

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejero Ponente: **MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de octubre de dos mil catorce (2014)

Radicación núm.: 11001 03 15 000 **2012 02311 01**

Actora: **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca.-

Asunto: **SALVAMENTO DE VOTO.-** Sentencia de fecha 18 de septiembre de 2014, por la cual se resolvió la impugnación contra la sentencia de tutela de fecha 12 de agosto de 2011 proferida por la Sección Quinta.-

Quiero manifestar inicialmente, que no discuto el substrato moral de la providencia, ni los eventuales efectos positivos que de ella se deriven, los cuales, por el contrario, comparto en su integridad. Mi respetuoso reparo con la Decisión adoptada por la mayoría de la Sala, radica exclusivamente en la inconsistencia que encuentro entre la jurisprudencia de esta Corporación y los argumentos de la Sentencia, particularmente en los siguientes temas jurídicos: *Desconocimiento del requisito general de inmediatez como requisito de procedibilidad, desconocimiento de la improcedencia ordinaria de la tutela contra autos de trámite, incompetencia del juez de tutela para invadir la autonomía de un juez popular en la dirección del proceso y en la adopción de ciertas órdenes.*

1.- Desconocimiento del requisito general de inmediatez.

1.1. Tesis general (Jurisprudencia unificada¹).- En la sentencia de unificación se afirma que, en las tutelas contra providencias judiciales, eventualmente se podría exceptuar la regla de la inmediatez cuando se demuestre: **a.** Que la

^{1 1} Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 05 de agosto del 2014, Rad. No. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

vulneración al derecho fundamental es permanente en el tiempo y por tal razón es actual, o, **b.** Que el actor está en una especial situación que lo convierte en un sujeto de especial protección constitucional, lo que haría desproporcionado exigirle este requisito.

En efecto, el fallo de unificación la Sala Plena estableció sobre la inmediatez:

*“Por eso, la Sala Plena, como regla general, acoge un plazo de **seis meses**, contados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia, según el caso, para determinar si la acción de tutela contra providencias judiciales se ejerce oportunamente.*

La regla general del plazo de seis meses se acoge, además, teniendo en cuenta: i) que el plazo ha sido considerado como razonable por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y; (ii) se trata de una decisión judicial adoptada en un proceso jurisdiccional.

*Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha establecido dos excepciones a la aplicación del presupuesto de la inmediatez, los cuales deberán demostrarse y justificarse por el accionante en cada caso particular: **(i)** cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación es continua y actual. Y **(ii)** cuando la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, hace desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros².”*

1.2.Tesis de la Sentencia de la Sección.- En el Fallo al que se refiere este salvamento, se considera que este caso como una excepción al requisito general de procedibilidad de la inmediatez, porque a pesar de que entre la ejecutoria del auto y la interposición de la tutela transcurrió un año (1) y seis (6) meses, término ampliamente superior al de seis (6) meses previsto como regla general por la jurisprudencia, no se aplica la inmediatez, no porque se acredite uno de los dos requisitos excepcionales referidos -que en este caso no se presentan sino por la defensa del patrimonio público-.

1.3. Disentimiento en la excepción de inmediatez.- Comparto la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, como se afirma en la

² Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 05 de agosto del 2014, Rad. No. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Sentencia de la cual me aparto, esto es por regla general dentro de los seis (6) meses siguientes y de su procedencia por excepción, y solo por excepción, después de este periodo, cuando se presente una de las dos circunstancias previstas en la Sentencia de unificación.

Mi discrepancia radica en que la Sentencia, para excepcionar la inmediatez, aduce argumentos diferentes a los de la Sentencia de unificación e impropios de un estado de derecho, como la necesidad de brindar al Estado garantías para que ejerza su función de gestor en busca de resultados, como es la recuperación del patrimonio público³, sin que ello involucre un derecho fundamental que pueda ser amparado por la acción de tutela.

En efecto se afirma que: debido a las especiales circunstancias que encierran el asunto objeto de estudio en la acción popular, promovida por la Contraloría General de la República es viable ... en este caso excepcionar el principio de inmediatez, pues es necesario brindar al Estado garantías para que ejerza su función de gestor en busca de resultados, como es la recuperación del patrimonio público.⁴ (las subrayas no son del texto).

No estoy de acuerdo con la excepción realizada por la Sala porque según su razonamiento, por la naturaleza de la Contraloría General de la República, establecida en el artículo 267 de la Constitución Nacional⁵, el requisito de la inmediatez no le sería aplicable a ninguna acción de tutela que interpusiera este órgano de control cuya función principal es vigilar y ejercer el control fiscal del patrimonio del Estado. Por tal razón, la Contraloría podría interponer en

³ Página 9 de la Sentencia.

⁴ Páginas 48 y 49 de la Sentencia.

⁵ **Artículo 267 Constitución Política:** El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado. La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial. La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.

(...)

cualquier tiempo tutela contra providencias judiciales para la recuperación del patrimonio público, lo que desnaturaliza gravemente la naturaleza del recurso de amparo, atenta contra los principios de seguridad jurídica y confianza legítima establecidos en nuestra Constitución Política y supone una clara discriminación en relación con el trato dispensado a los demás particulares que acuden a este mecanismo como forma de protección de sus derechos fundamentales. En suma, una interpretación que resulta contraria a la Constitución.

Ahora, tampoco es de recibo afirmar que *el actor está en una especial situación que lo convierte en un sujeto de especial protección constitucional, lo que haría desproporcionado exigirle este requisito*, que es según, la jurisprudencia de unificación, el segundo supuesto para excepcionar la inmediatez. Resulta un despropósito porque siendo la Contraloría una de las entidades de raigambre constitucional más poderosas y con un equipo jurídico permanente de numerosos abogados con los cuales podría cumplir su función de defensa del patrimonio público sin alterar el requisito de la inmediatez de la acción de tutela.

El solo hecho de buscar la defensa del patrimonio público no es razón suficiente para establecer una excepción al principio de la inmediatez, y como el solo hecho que se pretenda defender el patrimonio público no es una excepción al principio de la inmediatez, estimo que esta acción de tutela debió ser rechazada por improcedente por falta de cumplimiento de la exigencia de inmediatez en el recurso al juez constitucional.

En síntesis las razones aducidas en la providencia no se ajustan, a mi juicio, a las de unificación de Sala Plena y la afirmación de que ver comprometido el patrimonio público hace inexigible el requisito de la inmediatez, es una nueva causal diferente a las señaladas en el fallo de unificación.

Por lo anterior reafirmo y concluyo en este punto que la Sentencia desconoce el principio general de inmediatez como requisito de procedibilidad.

2.- Desconocimiento de la improcedencia ordinaria de la tutela contra autos de trámite.-

2.1. La presente tutela fue interpuesta por la Contraloría General de la República contra un auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el marco de un proceso de acción popular, en el cual se denegó la medida cautelar que pretendía levantar el velo corporativo de las sociedades que constituyen el denominado “Grupo Nule”.

2.2. El fallo de unificación que determinó los criterios que esta Corporación, estableció en el caso de tutela contra providencias judiciales, la procedencia excepcional contra cualquier tipo de providencia, auto o sentencia, siempre y cuando vulneraren derechos fundamentales.

“La acción de tutela procede, en principio, contra autos que pongan fin al proceso y contra sentencias proferidas por el Consejo de Estado, cuando uno u otra vulneren derechos fundamentales de las partes involucradas en un proceso.

Se dice que en principio, toda vez que si el auto no pone fin al proceso, no acarrea una amenaza actual a un derecho fundamental para que se ampare por medio de la acción de tutela. En caso contrario, esto es, si la decisión judicial, cualquiera que fuere, transgrediera un derecho, naturalmente procederá la tutela⁶.

2.3. Estimo que en el caso *sub judice* la decisión de no decretar la medida cautelar solicitada por la Contraloría General de la República no vulneró ningún derecho fundamental, porque las partes procesales en las acciones populares, por el solo hecho de pedir una medida cautelar no adquieren ningún derecho a que el Juez la decrete.

2.4. En efecto la providencia se acogió a los lineamientos legales: El art. 25 de la ley 472 dispone

“**Artículo 25°.- Medidas Cautelares.** Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso **podrá el juez**, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o

⁶ Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-581 de 1995, T-1021 de 2001, T-296 de 2000 y T-418 de 2003 de la Corte Constitucional y las sentencias del Consejo de Estado del 22 de noviembre de 2012, Rad. No. 2012 00117 01. C.P.: María Elizabeth García González y del 14 de febrero de 2013, Rad. No. 11001 03 25 000 2012 00215 01, C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

Radicación núm.: 2012-02311-01
Actora: Contraloría General de la República
Acción de Tutela

para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular, podrá decretar las siguientes:
 (...)

Parágrafo 1º.- El decreto y práctica de las medidas previas no suspenderá el curso del proceso.

Parágrafo 2º.- Cuando se trate de una amenaza por razón de una omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo cual otorgará un término perentorio. Si el peligro es inminente podrá ordenar que el acto, la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, a costa del demandado.”

Entonces es al Juez popular dentro de su autonomía judicial y en virtud de las facultades establecidas en el artículo 25 de la Ley 472 de 1998 a quien le corresponde determinar cuándo es pertinente decretar una medida cautelar para prevenir un daño inminente a un derecho o interés colectivo.

Y, como lo señala la norma, si el juez decreta la medida, debe motivarla, pero si se abstiene de hacerlo no. Es una atribución o discrecionalidad judicial. Y, en este caso el Tribunal dispuso *“la carga de la prueba corresponderá al demandante, circunstancia por las cuales, este momento procesal, no es el oportuno para determinar la viabilidad jurídica y procedencia de este tipo de medida.”* (Pg 80 Sentencia que cita el auto de 20 de mayo de 2011 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca).

2.5. Por lo anterior no se ha violado ningún derecho fundamental.

3.- Violación de la autonomía del Juez.-

3.1. Pero resulta completamente extraño al Juez Constitucional de tutela ordenar al Juez Constitucional Popular la adopción de medidas cautelares en el proceso popular, porque, cada Juez es autónomo en la dirección del proceso y en especial en la valoración de la pertinencia de decretar o no una medida cautelar⁷. La decisión de ordenar, conceder o denegar una medida cautelar presupone un previo juicio de valor, que la ley le asigna exclusivamente al Juez, tanto en las acciones ordinarias en el CPACA (Art.

⁷ La decisión de ordenar, conceder o denegar una medida cautelar presupone un previo juicio de valor, que la ley le asigna exclusivamente al Juez, tanto en las acciones ordinarias en el CPACA (Art. 229 y ss), como en las constitucionales, de tutela del decreto ley 2591 de 1991 (art. 7º) y populares de la ley 472 de 1998 (arts.24 y ss)

229 y ss), como en las constitucionales, de tutela del decreto ley 2591 de 1991 (art. 7º) y populares de la ley 472 de 1998 (arts.24 y ss).

3.2. Conceder o denegar una medida cautelar, es un auto de tramite que no conlleva una violación de los derechos fundamentales. Repito que es el Juez quien está facultado por la ley para tomar las medidas pertinentes para asegurar la conservación del objeto del proceso y la ejecución de la posible sentencia y prevenir un daño inminente o hacer cesar el que se estuviere causando (Artículo 25 de la Ley 472 de 1998). Por este motivo estimo que la orden impartida en este fallo, en virtud de la cual se ordena al Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretar la medida cautelar solicitada por la Contraloría, es una invasión del Juez de tutela a las facultades y prerrogativas del Juez Popular, que desborda injustificadamente el ámbito de protección de los derechos fundamentales que le ha sido confiado por la Constitución y la ley. Máxime cuando en la solicitud de amparo presentada por el ente de control no se logra poner en evidencia la configuración de alguno de los defectos identificados por la jurisprudencia constitucional como causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales⁸, acogidos por la Sala Plena de esta Corporación como condiciones para la procedencia excepcional del recurso de amparo contra decisiones judiciales debidamente ejecutoriadas⁹.

3.3. La acción popular tampoco debió concederse por desconocimiento de la improcedencia ordinaria de la tutela contra autos de trámite.-

4.- Privilegio de la solicitud de la Contraloría.-

En el tema debatido, concurren diferentes acciones: tutela, populares, liquidaciones administrativas, penales, y de control fiscal, interpuestas o iniciadas por diferentes actores, y coinciden distintas autoridades: judiciales (Fiscalía), administrativas y de control (Superintendencia de Sociedades,

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005.

⁹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 05 de agosto del 2014, Rad. No. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Superintendencia Financiera), control fiscal (Contraloría General de la República), a quienes les corresponde tutelar diferentes bienes jurídicos. La decisión de ordenar levantar el velo corporativo, privilegiando la petición de la Contraloría, puede alterar la reserva sumarial, y puede afectar las investigaciones adelantadas por las otras autoridades e intereses diferentes de terceros.

En esos términos por el desconocimiento del requisito general de inmediatez como requisito de procedibilidad, el desconocimiento de la improcedencia ordinaria de la tutela contra actos de trámite, la incompetencia del juez de tutela para invadir la autonomía de un juez popular en la dirección del proceso y en la adopción de ciertas órdenes, que deje plasmadas, me permito dejar sentado mi respetuoso salvamento de voto.

GUILLERMO VARGAS AYALA
Fecha *ut supra*.