3, como también un otrosí al contrato de fiducia en garantía en relación con los efectos de una eventual sentencia de anulación de laudo, como la que se produjo en este caso.

8. Agrega que la entidad fiduciaria ha mantenido su actitud renuente ante los hechos relatados, no obstante la existencia de otros pronunciamientos, posteriores y de contenido reiterativo, emitidos también por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (se refiere a los autos de noviembre 19 y diciembre 9 de 2008, que resolvieron solicitudes de aclaración y complementación presentadas por Bancolombia S. A.).

9. Finalmente, informa que la sociedad fiduciaria accionada pretende convocar un nuevo tribunal de arbitramento que decida sobre el destino de la garantía que hasta el momento de interponer esta tutela aquella retenía, para lo cual alega confusión, falta de claridad y contradicción entre las instrucciones impartidas por el fideicomitente y el beneficiario.

10. Considera que la actuación de la fiduciaria frustra e impide el debido cumplimiento de varias decisiones judiciales, particularmente de las adoptadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al decidir en segunda instancia la tutela mencionada en el punto 3.3.

II. PRETENSIONES DEL ACCIONANTE

El demandante Jaime Gilinski Bacal por conducto de su apoderado pide al juez de tutela amparar los derechos fundamentales invocados, para lo cual plantea las siguientes pretensiones:

1. Que se declare que la sociedad HSBC Fiduciaria S. A. al abstenerse de entregar la garantía a que se ha hecho referencia ha incumplido la sentencia de segunda instancia dictada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro de la acción de tutela a que se ha hecho referencia.

2. Que se declare que en razón a estos hechos la fiduciaria accionada ha vulnerado el derecho del accionante de acceder a la administración de justicia.

3. Que en consecuencia se ordene a HSBC Fiduciaria S. A. *“entregar al actor en un término que no supere las 48 horas, a partir de la notificación del fallo, el depósito en garantía constituido mediante contrato de fiducia, al que se refiere esta demanda”*.

III. SUSTENTACIÓN DE LA TUTELA IMPETRADA

El apoderado del actor justificó el amparo solicitado en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, y respecto del hecho de ser la sociedad accionada una entidad particular, invoca lo previsto en los numerales 4° y 9° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, señalando que su poderdante se encuentra en situación de indefensión respecto de la fiduciaria demandada, concepto acerca del cual cita y transcribe jurisprudencia de esta corporación. A continuación, explica que la entidad accionada presta el servicio público relacionado con la actividad bancaria, financiera y fiduciaria, y que su indefensión radica en la imposibilidad de recuperar la garantía fiduciaria a que se ha hecho referencia, dada la renuencia de la demandada a entregar dicha garantía, como debería hacerlo en cumplimiento de las sentencias judiciales antes referidas.

Respecto de la alegada violación de sus derechos fundamentales, explica que la renuencia de una persona cualquiera a cumplir con lo ordenado en una sentencia judicial, hace ilusoria la garantía del debido proceso de las personas favorecidas por tales sentencias, ya no por hechos atribuibles al juez de la causa, sino por la rebeldía del incumplido. A este respecto invoca algunas explicaciones dadas por esta corporación respecto del contenido de ese derecho, en la sentencia C-426 de 2002 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

Añade que, según lo ha señalado la Corte Constitucional, quien se abstiene de cumplir una providencia judicial atenta contra el principio democrático y al mismo tiempo vulnera derechos fundamentales. También señala, siempre con apoyo en citas jurisprudenciales, la procedencia de la acción de tutela como medida para lograr el cumplimiento de fallos judiciales anteriormente proferidos, pues su no ejecución hace inane el derecho fundamental de acceder a la administración de justicia, garantizado por el artículo 229 superior. Resalta que la persona beneficiada por un fallo judicial tiene derecho a la totalidad de sus efectos favorables, y no apenas a una parte de ellos, arbitrariamente escogidos por el obligado a cumplir.

También destaca que el efecto natural y obvio de la no prosperidad de una acción judicial o de la revocación de la sentencia de primera instancia que la hubiere concedido, es que las cosas queden o vuelvan a su estado original, tal como eran antes de interponerse la acción judicial que ha resultado fallida, e insiste en que este es el escenario que debe considerarse ante el resultado de la acción de tutela intentada por Bancolombia S. A., referida en el punto 3.3 del resumen de hechos de la demanda.

Posteriormente, explica que la orden de tutela que este caso se pretende debe ser de carácter definitivo y no transitorio, ya que no existe otra acción o proceso judicial que en este caso deba intentarse para lograr la efectividad de los derechos reclamados. Sin embargo, agrega que de no accederse a esta tutela, el señor Gilinski Bacal sufrirá un perjuicio irremediable, representado en *“un lucro cesante de grandes proporciones, a la vez que ilegítimamente se lucra y beneficia la sociedad fiduciaria”*, perjuicio económico que procede a cuantificar a continuación.

III. TRÁMITE JUDICIAL EN INSTANCIAS

La acción que ahora se decide fue repartida al Juzgado 16 Civil Municipal de Bogotá, despacho que la admitió mediante providencia fechada el 23 de febrero del presente año, en la que además ordenó notificar a la parte accionada para que ejerciera su derecho de defensa, reconocer personería al apoderado del demandante y tener como pruebas los documentos allegados a la demanda.

1. Respuesta de la entidad accionada

El día 26 de febrero de 2009 y también mediante apoderado, la sociedad HSBC Fiduciaria S. A. respondió a la demanda de tutela y se opuso a lo solicitado en ella, en los siguientes términos:

En primer lugar, explicó que esta entidad fiduciaria no ha sido parte ni interviniente en ninguno de los procesos judiciales referidos por el demandante, y que ninguno de los jueces ante quienes aquellos se surtieron ha emitido orden alguna que deba ser cumplida por esa entidad, por lo tanto las decisiones comentadas le son enteramente inoponibles. En esa misma línea, resaltó también que la fiduciaria no se ha negado a cumplir ninguna orden judicial obligatoria para ella y relacionada con este caso, por cuanto no existe ni se ha producido ninguna orden de esta naturaleza.

A este respecto informa también que el actor Gilinski Bacal intentó ante la Corte Suprema de Justicia y contra HSBC Fiduciaria S. A. dos incidentes, denominados de cumplimiento y de desacato, con posterioridad a la decisión de la Sala de Casación Laboral a que se refiere el punto 3.4 de la relación fáctica incluida en la parte inicial de esta providencia, ninguno de los cuales prosperó. De otra parte rechaza las acusaciones planteadas por el actor sobre cercanía o complicidad entre esa entidad fiduciaria y Bancolombia S. A., y resalta en cambio la imparcialidad con que habría obrado aquella. También defiende la legitimidad de su proceder en relación con la convocatoria de un nuevo tribunal de arbitramento, a partir de lo que estima como órdenes contradictorias impartidas a ella por los fideicomitentes y el beneficiario.

Por otra parte, señala que esta acción de tutela debería considerarse improcedente, teniendo en cuenta el carácter de entidad privada que tiene esa sociedad fiduciaria y la inexistencia de una situación de subordinación o indefensión del señor Gilinski Bacal frente a ella. Cuestiona que éste pretenda

presentarse como indefenso ante la fiduciaria, situación en relación con la cual destaca el volumen y calidad de los medios de defensa de los que aquel ha hecho uso, así como sus calidades personales de gran empresario de la actividad financiera, dentro y fuera del país. También considera que en este caso existen otros medios de defensa judicial para el eventual logro de lo que el demandante pretende, respecto de lo cual alude al procedimiento arbitral recientemente activado por iniciativa de esa entidad fiduciaria, y destaca la clara y frecuente participación que en ese trámite ha tenido el actor, quien según se afirma, intervino por conducto de sus representantes, en la designación de los respectivos árbitros.

Menciona después que en el presente caso no se presenta el perjuicio irremediable que el actor pretende invocar, para lo cual cita y transcribe jurisprudencia de esta corporación sobre el alcance de ese concepto, y señala la contradicción en que incurriría aquél cuando, pese a resaltar esa circunstancia, solicita una protección de carácter definitivo y no transitorio. Sostiene que la actuación de la fiduciaria frente a los hechos planteados ha sido enteramente legítima, para lo cual transcribe y comenta algunas de las estipulaciones del contrato fiduciario y de sus otrosíes.

Por último, el representante de la fiduciaria demandada realiza algunas precisiones sobre las citas jurisprudenciales contenidas en la demanda, denunciando que varias de ellas han sido presentadas fuera de contexto, y finaliza señalando que en este caso su representada no ha vulnerado derecho fundamental alguno del señor Jaime Gilinski Bacal.

Adjuntos a la contestación de la demanda de tutela se anexaron al expediente un conjunto de documentos invocados como prueba, entre ellos documentos relativos al arbitramento citado por iniciativa de la fiduciaria, providencias de las Salas Civil y Laboral de la Corte Suprema de Justicia y copia de varias comunicaciones cruzadas en el mes de mayo de 2008 entre esa fiduciaria, los fideicomitentes y el beneficiario de la garantía contenida en el contrato reseñado en el punto 2 del recuento fáctico de esta providencia.

2. Sentencia de primera instancia

Con base en los anteriores elementos de juicio, el Juzgado 16 Civil Municipal de Bogotá emitió el 3 de marzo de 2009 sentencia en la que resolvió tutelar los derechos del accionante y ordenar a HSBC Fiduciaria S. A., que en el término de 48 horas *“proceda de conformidad con lo que pactó, en la cláusula tercera del Otro Sí del contrato de fiducia del que es parte el accionante esto es, liquide el fideicomiso a que se contrae el contrato de fiducia mercantil y restituya la garantía atendiendo el contrato prenotado”*.

Para hacerlo así, consideró que en este caso sí podría hablarse de una situación de subordinación, teniendo en cuenta que la demandada tiene como objeto social la realización de negocios que pueden encuadrarse dentro del concepto de *actividad financiera*, por lo que existe así posición dominante respecto del cliente, la cual podría ameritar protección constitucional en sede de tutela.

A continuación plantea como el problema a resolver "si a una persona se le vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia y el debido proceso, cuando no se le hace entrega de una garantía fiduciaria cuando alega que es el fideicomitente y tiene derecho a ello".

Para responder a este interrogante comienza por destacar que la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de fecha 26 de febrero de 2008 dispuso la anulación del laudo arbitral que en su momento puso fin a las controversias existentes entre el señor Gilinski Bacal (y los otros vendedores) y Bancolombia S. A., como también que una vez surtido el trámite de la acción de tutela interpuesta por ese banco contra los autores de aquella decisión, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia decidió, en segunda instancia, negar dicha acción de tutela, lo que indudablemente dejaba en firme la decisión anulatoria del laudo, a la que antes se hizo referencia. Destaca también que en la parte resolutive de esta última decisión se ordenó notificar lo decidido a la fiduciaria hoy accionada.

A continuación, si bien reconoce que ninguna de esas decisiones judiciales incluyó alguna orden expresamente dirigida a la fiduciaria demandada, destaca el efecto que estaría llamado a tener un otrosí al contrato de fiducia suscrito en el año 2004 entre el fideicomitente y aquí demandante Jaime Gilinski Bacal y Bancolombia S. A., en el cual se previó expresamente que en caso de producirse una orden judicial en torno a la posible anulación del laudo arbitral, ello causaría la inmediata terminación del contrato de fiducia. Luego explica que el derecho de acceder a la administración de justicia puede ser vulnerado no únicamente por los jueces, sino también por los particulares, especialmente cuando abusan de la posición dominante en que se encuentran con ocasión de la celebración y ejecución de un contrato.

Destaca también que el tribunal de arbitramento recientemente convocado por HSBC Fiduciaria básicamente busca resolver las diferencias existentes entre el señor Gilinski y los otros vendedores y Bancolombia S. A., cuando lo cierto es que ya se realizó un trámite arbitral con este mismo objeto, que es aquel concluido mediante laudo de fecha 30 de marzo de 2006. Considera entonces que con esta actuación, unida a la no entrega de la garantía fiduciaria, la accionada ha vulnerado los derechos fundamentales del actor, específicamente los de acceso a la justicia y debido proceso, a partir de lo cual sustenta la decisión favorable que emite.

3. Intervenciones posteriores a la sentencia de primera instancia

Una vez conocida la sentencia anteriormente reseñada se produjeron ante el despacho *a quo* las siguientes intervenciones:

i) El 5 de marzo de 2009 el apoderado especialmente constituido por **Bancolombia S. A.** presentó un escrito en el que **solicita la nulidad** constitucional de la sentencia de primera instancia y la de la actuación surtida desde la notificación de la demanda, solicitudes que apoya en el hecho de no haberse notificado a esa entidad como tercero interesado en las resultados de esta

acción de tutela. Justifica su solicitud, de una parte, en las referencias hechas por el actor respecto de la actuación de su poderdante con ocasión del trámite tutelar anteriormente surtido ante las Salas Civil y Laboral de la Corte Suprema de Justicia, así como en el hecho de ser parte en el contrato de fiducia que la sentencia de instancia ordena liquidar.

ii) A su vez, el 9 de marzo de 2009 el apoderado del **accionante Gilinski Bacal** solicitó al despacho de primera instancia **declarar improcedente la solicitud de nulidad** presentada por Bancolombia S. A. Como principal razón que soporta esta solicitud señala que en esta tutela sólo se controvierte la actuación de la entidad fiduciaria una vez proferidas las decisiones judiciales a que se ha hecho referencia, y que no se trata de una nueva oportunidad para ventilar las controversias que a la fecha puedan existir entre el señor Gilinski y Bancolombia S. A., razón por la cual no se entiende en qué consistiría el interés que habilitaría a esta última como tercero interviniente.

iii) Por su parte, el apoderado de **HSBC Fiduciaria S. A.** interpuso en tiempo **impugnación** contra la sentencia de primera instancia. Para esto cual adujo lo que considera una errónea interpretación del contrato de fiducia que da lugar a esta acción, y especialmente de sus otrosíes, ya que en su entender, para que haya lugar a la liquidación de la fiducia debe existir un laudo ejecutoriado que resuelva sobre las controversias surgidas entre el fideicomitente y el beneficiario, hipótesis que en este caso no se presenta, en razón a haber sido aquel anulado por el Tribunal Superior de Bogotá.

También señaló varios errores, unos conceptuales y otros procedimentales, en los que habría incurrido el despacho de primera instancia, que en su opinión justifican la revocación de esta sentencia. Los primeros se referirían, sobre todo, al tema de la posición dominante que supuestamente ostenta en este caso la fiduciaria demandada y al planteamiento del problema a resolver, que la impugnante entiende como de contenido contractual. Los segundos a la supuesta vulneración del principio de congruencia entre lo pedido y lo decidido, a la interpretación que el juez hizo sobre el contenido de la cláusula arbitral y a la no vinculación de todos los sujetos interesados, observación que alude directamente a la no notificación de Bancolombia S. A.

Se refirió después a algunos de los argumentos planteados en la contestación de la tutela que no habrían sido tenidos en cuenta por la juez de primera instancia, entre ellos la ausencia de perjuicio irremediable, la legitimidad de la conducta de la fiduciaria demandada, la conducta procesal del actor y la no vulneración de sus derechos fundamentales por parte de esa fiduciaria; posteriormente aludió a los errores en que habría incurrido el *a quo* respecto de aquellos aspectos de la defensa que sí analizó, incluyendo lo relativo a la ausencia de indefensión, la procedencia de otros medios de defensa y la inexistencia de una orden judicial dirigida a la sociedad fiduciaria.

Con base en estas consideraciones el apoderado de la demandada solicitó la revocación de la sentencia de primera instancia. Así mismo, y poniendo de presente que esa entidad ya cumplió con lo ordenado en la sentencia

impugnada, solicitó al *ad quem* que en caso de prosperar su recurso, impartiera precisas instrucciones sobre la forma en que debe restablecerse la ya liquidada garantía fiduciaria.

iv) Frente a lo anterior, el despacho de primera instancia concedió la impugnación presentada por la entidad fiduciaria, y respecto de las demás solicitudes señaló carecer de competencia para pronunciarse, por encontrarse ésta suspendida en vista de la conclusión de la instancia y la interposición del recurso que ahora se concede. En consecuencia, se declaró a la expectativa de lo que al respecto pudiera disponer el juez de segunda instancia.

v) El día 10 de marzo de 2009 presentó un escrito ante el juzgado de primera instancia la doctora Mavys José Valle Manjarrez, Procuradora Judicial II de la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles en el que pide a la señora juez suministrar información sobre la solicitud de nulidad presentada por el apoderado de Bancolombia.

Mediante auto de la misma fecha, la titular del Juzgado 16 Civil Municipal de Bogotá, previa reiteración de que para ese momento tenía suspendida su competencia en razón de la impugnación concedida, ordenó dar respuesta a la anterior solicitud del Ministerio Público y enviarle además copia de las principales piezas procesales del expediente, lo que en efecto se hizo mediante comunicación de la misma fecha.

4. Anulación del trámite cumplido en primera instancia

Repartido el proceso en segunda instancia al Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá, y antes de emitirse pronunciamiento, se recibió en ese despacho una nueva comunicación suscrita por el Procurador Delegado para Asuntos Civiles en la que solicita al *ad quem* "*pronunciarse con total y plena autonomía e independencia, sobre los argumentos consignados en el escrito de nulidad constitucional presentado por el apoderado del BANCOLOMBIA S. A., dentro de la acción de tutela de la referencia*".

No obstante, en el segundo párrafo de esta misma comunicación, deja entrever su opinión favorable a dicha solicitud, en cuanto afirma que el carácter de tercero con interés directo en la decisión que en este caso tendría el banco solicitante de la nulidad "*...se puso de presente desde un comienzo en el escrito de réplica a la demanda de tutela y que la juez a quo, omitió considerar y decidir, dejando de lado los principios que informan el trámite de la acción de tutela*".

Para decidir sobre lo planteado el despacho tuvo en cuenta factores como el hecho de ser Bancolombia la entidad beneficiaria del contrato de fiducia a partir del cual ha surgido controversia entre la sociedad fiduciaria y uno de los fideicomitentes, y lo relativo a la tutela que en su momento interpuso ese banco contra los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá que adoptaron la decisión de anular el laudo arbitral vinculante también para el señor Jaime Gilisnki Bacal.

Con apoyo en estas consideraciones, mediante auto de marzo 31 de 2009 el despacho de segunda instancia acogió los planteamientos de Bancolombia y del Procurador Delegado para Asuntos Civiles y decretó la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda.

5. Intervención de Bancolombia S. A.

Devuelto el expediente al despacho de primera instancia para la reposición de la actuación anulada, mediante auto de fecha 3 de abril de 2009 se dispuso vincular como tercero interesado a Bancolombia S. A., notificarle de esta decisión y correrle traslado de la demanda de tutela.

Surtido el traslado, el apoderado de Bancolombia presentó el 14 de abril de 2009 un extenso escrito en el que solicitó al *a quo* declarar su incompetencia para resolver controversias de naturaleza contractual, como en su concepto son las planteadas en su demanda de tutela por el señor Jaime Gilinski Bacal, y en todo caso, rechazar por improcedente la tutela presentada, por no existir violación de ningún derecho fundamental de aquél. Las razones que sustentan estas solicitudes pueden resumirse en la siguiente forma:

Considera este interviniente que el tema propuesto en la demanda es un asunto de estricto derecho privado que debe ser resuelto por los jueces ordinarios (o en su caso por árbitros) y no por los jueces de tutela, puesto que tiene que ver con la ejecución y cumplimiento, o eventual incumplimiento, de dos contratos de la misma naturaleza como son, el contrato de promesa de compraventa de acciones y derechos de participación, y especialmente, el contrato de fiducia del cual es parte la entidad accionada, y con lo relativo a las prestaciones a que dicho eventual incumplimiento daría lugar. Para apoyar estas aseveraciones, cita jurisprudencia de esta corporación.

En la misma línea transcribe el texto completo del otrosí al contrato de fiducia, de cuya cláusula tercera se derivaría la obligación de la fiduciaria de proceder a la liquidación de dicho contrato como consecuencia de las decisiones judiciales a que se hace referencia en el recuento fáctico contenido en la parte inicial de esta providencia. A continuación, consigna extensos comentarios al respecto, de los cuales se concluye que ante la actual ausencia de una decisión de fondo sobre el evento regulado por su cláusula primera⁸, no sería posible dar aplicación a la cláusula tercera del otrosí como lo pretende el accionante.

Posteriormente, afirma que en este caso se vulnera el artículo 86 de la Constitución Política al pretender resolver en sede de tutela un complejo conflicto de naturaleza contractual de derecho privado, que no involucra

⁸ La cláusula 1ª regulaba la forma como se pagarían, con cargo a los recursos de la fiducia en garantía, las condenas a que hubiere lugar "*por cualquier causa o concepto que quede comprendido dentro del objeto del fideicomiso*". Según explica el apoderado de Bancolombia, esta cláusula regularía el resultado de un trámite arbitral convocado por Bancolombia, que se encontraba en curso para la fecha en que se suscribió el otrosí, y que fue posteriormente resuelto mediante el laudo de marzo 30 de 2006, anulado a su vez por la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de fecha febrero 26 de 2008. La ausencia de una decisión sobre el tema derivaría de que los promitentes vendedores no han sido exonerados de la responsabilidad pretendida por Bancolombia, pues la razón que condujo a la anulación del laudo fue de carácter formal, relacionada con la previa necesidad de un peritaje técnico contable en relación con las contingencias que serían objeto de decisión.

ninguna posible vulneración de derechos fundamentales. Para sustentar este aserto se adentra entonces en una amplia consideración sobre la naturaleza del contrato de fiducia celebrado en este caso y de las obligaciones que de él emanan, frente a las particularidades propias del contrato de promesa de compraventa que lo antecedió.

También señala que en el presente caso el actor y sus apoderados han querido ver en la decisión de anulación del Tribunal Superior de Bogotá (que ha quedado en firme a partir del resultado de la tutela tramitada ante la Corte Suprema de Justicia) el finiquito definitivo de las obligaciones de garantía para cuya satisfacción se celebró el ya comentado contrato de fiducia. Señala que este además de no ser esta la consecuencia que se deriva de la decisión anulatoria adoptada por el Tribunal Superior de Bogotá, ese sería un efecto típicamente civil que no involucra ninguna eventual violación de derechos fundamentales, razón por la cual no podría ser deducido por el juez de tutela.

Desde estas consideraciones, y previo un detallado análisis de las providencias del Tribunal Superior de Bogotá y de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia citadas por el demandante, subraya que ni aun de manera implícita puede deducirse de ellas la obligación de entrega de la garantía fiduciaria en la forma como lo pretende el accionante, por lo que, insiste, esa obligación no existe en este caso y frente al actual momento procesal.

Finalmente, señala que la acción de tutela es improcedente frente a conductas legítimas de un particular como son tanto Bancolombia como la fiduciaria accionada, a partir de lo cual concluye solicitando al juez de tutela rechazar por improcedente la tutela impetrada.

También en este caso se presentaron, adjuntos a la contestación de la demanda de tutela una serie de documentos invocados como prueba, entre ellos copia de los contratos de promesa de compraventa de acciones y de fiducia en garantía, de las principales actuaciones del trámite arbitral posteriormente anulado y de la convocatoria a un nuevo tribunal de arbitramento citado por iniciativa de HSBC Fiduciaria S. A.

6. Nueva sentencia de primera instancia

Surtida nuevamente la actuación anulada por el superior, el Juzgado 16 Civil Municipal de Bogotá profirió por segunda vez decisión de primera instancia el 21 de abril de 2009, por la cual se concedió la tutela solicitada.

La nueva sentencia registra ampliamente las intervenciones y planteamientos de los distintos sujetos procesales y procura responder a ellos. Así por ejemplo, frente a las observaciones formuladas en torno al carácter contractual de la controversia planteada, advierte el despacho que su decisión no contiene ningún pronunciamiento frente al contrato, su eventual incumplimiento o las responsabilidades resultantes, sino únicamente frente a la eventual violación de derechos fundamentales del demandante, de cara a lo que se deriva de la literalidad del contrato que origina la controversia.

A continuación, el *a quo* reitera su postura respecto de la existencia de una relación de subordinación entre la entidad fiduciaria y las partes del contrato fiduciario, semejante a la que se predica frente a las entidades que cumplen actividades financieras, por lo que concluye que la tutela contra particulares es procedente en el presente caso.

Al abordar el caso concreto, destaca la juzgadora de primera instancia el efecto que sobre el negocio fiduciario tendrían las sentencias emitidas, primero por el Tribunal Superior de Bogotá al anular el laudo arbitral que en su momento había dirimido la controversias existentes entre el señor Gilinski Bacal y los restantes vendedores y el banco ahora denominado Bancolombia, y después por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al negar en segunda instancia la tutela interpuesta por dicho banco contra esa decisión anulatoria. La sentencia transcribe y analiza detenidamente apartes de ambos pronunciamientos, destacando también la conducta procesal de los apoderados de Bancolombia, quienes al presentar la tutela aquí comentada suplicaron y obtuvieron de la Sala de Casación Civil una medida provisional encaminada a detener el efecto que de otro modo tendría la sentencia anulatoria del laudo, que según entonces se reconoció, sería el de la inmediata liquidación de la garantía fiduciaria.

De otra parte, reitera que si bien es cierto que tales sentencias no contienen órdenes específicas dirigidas a la sociedad fiduciaria aquí demandada, esas órdenes si deben entenderse derivadas de aquellas providencias, en razón a ser la eventual anulación del laudo, que en efecto ocurrió, la condición prevista en el otrosí al contrato de fiducia para la definitiva liquidación de la garantía.

Agrega además que una vez anulado el laudo, la garantía fiduciaria carece de sentido, lo que también justifica su inmediata restitución al fideicomitente. Señala también que el derecho de acceder a la administración de justicia puede ser vulnerado por la actuación de un particular, como considera que ocurre en este caso con la actuación de la sociedad fiduciaria accionada.

Por otra parte, anota que la entidad demandada ha tergiversado el objeto del tribunal de arbitramento previsto en el clausulado del contrato fiduciario, y que para esa fecha ya había sido convocado e instalado, ya que lo que actualmente ocurre no es una diferencia de criterios o de instrucciones entre el fideicomitente y el beneficiario sino la inejecución de un acto necesariamente derivado de una sentencia judicial. Que lo que haría dicho tribunal es resolver sobre las controversias aun pendientes entre el señor Gilinski y Bancolombia, tema sobre el cual ya se resolvió en el arbitramento anterior, con la circunstancia de que la correspondiente decisión fue judicialmente anulada. Así las cosas, considera que la convocatoria de este nuevo tribunal era improcedente y resulta demostrativa de la parcialidad existente entre la fiduciaria accionada y Bancolombia.

Con apoyo en las anteriores consideraciones decidió entonces conceder la tutela impetrada, ordenando a HSBC Fiduciaria S. A. "*... que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas sin dilaciones, proceda de*

conformidad con lo que pactó, en las cláusulas segunda y tercera del OTRO SÍ del contrato de fiducia del que es parte el accionante y el aquí interviniente Bancolombia, esto es, liquide el fideicomiso a que se contrae el contrato de fiducia mercantil y restituya la garantía atendiendo al contrato preanotado”.

7. Impugnación del fallo de primera instancia

La anterior decisión fue oportunamente recurrida, tanto por la fiduciaria accionada como por Bancolombia, en su calidad de tercero interesado.

El apoderado de **HSBC Fiduciaria S. A.** señala que, en la medida en que la nueva sentencia reproduce la mayor parte de las consideraciones que en su momento sustentaron la decisión de marzo 3 de 2009, ratifica enteramente (y también reproduce) los términos de la impugnación entonces presentada, de cuyo contenido se ha presentado un extracto páginas atrás en esta misma providencia. Su reiteración se extiende incluso a cuestionar la falta de notificación de Bancolombia, situación que al haber dado lugar a la anulación de la actuación, fue corregida por el *a quo* con anterioridad a su nuevo pronunciamiento

De otra parte, respecto de la orden precisa impartida en la sentencia impugnada y su relación con el otrosí al contrato de fiducia que el actor invoca como fuente de la obligación supuestamente incumplida, reiteró que en su entender este documento no tiene el alcance que el demandante plantea, por lo que no tiene sentido hablar de actuar “*de conformidad con lo que pactó*”, como se hace en la decisión recurrida. Considera además, que el otrosí tantas veces citado previó varias posibles hipótesis, pero en realidad no contempló la que realmente ocurrió, con la anulación del laudo que había proferido condena frente a las contingencias encontradas por la entidad compradora.

De igual manera, reitera que no existe orden judicial que obligue a su representada a liquidar la garantía fiduciaria de que en este caso se trata, y que no considera equivocada la decisión de convocar un nuevo tribunal de arbitramento para decidir las discrepancias existentes entre fideicomitente y beneficiario en torno a ese contrato de fiducia.

Por su parte, el apoderado de **Bancolombia S. A.** impugna la sentencia reproduciendo la totalidad de los planteamientos expuestos en la contestación de la demanda, entre ellos: i) la incompetencia del juez de tutela para decidir un caso que como el aquí planteado, tiene un contenido contractual y de derecho privado; ii) la ausencia de vulneración de derechos fundamentales del accionante, en cuanto no existiría la orden judicial que aquél considera incumplida; iii) la dificultad para predicar en cabeza de un particular como es la fiduciaria accionada, la posible violación del derecho a acceder a la administración de justicia y del debido proceso; iv) la inexistencia de una orden de liquidar el fideicomiso y entregar al actor los bienes que lo componen; v) la imposibilidad de oponer una acción de tutela contra conductas legítimas de terceras personas.

8. Actuación ante el juez de segunda instancia

Concedidos los recursos interpuestos y enviando el expediente al juez de segunda instancia, el apoderado del actor **Jaime Gilinski Bacal** presentó el 5 de mayo de 2009 sendos escritos en los que se opone a ambos recursos.

Respecto del recurso presentado por **HSBC Fiduciaria S. A.**, insiste en la contradicción que implica sostener ahora que la sentencia de anulación del laudo no tenía como consecuencia la liquidación y devolución de la garantía fiduciaria, cuando esta fue la principal razón que en su momento adujo Bancolombia al interponer acción de tutela contra los Magistrados autores de la decisión anulatoria. Posteriormente transcribe apartes del otrosí al contrato de fiducia, y a continuación plantea algunas preguntas relativas al proceder de Bancolombia y de la sociedad fiduciaria. Más adelante, insiste en que todas las entidades que desarrollen actividades encuadradas dentro del concepto de actividad financiera, dentro del cual están incluidos los servicios fiduciarios, ostentan una posición de privilegio respecto de sus clientes, lo que hace procedente la acción de tutela en su contra en casos como el presente. Finalmente critica la actuación de la sociedad fiduciaria que cuestionó la falta de notificación de Bancolombia y denuncia la supuesta existencia de un acuerdo entre ambas entidades para entorpecer el curso de este proceso.

Frente a la impugnación de **Bancolombia** manifiesta que tanto este banco como la fiduciaria demandada han pretendido confundir a los juzgadores de instancia tratando de llevar su atención a un supuesto conflicto de naturaleza contractual que en este caso no existe, pues sobre aquél ya se decidió en instancias anteriores. Posteriormente alude a la doctrina de los actos propios, reconocida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de esta corporación, y afirma que la actuación de Bancolombia y su insistencia en torno a la inexistencia de la obligación de liquidar el fideicomiso se encuadra en lo prohibido por dicha doctrina, en cuanto desconoce afirmaciones que el mismo banco hizo bajo la gravedad de juramento ante otro juez de tutela, concretamente la promovida contra el Tribunal Superior de Bogotá ante la Corte Suprema de Justicia frente a la decisión de anular el laudo arbitral. Finaliza reiterando que el problema de fondo derivado de la situación planteada es la vulneración del derecho fundamental del señor Jaime Gilinski Bacal de acceder a la administración de justicia.

Por su parte, el apoderado de **Bancolombia** presentó también un extenso documento en el que **adiciona su escrito de impugnación**, del cual pueden destacarse los siguientes aspectos:

Señala que es equivocada la perspectiva desde la cual el *a quo* que justifica su sentencia, como es la supuesta necesidad de hacer un análisis de los temas planteados en este caso desde una perspectiva constitucional, resaltando que ese no es un aspecto particular del caso planteado sino una responsabilidad permanente de los jueces de la República, que sin embargo no altera la naturaleza jurídica de cada tema. Por esto rechaza que el juez de primera instancia haya tomado su decisión a partir de una interpretación del contrato.

También critica que, al ejercer como juez del contrato, el despacho de primera instancia hubiera asumido sin reparos la versión del accionante y hubiere descalificado como falsas las de la fiduciaria demandada y el interviniente.

Cuestiona así mismo el uso que en este caso se ha hecho de conceptos como *posición dominante* y *abuso de posición dominante*, así como la cita jurisprudencial con apoyo en la cual el *a quo* pretendió sustentar el inusual poder que en este caso ostentaría la sociedad fiduciaria demandada.

De otra parte, ofrece explicaciones sobre la postura adoptada por los apoderados del banco en la tutela por éste promovida contra los Magistrados autores de la decisión que anuló el laudo arbitral. A este respecto resalta que las razones expresadas en la solicitud de medida provisional, y en general durante el trámite de esta acción obedecieron a la notoria intención y a las acciones desarrolladas en ese tiempo por el señor Gilinski con el objeto de lograr la devolución de la garantía fiduciaria como supuesta consecuencia de la anulación del laudo arbitral. Por esta razón, entiende que el comportamiento procesal de Bancolombia respecto de este tema no ha sido contradictorio.

Por último, refuta la afirmación según la cual el tribunal de arbitramento recientemente convocado por HSBC Fiduciaria S. A. tendría el mismo objeto que aquel concluido mediante el laudo de marzo 30 de 2006, posteriormente anulado. Explica que mientras en ese caso se resolvió sobre controversias relacionadas con contingencias que afectarían las acciones y derechos objeto de la promesa de compraventa celebrada en el año 1997 entre el señor Gilinski y el Banco Industrial Colombiano, en este se trata de resolver sobre las contradictorias instrucciones que el fideicomitente y el beneficiario del contrato de fiducia impartieron recientemente a la sociedad fiduciaria.

9. Sentencia de segunda instancia

Mediante fallo calendado el 29 de mayo de 2009 el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá confirmó en todas sus partes la sentencia de primera instancia, que concedió el amparo solicitado.

Para ello, el juez *ad quem* realizó un extenso y detallado recuento de los antecedentes que originaron la interposición de esta tutela, así como de todas las intervenciones de cada uno de los sujetos procesales. Posteriormente se detuvo a analizar la conducta procesal observada por Bancolombia durante todo el trámite aquí relatado, y en especial el hecho de haber interpuesto una acción de tutela frente a la inminente liquidación del fideicomiso como consecuencia de la sentencia de anulación del laudo, para luego, en este último trámite tutelar, negar la relación existente entre esa decisión y la terminación del contrato fiduciario, señalando además que es un hecho que carece de relevancia constitucional y no puede ser decidido por el juez de tutela.

De cara a la doctrina de los *actos propios*, conforme a la cual no resulta posible cambiar de postura durante el curso de un debate o actuación judicial o administrativa, consideró el despacho que la conducta de Bancolombia resulta

contraria a este principio, lo que valida la apreciación del accionante en lo relacionado con la situación de indefensión en que se encontraría respecto de la fiduciaria demandada y del banco interviniente. A partir de lo anterior, y vista la inexistencia de otros remedios judiciales, suficientes e idóneos para que el actor pueda afrontar la situación planteada por la conducta de tales entidades, el superior consideró procedente el amparo solicitado y confirmó integralmente la sentencia de primera instancia.

IV. TRÁMITE CUMPLIDO ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Durante el trámite de revisión del presente asunto ante la Corte Constitucional, se recibió un nuevo memorial proveniente del apoderado especial de Bancolombia S. A., tercero vinculado al trámite de esta acción como interesado en las resultas de la misma. Este escrito reitera los principales argumentos planteados por esa entidad durante las precedentes etapas procesales, y concluye solicitando a la Sala de Revisión que revoque las sentencias de instancia que concedieron la tutela pedida a nombre del señor Jaime Gilinski Bacal contra HSBC Fiduciaria S. A.

Dentro de esta línea, el apoderado de Bancolombia incluye nuevamente transcripciones parciales del contrato de fiducia, de su otrosí y de varios de los pronunciamientos judiciales referidos dentro de la presente acción, y adjunta copias de algunos de estos últimos. Con apoyo en ello insiste en: i) el carácter contractual y de derecho privado del problema que en este caso se ha pretendido resolver mediante la acción de tutela; ii) que las sentencias emanadas del Tribunal Superior de Bogotá y de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (las mencionadas en los puntos 3.2 y 3.4 del recuento fáctico de esta sentencia) no contienen órdenes relativas a la liquidación del contrato de fiducia, circunstancia que se ratifica con el hecho de que los jueces competentes se hubieran negado a reconocer un desacato relacionado con este aspecto; iii) el hecho de que con anterioridad a la demanda que ahora se decide, el actor había planteado los mismos temas ante un juez de tutela y obtenido una decisión al respecto, lo que supondría un problema de cosa juzgada constitucional; iv) la equivocación en que habrían incurrido los jueces de tutela en ambas instancias al aceptar conferirle implicaciones constitucionales y de derechos fundamentales al tema aquí planteado; v) que a la fecha no se han despejado ni resuelto en forma negativa las posibles responsabilidades del señor Gilinski Bacal y de los demás vendedores, para cuya atención y pago se constituyó la fiducia en garantía que el mismo actor considera ya extinguida.

Finalmente, el apoderado interviniente explica nuevamente las circunstancias que en su concepto justifican el que su representada haya variado su postura en torno a los efectos de la sentencia de anulación de laudó respecto del contrato de fiducia a que se ha hecho referencia, situación que atribuye a lo que denomina "*un exceso de defensa*" pero no a una actuación de mala fe como la que pretende endilgarle el actor.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. La competencia

La Corte Constitucional es competente para decidir este asunto en Sala de Revisión, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. El asunto que se debate

Como quedó dicho, el señor Jaime Gilinski Bacal demandó mediante acción de tutela a HSBC Fiduciaria S. A. al considerar que esta entidad viene vulnerando sus derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. Según se explicó, esta situación se deriva del hecho de haberse negado a liquidar y devolver un conjunto de bienes entregados en garantía fiduciaria, a propósito de las eventuales responsabilidades que al actor y a otras personas pudiera haberles respecto de una operación de compraventa de acciones y de otros derechos sobre la propiedad de una entidad financiera, previamente acordada entre aquellos como vendedores y el entonces Banco Industrial Colombiano como comprador.

Los jueces de tutela, en dos instancias, y aunque con argumentos parcialmente diferentes, le hallaron razón al demandante y por ende concedieron el amparo solicitado, ordenando a la accionada proceder a la devolución de la garantía fiduciaria. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 superior, esta diligencia se cumplió en forma inmediata a partir de la notificación del fallo de primera instancia posteriormente anulado, esto es el de marzo 3 de 2009, y en razón a las decisiones posteriormente adoptadas por los jueces de tutela, a la fecha no ha sido revertida.

Por consiguiente, sería del caso examinar si la negativa de la fiduciaria demandada, en caso de ser injustificada, tiene las implicaciones vulneratorias de derechos fundamentales que el actor le atribuye. Sin embargo, previamente será necesario dilucidar lo relativo a la procedencia de la acción de tutela en un evento como el aquí planteado, teniendo en cuenta en particular, el carácter privado del ente demandado y las circunstancias propias del caso concreto.

3. Aspectos determinantes sobre la procedencia de la acción de tutela frente a los hechos aquí relatados

Se ocupa entonces la Sala de determinar si en el presente asunto se reúnen las condiciones de procedibilidad necesarias para el ejercicio de la acción de tutela y para un pronunciamiento del juez constitucional.

Sería necesario entonces comenzar por considerar si en el caso de autos existe una cuestión de verdadera relevancia constitucional, requisito *sine qua non* para la procedencia del amparo tutelar. Adicionalmente, y de manera simultánea, habrá de tenerse en cuenta que la acción se dirige contra una persona jurídica particular, ya que esta circunstancia hace que la procedencia

de la acción de tutela sea excepcional, debiendo los hechos necesariamente encuadrarse en una de las situaciones contempladas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución y en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Sobre lo primero, y si bien la eventual vulneración del debido proceso debería en principio ser considerada tema de clara relevancia constitucional, no quiere ello decir que cualquier invocación en este sentido baste para tener por cumplido el aludido requisito. De una parte, por cuanto esta corporación ha aclarado que debe estar de por medio un aspecto de aquellos que ella misma reconoce como integrante del *debido proceso constitucional*, es decir directamente derivado de las garantías previstas en la Carta Política, y no apenas del concepto amplio de debido proceso, que es aquel que es fruto de la actividad legislativa y que se encuentra ampliamente desarrollado por los códigos de procedimiento⁹. Y de otra porque, normalmente, la real y efectiva vulneración de aquellas garantías sólo puede apreciarse al avanzar sobre el análisis del caso concreto¹⁰, cuando a ello hubiere lugar, previa acreditación de la procedencia de la acción de amparo.

Ahora bien, en lo que atañe precisamente a la procedencia de la tutela en el presente caso, se ha aducido la existencia de circunstancias de subordinación o de indefensión del accionante respecto de la entidad accionada, eventos expresamente previstos por el numeral 4º del citado artículo 42. A efectos de dilucidar este asunto, y de cara a la argumentación del actor, la Sala deberá entonces volver sobre aspectos particulares de la situación fáctica planteada.

Según lo sustenta el demandante Gilinski Bacal, la fiduciaria demandada se habría negado a dar cumplimiento a dos decisiones judiciales¹¹ de las cuales resultaría su obligación de proceder a la liquidación y entrega de la garantía que por efecto del contrato fiduciario aquí ampliamente reseñado, se encontraba en su poder. De esa negativa se derivaría entonces la relación de indefensión que el actor dice padecer, y que justificaría el amparo solicitado.

Sin embargo, y sin perjuicio de ulteriores consideraciones sobre otras circunstancias del caso concreto, observa la Sala que en realidad las resoluciones judiciales invocadas no contienen orden alguna en este sentido, situación que guarda concordancia con el hecho cierto y evidente de que la fiduciaria demandada no fue partícipe de los procesos judiciales en los que tales decisiones se produjeron.

Tampoco resulta factible entender que, pese a esa no participación, las referidas sentencias generan de manera implícita esta misma obligación en

⁹ Cfr. sobre este tema, entre otras, las sentencias T-685 de 2003, T-102 de 2006 y T-061 de 2007. La Corte ha ejemplificado como parte integrante de este concepto aspectos tales como el derecho al juez natural, el principio de contradicción de la prueba o la prohibición de los juicios secretos.

¹⁰ Ver sentencia T-061 de 2007 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).

¹¹ Se refiere la Sala a: i) la sentencia de 26 de febrero de 2008 por la que la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá resolvió anular el laudo de marzo 30 de 2006 recaído en el trámite arbitral convocado por Bancolombia S. A. contra Jaime Gilinski Bacal, y ii) la sentencia de 13 de mayo de 2008 por la cual la Sala de Casación Laboral resolvió en segunda instancia sobre la acción de tutela presentada por Bancolombia S. A. contra los Magistrados autores de la decisión anulatoria primeramente reseñada.

cabeza de la entidad fiduciaria. Esa obligación en ningún caso se deriva de tales sentencias sino, eventualmente, del aquí ampliamente referido otrosí al contrato fiduciario, del cual sí es parte la entidad accionada, y en cuyo texto se contemplaron ciertas hipótesis cuya realización generaría esa obligación, sujeta en todo caso a ciertas reglas allí específicamente determinadas. Así las cosas, pese a que la existencia de ciertos pronunciamientos judiciales pudiere obrar como verificación de la condición suspensiva de la que pende la obligación aquí discutida, es evidente que sería el contrato, del cual sí es parte la sociedad fiduciaria, y no esas decisiones judiciales, el que fungiría como fuente de dicha obligación.

Es importante precisar también que, pese a su cercana e innegable relación, los contratos de promesa de compraventa y de fiducia mercantil de garantía y pago sobre acciones, referidos en los puntos 1 y 2 del recuento fáctico de esta sentencia, son distintos e independientes. Por esta razón, el proceso arbitral concluido mediante laudo de marzo 30 de 2006, la posterior anulación de esta decisión, la acción de tutela contra el fallo anulatorio y las demás actuaciones subsiguientemente surtidas ante las Salas de Casación Civil y Laboral de la Corte Suprema de Justicia sólo afectan el ámbito del primero de estos contratos, del cual no es parte la sociedad fiduciaria aquí demandada. De la misma manera, pese a la evidente existencia de vínculos y efectos colaterales, ninguna de estas decisiones tiene en sí misma impacto directo sobre el contrato fiduciario, ni sobre la entidad accionada, sino apenas, eventualmente, de manera consecencial.

Así las cosas, resalta la Sala que si las responsabilidades y obligaciones de la entidad fiduciaria frente a los fideicomitentes y el beneficiario emanan del contrato que les vincula y no de las decisiones judiciales aquí ampliamente referidas, se trata entonces de un asunto de puro derecho privado y de contenido contractual, situación no prevista en el ya comentado artículo 42, y que conforme a reiterada jurisprudencia de esta corporación¹², conduce en principio, a la improcedencia de la acción de tutela.

En efecto, tal como ya ha sido suficientemente esclarecido, las controversias contractuales son, por regla general, de competencia de la jurisdicción ordinaria, al paso que la acción de tutela fue reservada por el constituyente de 1991 para la protección de derechos constitucionales fundamentales, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aun existiendo aquéllos se utilice como mecanismo transitorio. Para lo que se derive de situaciones bilateralmente acordadas, en las que ciertamente podrá haber desavenencias, están fijados procedimientos ordinarios a los cuales las partes pueden acudir.

Lo anteriormente dicho no desconoce que, muy excepcionalmente, la tutela pueda ser procedente frente a situaciones que originalmente sean de contenido contractual y de derecho privado, por ejemplo cuando el objeto del contrato

¹² Ver a este respecto, dentro de las más recientes y entre muchas otras, las sentencias T-423 de 2003 y T-222 de 2004 (en ambas M. P. Eduardo Montealegre Lynnet), T-587 de 2003 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), y T-271 de 2007 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla).

está estrechamente ligado al disfrute de un derecho fundamental¹³. También cuando la relación contractual de que se trata esté signada por el elemento de la subordinación jurídica, o eventualmente, por situaciones calificables como de indefensión material¹⁴. Estas últimas situaciones son más frecuentes respecto de sujetos que por definición normativa o jurisprudencial, ostentan una posición dominante respecto de quienes establecen con ellos relaciones jurídicas. En el presente caso el actor ha argumentado encontrarse en este tipo de situación, percepción que fue acogida por ambos jueces de instancia.

No comparte esta Sala el anterior planteamiento. En primer lugar porque no puede asumirse de manera general que toda entidad que ejecute actividades regidas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero¹⁵ ejerce una posición dominante respecto de sus clientes. Si bien ciertamente esta es la realidad más frecuente, por cuanto en la mayoría de los casos las relaciones entre estas instituciones y sus clientes se desarrollan dentro del marco de contratos de adhesión (como los de mutuo, cuenta corriente o seguro), con grandes asimetrías en el manejo de la información, y en general dentro de un entorno de marcado desequilibrio entre las partes, es preciso reconocer que no siempre ocurre así, pues en efecto, dependiendo de las condiciones particulares del cliente y del tipo de negocio que se realice, el escenario puede ser diferente.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, y teniendo en cuenta las públicamente conocidas circunstancias personales y comerciales del cliente que en este caso obra como accionante, así como las del negocio que le vincula con la fiduciaria demandada, no se aprecia una situación de desequilibrio como la que es usual encontrar, por ejemplo, entre los bancos y sus deudores. Por el contrario, en este caso se trata de un sujeto plenamente hábil, tanto en sentido legal como material, en capacidad de desplegar una activa defensa que le permita afrontar con todos los instrumentos jurídicos disponibles el incumplimiento contractual de que podría ser objeto, mientras que la relación jurídica analizada es un negocio que involucra cuantiosos intereses económicos de varios sujetos en relativo equilibrio negocial entre sí y frente a la entidad fiduciaria, todo lo cual desvirtúa la posible existencia de una posición preeminente o la existencia de subordinación o indefensión en perjuicio del accionante.

De otra parte, no sobra recordar que desde la interposición de esta tutela, y al pretender sustentar el perjuicio irremediable que el actor sufriría en caso de no accederse a lo pedido, se explicó ampliamente que aquél consistiría en “*la absoluta imposibilidad de acceso al depósito en garantía*”, la que a su vez se traduciría en “*un lucro cesante de grandes proporciones*”. Así las cosas, resulta claro entonces, no sólo que no se reúnen los elementos que según lo ha explicado la jurisprudencia configuran el denominado *perjuicio irremediable*,

13 Como ocurre, por ejemplo, en los contratos de medicina prepagada. Ver sobre este tema las sentencias T-724 de 2005 (M. P. Jaime Córdoba Triviño) y T-660 de 2006 (M. P. Álvaro Tafur Galvis).

14 Conceptos ampliamente analizados y ejemplificados por la jurisprudencia. Ver entre muchísimas otras, y sólo dentro de las más recientes, las sentencias T-473, T-625 y T-1217 de 2008 y T-179 y T-371 de 2009.

15 No todas ellas enmarcadas dentro del concepto de aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público a que se refieren los artículos 150 numeral 19, 189 numeral 24 y 335 de la Constitución Política. Varios de los negocios autorizados a las sociedades fiduciarias no encuadran dentro de este supuesto.

sino que en realidad se trata de un conflicto de contenido económico o patrimonial, situación frente a la cual la acción de tutela es improcedente.

Recapitulando, visto que el asunto planteado es un típico conflicto de derecho privado y de contenido patrimonial, para cuya resolución existen otras acciones judiciales efectivas a través de las cuales podría, de ser procedente, obtenerse lo que en este caso pretende el actor, y dado que no se observa una situación de subordinación o indefensión, ni ningún otro aspecto de evidente relevancia constitucional que justifique el análisis en sede de tutela del reclamo planteado por el accionante, concluye la Sala que esta acción es claramente improcedente.

En desarrollo de lo anterior, y vista la no justificación de la protección constitucional que fue concedida en el presente caso, además de revocar la decisión de segunda instancia la Sala ordenará al accionante ejecutar, dentro de un lapso específicamente determinado, todos los actos que resulten necesarios para reconstituir la garantía fiduciaria que le fuera entregada como resultado de la sentencia de primera instancia, en los mismos términos y con el mismo alcance de garantía en que aquélla se encontraba constituida para ese momento. De igual manera, y para garantizar la plenitud de dicha restitución, se ordenará también al actor reconocer y adicionar a los bienes que constituyan esa garantía los intereses comerciales que las sumas de dinero así recibidas hubieren podido producir durante el tiempo que permanecieron en su poder.

4. Observación final

Si bien la conclusión a que se arribó en el punto anterior releva a la Sala de la necesidad de abordar de fondo el caso planteado por el demandante y las réplicas ofrecidas por la accionada y el tercero interviniente, no puede ella omitir una consideración final en torno a la doctrina de los *actos propios*, con apoyo en la cual el *ad quem* tuvo por probada la situación de indefensión que afectaría al actor y resolvió conceder el amparo solicitado, prescindiendo incluso de considerar si en el caso concreto se observaba una verdadera vulneración de derechos fundamentales.

La doctrina de los *actos propios* es originaria del derecho administrativo, área desde la cual ha sido extrapolada a otros campos del derecho. Conforme a ella, cuando una persona o autoridad ha emitido un acto o tomado una decisión a partir de la cual se genera para otro una determinada situación favorable, no es posible proceder unilateralmente a la revocatoria de esa decisión, por cuanto ello resulta contrario a la confianza legítima de dicha persona y al principio de la buena fe, hoy de rango constitucional.

A nivel normativo, este principio está consagrado, por ejemplo, en los artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo, los cuales prohíben la revocatoria de los actos administrativos de carácter particular y concreto, salvo que exista el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho que con ello se afectaría. La jurisprudencia del Consejo de Estado la ha

aplicado también frente a otras situaciones, por ejemplo en los casos en los que una persona disputa judicialmente una decisión administrativa que en vía gubernativa se abstuvo de controvertir.

En otros ámbitos, esta corporación le ha dado aplicación principalmente en casos en los que algunas entidades financieras han abusado de su posición dominante al pretender desconocer o revocar decisiones favorables a sus deudores, previamente informadas a aquéllos, y que más adelante resultan haber sido determinadas por error o inadvertencia de tales entidades.

¶ Sin embargo, todas estas situaciones difieren claramente de la observada en el caso de autos, en el que se enrostra a Bancolombia S. A. haber cambiado radicalmente su percepción jurídica frente al efecto que la decisión anulatoria del laudo arbitral tendría sobre la garantía fiduciaria, pues si bien inicialmente consideró que esa decisión causaba la liquidación de dicha garantía e intentó una acción de tutela a efectos de impedir esa situación, durante el trámite de la acción que ahora se decide ha sostenido que tal determinación no tiene efecto directo sobre el contrato fiduciario. La principal diferencia estriba en que en este caso la postura inicial del referido banco no creó un derecho, ni aun una legítima expectativa, en cabeza de los restantes sujetos procesales, que ahora se vea desconocido con esta nueva posición, razón por la cual esa situación no puede ser analizada ni menos sancionada al amparo de la indicada doctrina.

Pendiente una evaluación de fondo de las explicaciones ofrecidas, asunto que los jueces de instancia no abordaron y que según se explicó, no resulta pertinente acometer ahora, ello no impide reconocer que la efectiva ocurrencia de ese tipo de actuaciones podría llegar a catalogarse como contradictoria, o eventualmente constituir un indicio relevante al momento de decidir sobre el caso concreto (arts. 249 y 250 del Código de Procedimiento Civil). Se trata además de un proceder que el juez constitucional no aplaude ni alienta como estrategia de defensa jurídica. Sin embargo, no resulta razonable encuadrar dicha situación dentro del marco de la ya referida doctrina de los *actos propios*, ni tampoco esa circunstancia podrá ser suficiente, como aparentemente se entendió en este caso, para a partir de ella tener por probada una situación de indefensión, además de la efectiva vulneración de derechos fundamentales, indispensable para proceder a otorgar el amparo solicitado.

La anterior precisión resulta válida, necesaria y relevante frente a la apreciación que de este hecho se hizo en las instancias. Sin embargo, es claro que ella resulta intrascendente a efectos de la decisión que la Sala adoptará frente al caso concreto, pues como ya ha quedado indicado, existen suficientes razones de fondo para proceder a declarar improcedente la tutela objeto de revisión.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá el 29 de mayo de 2009, que confirmó la dictada por el Juzgado 16 Civil Municipal de la misma ciudad el 21 de abril de 2009. En su lugar, **DECLARAR IMPROCEDENTE** la tutela solicitada por el señor Jaime Gilinski Bacal contra HSBC Fiduciaria S. A., a la cual fue posteriormente vinculado Bancolombia S. A.

Segundo: En consecuencia, **ORDENAR** al accionante Jaime Gilinski Bacal ejecutar los actos que resulten necesarios para restituir las cosas al estado en que se encontraban antes de ser proferida la sentencia de primera instancia.

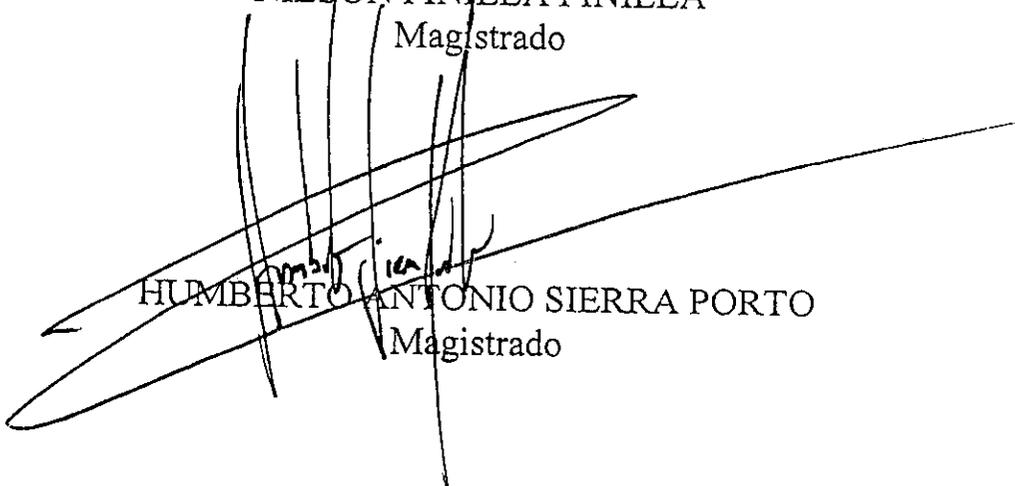
En desarrollo de lo anterior el accionante Jaime Gilinski Bacal realizará todas las diligencias y actos necesarios para **restituir** la garantía fiduciaria derivada del contrato de fecha 30 de marzo de 1998 al que aquí se ha hecho referencia, la que efectivamente constituirá en un lapso no superior a diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia.

Esta nueva constitución se hará en los mismos términos y condiciones en que la garantía se encontraba al momento de proferirse sentencia de primera instancia dentro del trámite de la presente acción de tutela. A dicha restitución se adicionará el valor total de los intereses comerciales que las sumas líquidas de dinero entonces recibidas hubieren podido producir entre la fecha en que la garantía fue entregada al señor Gilinski y aquella en que esta orden se cumpla de manera efectiva.

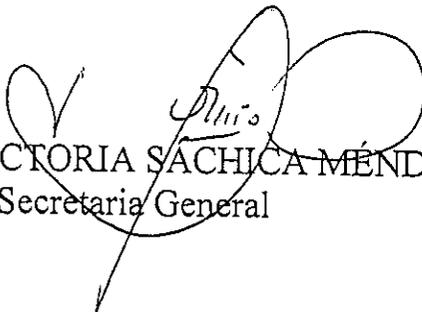
Tercero: LÍBRESE por Secretaría General la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cuarto: Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.


NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado


HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado


JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado


MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

SENTENCIA T- 940109