

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Evolución jurisprudencial / ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Procedencia excepcional de la acción de tutela cuando la providencia judicial vulnera derechos fundamentales

Resulta bien conocida la evolución jurisprudencial que ha tenido el tema de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. La Sección Primera de esta Corporación inveteradamente fue partidaria de tramitar esta acción en primera y segunda instancia, cuando en ella se controvertieran providencias judiciales por supuestas vías de hecho, al punto que, en diversas oportunidades, se llegó a conceder el amparo solicitado cuando se concluyera que la decisión estaba afectada con dicho vicio, verbigracia en sentencia de 23 de enero de 1997 (Rad.: AC - 4329, Consejero Ponente: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz) y con apoyo en la sentencia de la Corte Constitucional C – 543 de 1 de octubre de 1992, se admitió la posibilidad de estudiar la acción de tutela contra providencias judiciales siempre y cuando se estuviera en presencia del presupuesto antes señalado. Asimismo, en sentencia de 13 de diciembre de 1999 (Rad.: AC-9183, Consejero Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) se reiteró, que la acción de tutela contra providencias judiciales sólo era procedente ante la existencia de una vía de hecho, agregando que ello ocurriría cuando la misma obedecía al capricho o arbitrariedad de quien la profirió. Con ponencia del mismo Consejero se accedió a la tutela en la decisión de 13 de junio de 2002 (Rad.: AC-1124), lo anterior en razón a que la sentencia desconoció el alcance de lo dispuesto en la providencia C-470 de 25 de septiembre de 1997 (Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero). Dicha decisión también se fundamentó en la sentencia T-842 de 2001, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis, según la cual se configura vía de hecho por el no acatamiento de los fallos de constitucionalidad proferidos por la Corte Constitucional. Empero, tal posición fue rectificada por la Sala en sentencia de 9 de julio de 2004, proferida dentro de la acción de tutela radicada bajo el núm. 2004-00308 (Actora: Inés Velásquez de Velásquez, Consejero Ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), en la que se concluyó que en términos generales, la acción de tutela es improcedente contra sentencias judiciales que pongan fin a un proceso o actuación. Solo, excepcionalmente, en los casos en que una providencia judicial vulneraba el derecho constitucional de acceso a la Administración de Justicia, cuya condición de derecho fundamental de primer orden resulta indiscutible, la Sala había venido admitiendo la acción de tutela contra la misma, siempre y cuando la parte perjudicada con tal providencia no contara con otro mecanismo para obtener la protección del derecho o derechos conculcados. Recientemente, con ponencia del Dr. Marco Antonio Velilla, (Rad.: 2012-00117), se accedió al amparo del derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia, dejando sin efectos el auto que rechazó la demanda y el que lo confirmó, por la ocurrencia de un defecto material o sustantivo, cuando el juez solicita el cumplimiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, en un asunto exceptuado por la normas de tal trámite. Ahora bien, y con ocasión de la acción de tutela instaurada por la señora Nery Germania Álvarez Bello (Rad.: 2009-01328, Consejera Ponente: Dra. María Elizabeth García González), en un asunto que fue asumido por importancia jurídica por la Sala Plena, se concluyó que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Corporación había sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, también lo es que las distintas Secciones que la componen antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Rad.: AC-10203), abrieron paso, de manera excepcional, para que cuando se advirtiera la vulneración de derechos constitucionales fundamentales fuera procedente este instrumento de naturaleza constitucional. Por lo anterior, en aras de rectificar y unificar el criterio jurisprudencial, la Sala Plena de lo

Contencioso Administrativo consideró necesario admitir que debe acometerse el estudio de fondo de la acción de tutela cuando se esté en presencia de providencias judiciales sin importar la instancia y el órgano que las profiera que resulten violatorias de derechos fundamentales, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente y los que en el futuro determine la Ley y la propia doctrina judicial. Además, la Sala Plena de esta Corporación en sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014, Consejero Ponente doctor JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, expediente 2012-02201, estableció referente a la inmediatez un plazo de seis (6) 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.

NOTA DE RELATORIA: En lo atinente a la providencia de Sala Plena de esta Corporación que modificó el criterio jurisprudencial en el sentido de admitir la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial cuando aquella viole derechos fundamentales, consultar: sentencia del 31 de julio de 2012, expediente: 11001-03-15-000-2009-01328-01(AC), MP. María Elizabeth García González. En sentencia de Unificación Jurisprudencial, la Sala Plena de la Corporación, el pasado 5 de agosto de 2014, exp. 11001-03-15-000-2012-02201-01(IJ), M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, decidió sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra las decisiones judiciales proferidas por el Consejo de Estado como órgano de cierre.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Requisitos generales de procedencia y causales específicas de procedibilidad

Con el fin de hacer operante la nueva posición jurisprudencial, se estableció como requisitos generales de procedibilidad de esta acción constitucional, cuando se dirige contra decisiones judiciales, los siguientes: 1. Que el asunto objeto de debate sea de evidente relevancia constitucional. 2. Que se haya hecho uso de todos los mecanismos de defensa judicial -ordinarios y extraordinarios- de que disponga el afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio iusfundamental irremediable. 3. Que se cumpla el requisito de la inmediatez. Así, la tutela debe haber sido interpuesta en un término razonable y proporcionado desde el momento de ocurrencia de la vulneración del derecho fundamental. 4. Cuando se trate de una irregularidad procesal que tenga un efecto decisivo en la sentencia objeto de controversia y que afecte los derechos fundamentales de la parte actora. 5. Que quien solicita el amparo tutelar identifique debidamente los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados y que hubiere alegado tal vulneración dentro del proceso judicial, siempre que ello hubiere sido posible. 6. Que no se trate de sentencias de tutela, por cuanto los debates sobre derechos fundamentales no pueden prolongarse indefinidamente. Además de estas exigencias, la Corte en la mencionada sentencia C-590 de 2005, precisó que era imperioso acreditar la existencia de unos requisitos especiales de procedibilidad, el propio Tribunal Constitucional los ha considerado como las causales concretas que de verificarse su ocurrencia autorizan al juez de tutela a dejar sin efecto una providencia judicial (Sentencia de 3 de septiembre de 2009, Rad.: T-619, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio). Así pues, el juez debe comprobar la ocurrencia de al menos uno de los siguientes defectos: 1. Defecto orgánico, que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece, de manera absoluta, de competencia para ello. 2. Defecto procedimental absoluto, que tiene lugar cuando el juez actuó al margen del procedimiento establecido. 3. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. 4. Defecto material o sustantivo, que se origina cuando las decisiones

son proferidas con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión. 5. Error inducido, que se presenta cuando la autoridad judicial ha sido engañada por parte de terceros y ese engaño lo llevó a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales. 6. Decisión sin motivación, que tiene lugar cuando el funcionario judicial no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión, pues es en dicha motivación en donde reposa la legitimidad de sus providencias. 7. Desconocimiento del precedente, que se origina cuando el juez ordinario, por ejemplo, desconoce o limita el alcance dado por esta Corte a un derecho fundamental, apartándose del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. 8. Violación directa de la Constitución. Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

NOTA DE RELATORIA: En sesión del 23 de agosto de 2012, la Sección Primera acogió los parámetros establecidos en la C-590 de 2005, requisitos generales de procedencia y requisitos o causales especiales de procedibilidad, en el estudio de la acción de tutela contra providencia judicial.

PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA AUTOS INTERLOCUTORIOS - Autos cuestionados decidieron sobre la solicitud de levantamiento del velo corporativo de las sociedades que conforman el Grupo Empresarial Nule / APLICACION EXCEPCIONAL A LA EXIGENCIA DEL PRINCIPIO DE INMEDIATEZ - Características especiales y particulares del caso: grave afectación del patrimonio público / PATRIMONIO PUBLICO - Interés general

En este caso la actora no dispone de otro medio de defensa judicial diferente a la tutela para buscar garantizar su derecho fundamental al debido proceso, pues considera que el juez de conocimiento de la acción popular i) no motivó los autos que negaron la solicitud de levantamiento del velo corporativo contra las sociedades que conforman el Grupo Empresarial NULE y ii) faltó a la buena dirección y gestión del proceso de acción popular, objeto de la presente acción de tutela... las providencias antes mencionadas, no son autos de trámite sino interlocutorios los cuales decidieron sobre la solicitud de levantamiento del velo corporativo de las sociedades que conforman el Grupo Empresarial NULE; contra dichas providencias procede la acción de tutela... la Sala encuentra que, desde la notificación de los autos hasta la presentación de la acción de tutela, la actora dejó pasar un (1) año y seis (6) meses, es evidente que este lapso que dejó pasar la accionante para impetrar la acción de tutela en principio podría considerarse irrazonable, pero 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 darle una aplicación excepcional a la exigencia del principio de inmediatez... La accionante, en aras de proteger el patrimonio público por la grave afectación ocasionada por los demandados a diferentes entidades, y en busca de recuperar los recursos entregados y no ejecutados, ha empleado todos los mecanismos que le concede la ley, dentro de los cuales se encuentra la acción popular. Ahora bien, ante las irregularidades presentadas y, en especial, la falta de dirección del proceso que se adelanta en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, decidió presentar esta acción de tutela con el fin de garantizar sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad y, por ende, garantizar el cumplimiento de los fines

esenciales del Estado, como órgano de control y defensor de los recursos públicos. En este contexto, lo que pretende la actora es que se le garantice el debido proceso y los demás derechos invocados en aras del interés general que beneficia a toda la comunidad con la búsqueda del amparo del patrimonio público y para recuperar la confianza de los ciudadanos en la administración pública que se ha visto quebrantada ante el desequilibrio presupuestal generado por el Grupo Empresarial NULE. Así las cosas, y ante la gravedad de los hechos y la manifiesta y latente afectación de los intereses y principios constitucionales arriba mencionados, que profundizan la afectación de los derechos colectivos de la población e incrementan el riesgo patrimonial generado que se ha venido manteniendo en el tiempo, y en concreto, por la afectación a la administración pública ante los malos desempeños realizados por los señores Nule Velilla, Nule Mariño y su Grupo Empresarial. Es así, como la actora en ejercicio de la acción popular y con la solicitud del levantamiento del velo corporativo, pretende que el operador judicial propenda por la justicia material defendiendo la especial naturaleza de los derechos e intereses de la comunidad y del Estado que se encuentran en juego. En consecuencia, la Sala encuentra que a pesar del tiempo que la actora dejó transcurrir para presentar la acción de tutela y solo debido a las particulares y especiales circunstancias que rodean el asunto ampliamente mencionadas y en las cuales se ve gravemente afectado el interés general de la comunidad y del Estado y teniendo en cuenta que: 1. No se ha resuelto la situación alegada en la acción popular, por lo tanto permanecen las condiciones desfavorables para la actora, y por ende para la comunidad y el Estado; 2. Se requiere una protección inmediata y eficaz debido a la gravedad del problema y la prolongada afectación que este ha generado en las entidades del Estado; 3. Permanece la vulneración de los derechos colectivos; 4. La tutela es el único medio idóneo que posee la actora, con el fin de garantizar el derecho al debido proceso. 5. La actora en su calidad de órgano de control ha iniciado numerosas investigaciones en ejercicio de sus facultades constitucionales y ha solicitado igualmente a las distintas entidades involucradas en el tema que inicien las correspondientes investigaciones y tomen las medidas necesarias para proteger y defender el patrimonio público. Así las cosas, la Sala con fundamento en estas particulares y especiales circunstancias considera 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.

FUENTE FORMAL: LEY 1450 DE 2011 - ARTICULO 252

NOTA DE RELATORIA: la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, comprende tanto las sentencias como los autos que son proferidos por las autoridades judiciales. Sin embargo, en materia de decisiones adoptadas en autos, la Corte ha señalado que éstas, por regla general, deben ser discutidas por medio de los recursos ordinarios que el legislador ha dispuesto para el efecto. No obstante, la acción de tutela procederá contra los autos, solamente, cuando: i) se evidencie una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de las partes que no puede ser reprochada mediante otros medios de defensa judicial. Por tanto, la acción constitucional no será procedente cuando han vencido los términos para interponer los recursos ordinarios y la parte afectada no hizo uso de ellos, o cuando fueron utilizados, pero en forma indebida; ii) cuando a pesar de que existen otros medios, éstos no resultan idóneos para proteger los derechos afectados o amenazados; o iii) cuando la protección constitucional es urgente para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el particular, consultar: la sentencia de Sala Plena de la Corporación, del 5 de agosto de 2014, exp. 11001-03-15-000-2012-

02201-01(IJ), M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez y de la Corte Constitucional, sentencia T-599 de 2003, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

TEORIA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO - Concepto, naturaleza, características y finalidad

La figura del denominado velo corporativo, hace relación única y exclusivamente a la responsabilidad que les incumbe a los asociados de una persona jurídica, en donde es deber de ellos actuar con lealtad, honestidad, transparencia en sus relaciones con los terceros que contratan con la sociedad y por ende solo ellos responden hasta el monto de sus aportes. Ahora bien, cuando los asociados de manera fraudulenta pretenden perjudicar a los terceros en general, es posible perseguir los bienes individuales de los asociados. Dicho proceder le corresponde adelantarlo y demostrarlo a los interesados y debe llevarse a cabo ante la justicia ordinaria, buscando así salvaguardar los intereses de las personas que puedan resultar perjudicadas. Vemos como aquí, en el evento de actuaciones dolosas o culposas de los asociados en detrimento de terceros, vamos más allá de la responsabilidad limitada solo al ente societario y entramos a la responsabilidad que le cabe a cada persona individualmente considerada, y ello es lo que constituye el levantamiento del velo corporativo, el cual es perfectamente aplicable, se reitera, en cualquier tipo societario e independientemente de que las sociedades se encuentren tramitando los procesos citados... Estas herramientas legales se conocen en la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo o disregard of the legal entity o piercing the corporate veil cuya finalidad es desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados al monto de sus aportaciones, en circunstancias excepcionales ligadas a la utilización defraudatoria del beneficio de la separación.

FUENTE FORMAL: LEY 190 DE 1995 - ARTICULO 44 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 37 / LEY 1116 DE 2006 - ARTICULO 49 NUMERAL 8 / LEY 1116 DE 2006 - ARTICULO 61 / LEY 1116 DE 2006 - ARTICULO 82 / LEY 1116 DE 2006 - ARTICULO 83 / LEY 222 DE 1995 - ARTICULO 31 / LEY 222 DE 1995 - 71 LEY 222 DE 1995

NOTA DE RELATORIA: Sobre el levantamiento del velo corporativo, consultar sentencia C-865 de 2004, de la Corte Constitucional, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

DETRIMENTO PATRIMONIAL DEL ESTADO / ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES - Providencias cuestionadas incurrieron en defecto fáctico por déficit de valoración probatoria y por omisión en el decreto de pruebas de oficio en el trámite de acción popular / AMPARO DE LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO Y DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Se ordena al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que proceda al levantamiento del velo corporativo de las sociedades que conforman el Grupo Empresarial Nule

La Sala encuentra que si bien es cierto el juez de conocimiento de la acción popular sí realizó un estudio en relación con la solicitud de levantamiento del velo corporativo del Grupo Empresarial Nule, también lo es que su fundamentación no tuvo en cuenta la totalidad de las pruebas aportadas las cuales le permitirían vislumbrar no solo el riesgo al patrimonio público, sino la razonabilidad en la procedencia de la medida. En efecto, el juez popular no tuvo en cuenta la copia de la Resolución 126-007070 y su modificatoria proferidas por la Superintendencia de Sociedades, mediante las cuales se declaró la situación de control conjunto y de

grupo empresarial de los señores MANUEL NULE VELILLA, MIGUEL EDUARDO NULE VELILLA Y GUIDO ALBERTO NULE MARIÑO, y de las cuales se desprende claramente las sociedades que conforman dicho grupo – identificación plena de las mismas-. Adicionalmente, omitió el análisis de los documentos de los cuales se observa la grave situación de los hechos y, concretamente, del detrimento patrimonial ocasionado por los señores Nule Velilla, Nule Mariño y el Grupo Empresarial Nule a las diferentes entidades del Estado; hecho que por lo demás y a la luz de la normas procesales correspondientes puede llegar a constituirse en notorio, razón por la cual y al tener esa connotación no requiere demostración alguna. Desconociendo lo anterior y en claro quebranto de los derechos fundamentales de la actora, decidió la medida previa solicitada declarándola improcedente, con argumentos tales como: i) no era el momento procesal; ii) continúa siendo la misma realidad probatoria y que la carga de la prueba correspondía al demandante... Es evidente que la inactividad del juez constitucional en este caso incrementa de alguna manera el riesgo al detrimento patrimonial del Estado, pues, ocasiona una dilación del proceso constitucional sin justificación alguna, el cual pretende la recuperación del patrimonio público, por cuanto no fue administrado cumpliendo los principios de eficiencia y transparencia, ni de acuerdo con su objeto ni en busca de la finalidad social del Estado, generando dicha omisión una abierta violación al derecho de acceso a la administración de justicia y al debido proceso... Así pues, en el caso de autos y teniendo en cuenta las características únicas de la controversia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca debió adoptar las medidas conducentes, pertinentes y eficaces para la protección de los derechos e intereses colectivos en juego. En estos términos, para la Sala es claro que en el sub lite se configura un defecto fáctico por déficit de valoración probatoria y por omisión en el decreto de pruebas de oficio si las consideraba necesaria por parte del juez constitucional, hecho que es de fundamental importancia para la acción popular que busca salvaguardar el derecho colectivo al patrimonio público, el cual ostenta una doble finalidad como lo ha sostenido esta Corporación... la Sala tutelar los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia de la Contraloría General de la República, y en ese sentido: i) Dejara sin efecto los apartes correspondientes de los autos de fechas de 13 de diciembre de 2010, 9 de marzo de 2011, y 20 de mayo de 2011 referentes a la solicitud del levantamiento del velo corporativo, ii) SE ORDENARA AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, que proceda a levantar el velo corporativo de las Sociedades que conforman el Grupo Empresarial NULE, de acuerdo con lo solicitado por la actora y conforme a lo señalado en esta providencia; iii) Comunicar esta decisión a la Superintendencia de Sociedades, a la Fiscalía General de la Nación y la Superintendencia Financiera de Colombia, entidades que actualmente adelantan procesos contra el Grupo Empresarial Nule.

ACCION POPULAR - Poderes del juez constitucional

La Sala estima imperioso destacar la importancia de los poderes del juez constitucional. En efecto, de acuerdo con la Ley reguladora de la acción popular, la misma se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior si ello fuere posible- (artículo 2 ley 472 de 1998 / artículo 144 ley 1437 de 2011)-, cuando quiera que por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, sean violados o amenazados – (artículo 9 ley 472 de 1998) -. Casos en los que corresponde al juez popular adoptar las órdenes de hacer o de no hacer, definiendo de manera precisa la conducta a cumplir, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño y, en fin, exigir la realización de las conductas necesarias para volver las cosas al

estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible -(artículo 34 ley 472 de 1998), de manera tal que se garantice la eficacia de los derechos vulnerados, como lo exige el artículo 88 constitucional. Ciertamente, el juez está facultado para adoptar las medidas que, conforme a la situación fáctica probada, sean conducentes y pertinentes para obtener la protección de dichos derechos. Resulta importante mencionar que la supremacía de las normas constitucionales exige, antes que la evocación de un enunciado formal de prevalencia de los derechos colectivos, su plena eficacia material. Y a ese objetivo debe orientarse imperiosamente la actividad de las autoridades, incluyendo la tarea del juez de la acción popular, pues un entendimiento distinto conduciría al desconocimiento de uno de los fines esenciales del Estado social, para el efecto la participación en la protección de los derechos colectivos con la eficacia que su trascendencia exige. Desde antaño se conoce que un derecho se garantiza si está dotado de mecanismos de protección eficaces, de manera que no es dable sostener que la Carta Política garantiza los derechos colectivos si las autoridades encargadas de su protección no cumplen los deberes que les son exigibles y si el juez no corrige eficazmente las irregularidades que lesionan principios rectores de la actividad administrativa, conjurando oportunamente hechos u omisiones capaces de generar daños colectivos, con el fin de superarlos, restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible. Quiere decir, entonces que, en atención a la naturaleza de la acción, su origen constitucional, la clase de derechos e intereses que protege y los efectos de las medidas que puede adoptar, el juez de la acción popular no limita su decisión a los hechos, pretensiones y excepciones alegadas y probadas por las partes, como se infiere de los poderes que le otorgó la Ley 472 de 1998, sino que su deber tiene que ver con la adopción de las medidas que sean necesarias en pro del interés colectivo como lo demandan los mandatos superiores bajo análisis.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-15-000-2012-02311-01(AC)

Actor: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION PRIMERA, SUBSECCION B, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES Y FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Se decide la impugnación presentada por **LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, contra la sentencia del 12 de agosto de 2013, proferida por la Sección Quinta de esta Corporación, mediante la cual decidió lo siguiente:

“PRIMERO.- NEGAR la solicitud de tutela respecto de la sustanciación del proceso de Acción Popular N° 2010-00714-01, a cargo de la Subsección B, Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO.- NEGAR la solicitud de tutela respecto del Ministerio de Relaciones Exteriores (Cancillería) de Colombia; de la Superintendencia de Sociedades; de la Superintendencia Financiera de Colombia, y de la Fiscalía General de la Nación.

TERCERO.- EXHORTAR al magistrado ponente de la Acción Popular 2010-00714-01 y a la Sala de la cual hace parte en la Subsección B, Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a fin que se le dé el mayor impulso posible a este proceso.

CUARTO.- INSTAR al Ministerio de Relaciones Exteriores, a la Superintendencia de Sociedades, a la Superintendencia Financiera de Colombia y a la Fiscalía General de la Nación para que se le dé el mayor impulso posible a los procesos e investigaciones en las que la Contraloría General de la República es parte y que tengan que ver con el denominado Grupo Nule”.

I. LA SOLICITUD DE LA TUTELA

I.1. La doctora **SANDRA MORELLI RICO**, en calidad de Contralora General de la República –CGR- presentó acción de tutela como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable. Pretende que se amparen los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a la igualdad, que considera vulnerados por **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN B, EL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES Y LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, por lo cual solicita:

“PRIMERA PETICIÓN PRINCIPAL: DECLARAR dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, vulnerados los derechos fundamentales de Acceso a la Administración de Justicia por la conexidad que se establece con el principio de colaboración armónica de los poderes públicos o los organismos del Estado; el derecho fundamental a la garantía del debido proceso expresado en la imposibilidad de defensa en los procesos en los cuales la CGR como parte procesal ha solicitado pronunciamiento judicial, y no le ha sido concedido de manera inmotivada configurándose vía de hecho y el derecho fundamental de igualdad ante la ley y las autoridades consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, todos invocados por la accionante CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA y vulnerados por las entidades que obran en el proceso como accionadas.

SEGUNDA PETICIÓN PRINCIPAL: Como consecuencia de lo anterior, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, DECLARE procedente el amparo constitucional propio de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, fundamentado

en los antecedentes, hechos, fundamentos de derecho y pruebas que obraron en el proceso.

PRIMERA PETICIÓN CONSECUCIONAL COMÚN A LAS PETICIONES PRINCIPALES: Dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo y de conformidad con el artículo 44 de la Ley 190 de 1995, **ORDENAR** el levantamiento del velo corporativo que recae sobre las siguientes sociedades:

1	MNV S. A. en liquidación
2	Gas Kpital Gr S.A. en liquidación
3	Kpital Energy S.A.
4	Translogistic S. A.
5	Compañía Energética del Tolima S. A. ESP
6	Enertolima Inversiones S. A. ESP
7	Empresa de Energía de Pereira S.A. ESP
8	Bitácora Soluciones Compañía Ltda en Liquidación
9	Concesión Autopista Bogotá – Girardot S. A.
10	Ponce de León y Asociados S. A.
11	Aguas Kpital Bogotá S. A. ESP
12	Aguas Kpital Macondo S. A. ESP
13	Aguas Alto Magdalena S. A. ESP
14	Aguas Kpital Cúcuta S. A. ESP
15	Aguas de Los Patios S. A. ESP

PRIMERA PETICIÓN SUBSIDIARIA A LA CONSECUCIONAL: Dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo y de conformidad con el artículo 44 de la Ley 190 de 1995, **ORDENAR** al Juez Colegiado de conocimiento donde se adelanta el proceso de Acción Popular con radicado 25000232400020100071401, levantar el velo corporativo que cobija a las empresas referidas en el numeral inmediatamente anterior, de conformidad con el artículo 252 de la Ley 1450 de 2011.

SEGUNDA PETICIÓN SUBSIDIARIA A LA CONSECUCIONAL: Dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo **ORDENAR** a la Superintendencia de Sociedades -Delegatura de Procedimientos Mercantiles- el levantamiento del velo corporativo de las sociedades referidas en esta acción que conforman el Grupo Empresarial NULE, de conformidad con el artículo 252 de la Ley 1450 de 2011.

TERCERA PETICIÓN SUBSIDIARIA A LA CONSECUCIONAL: Dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, **ORDENAR** a la Fiscalía General de la República (sic), el levantamiento del velo corporativo de las siguientes (sic) sociedades referidas en esta acción que conforman el Grupo Empresarial NULE, de conformidad con el artículo 252 de la Ley 1450 de 2011.

CUARTA PETICIÓN SUBSIDIARIA A LA CONSECUCIONAL: Dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, **ORDENAR** a la Cancillería del Ministerio de Relaciones Exteriores para que de inmediato disponga la búsqueda de bienes y trámites inmediatos para el embargo de bienes en el exterior de los socios de estas empresas con destino a las medidas cautelares de la CGR y de ser necesario, la suscripción de los acuerdos que

sean necesarios para hacer posible las labores de cooperación internacional que permitan cumplir con las órdenes judiciales que se libren.

PETICIÓN CONSECUCIONAL A LAS PRINCIPALES Y SUBSIDIARIAS:
Condénese a los demandados a pagar las costas y gastos que el presente accionar conlleve". (fls. 38 a 39 c. ppal.).

I.2. ANTECEDENTES

I.2.1. Los señores MANUEL FRANCISCO NULE VELILLA, MIGUEL EDUARDO NULE VELILLA Y GUIDO ALBERTO NULE MARIÑO, **fueron declarados por la Superintendencia de Sociedades mediante Resolución 126-007070 del 9 de julio de 2010, controlantes conjuntos de las sociedades integrantes del Grupo Empresarial NULE.** Dichas sociedades fueron usadas para la comisión de conductas penalmente sancionadas, aprovechándose de las limitaciones de la responsabilidad que ofrecen las sociedades de capital y la separación patrimonial que permite el ordenamiento jurídico, entre la persona jurídica y las personas naturales que cuentan con una participación social o accionaria o de cuota parte, dentro de ellas.

I.2.2. La Superintendencia de Sociedades, ordenó la liquidación obligatoria de las sociedades controladas, pues, considera que son sociedades incapaces de responder con obligación alguna, entre ellas el restablecimiento o indemnización de los afectados por sus acciones. (fl.2)

I.2.3. La actora ha decretado las medidas cautelares como una forma de proteger los recursos del Estado, dentro de los procesos de responsabilidad fiscal pero solo ha podido ejercer dicha potestad sobre las sociedades ya referidas, que se encuentran en liquidación, **sin que sea posible acceder a los bienes de los socios por la figura del velo corporativo.** Es de anotar que son muy pocos los bienes sobre los cuales se pudo hacer efectiva la medida cautelar, dado que cuando se dio inicio a los procesos de responsabilidad fiscal los escasos bienes identificados ya se encontraban afectados al proceso liquidatorio o se encontraban embargados por otros acreedores. (fl.4)

I.3. La vulneración de los derechos son inferidos por la actora en síntesis de los siguientes hechos:

I.3.1. La actora en ejercicio de sus competencias constitucionales instauró varias acciones judiciales dentro de las cuales se encuentra la acción popular con radicado 25000-23-24000-2010-00714-01 presentada ante el Tribunal Contencioso Administrativo de

Cundinamarca, argumentando que en dicho proceso se presentan algunas irregularidades, como:

- ✓ Mediante auto de 9 de marzo de 2011, el Tribunal aclaró algunos aspectos referente a las medidas cautelares solicitadas, y no resolvió sobre la petición de levantamiento del velo corporativo. (fls. 100 a 121 pruebas)
- ✓ Mediante auto de 20 de mayo de 2011, se declaró improcedente la petición de levantar el “velo corporativo” de algunas sociedades comerciales que conforman el Grupo Empresarial NULE, pero dicho auto carece de motivación, solamente estimó: *“en este momento procesal no es el oportuno para determinar la viabilidad jurídica y procedencia de este tipo de medida”*.
- ✓ Señala que el señor Magistrado no ha ejercido su facultad oficiosa, pues el proceso de Acción Popular tiene una naturaleza diferente al juicio civil el cual sí está restringido a lo que la parte que alega pruebe.
- ✓ En el proceso se ordenó vincular como demandados a entidades que en realidad son víctimas, como la Concesión Autopista Bogotá - Girardot S.A., Ministerio de Transporte, INVIAS INCO, ICBF, Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, DIAN y la EAAB. (fls 10 a 11)

I.4. Igualmente, la acción de tutela se dirige contra diferentes entidades del Estado, las cuales se relacionan a continuación:

I.4.1. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

- ✓ A pesar que mediante el auto de 11 de marzo de 2011 se ordenó oficiarle para establecer la existencia de bienes y de propiedades de los demandados en algunos países, la Cancillería no ha prestado colaboración, al punto que no ha dado respuesta satisfactoria a la orden judicial.
- ✓ La Contraloría General de la República –CGR- ha buscado la cooperación del Gobierno de los Estados Unidos para recuperar bienes

identificados y la ubicación de otros adquiridos por las sociedades del Grupo NULE en ese territorio, pero la Cancillería Colombiana no ha aplicado los mecanismos diplomáticos y consulares, ni ha invocado los tratados y convenios de cooperación interestatal, para lograr el embargo de los bienes de las sociedades del Grupo NULE que persigue la CGR a través de los procesos de responsabilidad fiscal.

I.4.2. LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES -SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LOS PROCEDIMIENTOS MERCANTILES

La Contraloría General de la República –CGR- presentó ante esa Superintendencia “Acción de responsabilidad subsidiaria propia de los artículos 5 y 61 de la Ley 1116 de 2006”, para que se declare la responsabilidad de los integrantes del Grupo Empresarial NULE respecto de las acreencias contingentes a favor de la CGR, con el fin de determinar la viabilidad y eficacia de los procesos de responsabilidad fiscal, es así como:

✓ La Superintendente Delegada para los Procedimientos Administrativos, en auto 480003212 de 25 de febrero de 2011 se abstuvo de resolver sobre las medidas cautelares pedidas, tachándolas de genéricas; y en auto 480005202 de 4 de abril de 2011 le fijó a la solicitante caución de \$1.500'000.000 que debía prestar en el término de 10 días.

✓ La –CGR- También instauró “Acción de Revocatoria o Simulación”, con el propósito de recuperar cerca de \$130.000'000.000 por la venta simulada de acciones de una sociedad vinculada al Grupo NULE. En este trámite igualmente se presentaron situaciones que impidieron la efectividad de las funciones y competencias de la Contraloría, al ordenársele constituir como caución la suma de \$65.000'000.000, innecesaria y que no podía cubrir.

I.4.3. LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Señala que por parte de esta entidad no se han iniciado las investigaciones a pesar que se ha determinado con claridad a través de qué entidades financieras realizaban sus movimientos.

En general ha existido por parte SFC, dilación y falta de gestión en las actuaciones que le corresponde de acuerdo a sus funciones.

I.4.4. LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

A pesar de tener pleno conocimiento de la responsabilidad penal de las personas que controlan a las sociedades comerciales involucradas, y la certeza de las actividades irregulares de los administradores y accionistas de éstas, no ha desplegado actividad necesaria para acceder a la información de los miembros del Grupo NULE.

Además, en las actuaciones de indagación, investigación y trámite de extinción de dominio que adelanta la Fiscalía no ha tenido en cuenta algunos informes de la Contraloría General de la República que se allegaron.

La entidad se ha concentrado en el denominado “Carrusel Distrital”, sin agrupar bajo una misma cuerda investigativa todas las actuaciones que se adelantan por contratos realizados en otras ciudades del país.

II. ACTUACIONES DE LAS PERSONAS VINCULADAS AL PROCESO

Notificadas del auto admisorio de la demanda, las personas en contra de quienes se dirigió el libelo inicial de la demanda, se pronunciaron así:

II.1. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

“El doctor FREDY IBARRA MARTÍNEZ, en su condición de sustanciador del proceso de Acción Popular 25000-23-24-000-2010-00714-01 y quien profirió las decisiones por auto de ponente, motivo de reproche, dio respuesta a la tutela.

Explicó cada una de las actuaciones procesales que se han dado dentro del proceso de Acción Popular y, manifestó que las decisiones están motivadas fáctica, jurídica y probatoriamente, incluida la que negó el levantamiento del velo corporativo de algunas sociedades que hacen parte del denominado Grupo Nule, medida que se declaró improcedente por no existir material probatorio para determinar la viabilidad jurídica y procedente de la misma.

Además advirtió que dicha petición ya había sido resuelta en autos de 13 de diciembre de

2010 y 9 de marzo de 2011 y que a esa fecha no se habían aportado nuevos elementos de pruebas adicionales o nuevos, ni elementos válidos con los que se pudiera determinar la posibilidad de decretar la medida cautelar solicitada, además “ante la no existencia, en ese momento procesal de criterios objetivos que permitieran concluir que la medida cautelar solicitada era necesaria y proporcional, resultaba improcedente dicha petición, la cual no ha cambiado a la fecha por cuanto la realidad y piezas procesales sigue(sic) siendo las mismas”¹.

Por otra parte, señaló que la dilación que se ha presentado en el trámite del proceso de acción popular ha tenido como causa, única y exclusivamente, la sistemática y reiterada conducta de la parte actora y de otros intervinientes con la presentación de repetidas solicitudes que han debido ser declaradas improcedentes o denegadas.

Por consiguiente, ante la ausencia total de mérito de la acusación y solicitud formulada por la parte actora en el proceso de tutela de la referencia, respetuosamente solicitó denegar las pretensiones de la demanda.

II.2. EL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

La Entidad se opuso a cada una de las pretensiones toda vez que existe una falta de legitimidad por pasiva del Ministerio.

Señala que de conformidad con el Decreto 3355 de 2009 del Estatuto Orgánico del Ministerio y el numeral 2º del artículo 189 de la Constitución Política, el Ministerio no tiene dentro de sus funciones facultades para “disponer la búsqueda de bienes” ni para tramitar “el embargo de bienes en el exterior” ni de las empresas del grupo NULE, ni de ninguna persona natural o jurídica alguna, pues esas acciones son de resorte exclusivo de las autoridades judiciales o excepcionalmente, de entidades administrativas que por disposición expresa de la ley tengan facultades judiciales en casos especiales.

En relación a las cartas rogatorias emanadas del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la Acción Popular promovida por la Contraloría General de la República –CGR-, han sido tramitadas de manera ágil y oportuna y por los conductos formales. Para demostrar eso hace una relación de las distintas actuaciones efectuadas por al entidad. (Ver fl.548)

¹ Folios 87 a 88

Finalmente, indicó que ni la Contraloría, ni ninguna autoridad pueden ordenar al Ministerio la celebración de algún tipo de Acuerdo con gobiernos extranjeros, porque esa es una potestad exclusiva del ejecutivo. (fls. 543 a 549 c. 2).

II.3. LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

La Superintendente de Sociedades (E) manifestó que la tutela no está llamada a prosperar porque desconoce los medios procesales ordinarios de defensa; las normas de desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades, ya que es un mecanismo que procede únicamente a solicitud de parte y previo el cumplimiento de proceso jurisdiccional; constituye negación al derecho fundamental del debido proceso, aplica en forma incorrecta el principio de colaboración armónica entre las entidades y hace una lectura incompleta del derecho fundamental a la igualdad.

La CGR ha instaurado 3 acciones de índole jurisdiccional contempladas en la Ley 1116 de 2006, las cuales se han tramitado por los procedimientos legales y en las que se han resuelto las peticiones formuladas por la actora.

Dado que las acciones interpuestas por la –CGR- ante la Superintendencia de Sociedades no actúa por su calidad de ente de control, sino como un acreedor más del denominado Grupo empresarial Nule, dicha entidad se encuentra sometida a las normas procesales y sustanciales, que rigen la materia de tal manera que no puede solicitar un trato preferente por ser la CGR y aparecer en defensa del patrimonio público, pues debe atender las reglas del Código de Procedimiento Civil, sin que le sea permitido al juez hacer excepciones a las mismas.

Indica que de ser procedente la presente acción el juez de constitucionalidad terminaría validando aspectos contractuales específicos, tales como la retractación o simulación de efectos jurídicos, la nulidad de negocios y la responsabilidad patrimonial de matrices, en un proceso en el cual el accionante ni siquiera ha ejercido los medios ordinarios de defensa y muchas veces ha desistido de los mismos o incluso no ha solicitado la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades deudoras.

La acción de tutela no puede subsanar la negligencia o descuido de la –CGR- en momento de ejercer su derecho de defensa y contradicción en los diferentes procesos que ha iniciado ante la Superintendencia, pues frente a las mismas, la –CGR- contó con todos los recursos propios de un proceso verbal instituidos por el Código de

Procedimiento Civil, y ésta ha optado en algunos casos por interponerlos, no hacerlo o desistir de los mismos.

Finalmente, señala que además no se configura un perjuicio irremediable que permita a la tutela ser el mecanismo adecuado para la protección de los derechos supuestamente vulnerados a la Contraloría. (fls.345 a 377)

II.4 LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

El Subdirector de Representación Judicial señala que corresponde a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) y no a la SFC, la vigilancia financiera sobre las empresas que integraban el Grupo Nule, con el fin de determinar las fuentes y usos de los recursos que pasan por el sistema financiero colombiano.

La SFC no puede ir más allá de las funciones que le han sido asignadas, por lo que las obligaciones especiales indicadas en el artículo 11.2.1.4.18 del Decreto 2555 de 2010 “Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones”, se cumplieron cuando en Resolución 2305 de 22 de noviembre de 2011 la Superfinanciera ordenó a la empresa Proyectar Valores S.A. la suspensión inmediata de las prácticas ilegales, no autorizadas o inseguras, y le impuso la sanción a que hubo lugar.

En conclusión, la SFC ha cumplido con sus obligaciones constitucionales y legales, tanto en forma oficiosa como por requerimiento de otras autoridades, a las cuales les ha informado los resultados de las investigaciones efectuadas. (fls. 380 a 383)

II.5. LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La Jefe de la Oficina Jurídica señaló que la tutela es improcedente pues invade el ámbito de competencia propio y autónomo de la Fiscalía y de otras entidades, al pretender que se le obligue a adoptar determinadas decisiones que corresponden a la esfera de su autonomía, y porque desconoce el carácter subsidiario de esta acción constitucional. Que la CGR tiene o tuvo a su alcance recursos y mecanismos ordinarios para la garantía de los derechos fundamentales que alega.

Que la acción de tutela debe presentarse por la persona afectada en sus derechos fundamentales, y en este caso las peticiones de la CGR no se refieren a la afectación de

estos derechos sino que pretenden la protección de derechos colectivos.

Que a la entidad actora no se le han afectado los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, pues en las actuaciones que acusa no se incurrió en los defectos que la jurisprudencia constitucional ha señalado para que proceda la tutela contra providencias judiciales.

Agrega que la solicitud de levantamiento del velo por parte de la Contraloría a través de la acción de tutela, desconoce abiertamente las garantías procesales de los investigados, así como la autonomía orgánica y funcional de la que goza la Fiscalía. Además, acudir a la acción de tutela en el presente caso, no es procedente ya que la Contraloría ha reconocido que sobre él se ha dado respuesta, cosa distinta es que ésta sea negativa y que efectivamente no se haya materializado debido a que la propia entidad no ha cumplido con las respectivas exigencias, en este caso, no aportar las pruebas. (fls. 427 a 459).

II.6. De ENINSA², de ENERTOLIMA³ y de la Empresa de Energía de Pereira S.A. E.S.P.

Los representantes legales, en escritos separados pero idénticos, pusieron de presente que estas sociedades no hacen parte del llamado Grupo Nule, ni tienen situación de control por parte de dicho grupo, por lo que solicitan que respecto de las mismas se nieguen las pretensiones de la tutela. (fls. 98 a 105)

II.7.LA SOCIEDAD AGUAS KPITAL CÚCUTA

El Representante Legal aduce que la Acción Popular a la que alude la demanda de tutela no ha podido adelantarse con mayor celeridad debido al gran número de personas jurídicas que debieron ser notificadas (fls. 134 y 135).

II.8. DE LAS SOCIEDADES PONCE DE LEÓN S.A. “EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL” Y BITÁCORA SOLUCIONES LTDA.”EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL”.

El Liquidador Judicial de estas dos sociedades alega que no está legitimado por activa para incoar acciones que tengan como objeto remover el velo corporativo.

² ENINSA, Inversiones Sociedad por Acciones Empresa de Servicios Públicos.

³ ENERTOLIMA, Compañía Energética del Tolima S.A. ESP.

Que para recuperar un activo a favor de “Ponce de León S.A.” por la participación accionaria que tiene en la empresa Tecnicosulta S.A., la vía procesal indicada es la acción revocatoria ante la Superintendencia de Sociedades y no el levantamiento del velo corporativo. Que como Liquidador instauró ésta el 8 de agosto de 2012 respecto de la sociedad mencionada y también frente a SERFINANSA y a MESA DE INVERSIONES S.A., con el fin de recuperar otros activos (fls. 137 y 138).

II.9. DE LA SOCIEDAD CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ - GIRARDOT

La Representante Legal de la sociedad consideró que a la Concesión no le caben las imputaciones que le eleva la tutela, pues, la Superintendencia de Sociedades en la Resolución 300-015418 del 13 de octubre de 2011 revocó parcialmente la Resolución 126-007070 del 9 de junio de 2010 en cuanto en ésta había afirmado que los señores Manuel Francisco Nule Velilla, Miguel Eduardo Nule Velilla y Guido Alberto Nule Mariño eran *“controlantes conjuntos indirectos de la sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot”*, entonces al no tener esta condición el levantamiento del velo corporativo de esta sociedad resulta impertinente e innecesaria.

Indica que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para obtener el fin perseguido, como es que se reconozca unas pretensiones que fueron negadas por el juez de conocimiento. (fls. 459 a 476 c. 2).

III. EL FALLO IMPUGNADO

Mediante providencia de 12 de agosto de 2013 (fls.485 a 504), la Sección Quinta de esta Corporación, negó la acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el Ministerio de Relaciones Exteriores, La Superintendencia de Sociedades, la Superintendencia Financiera de Colombia y la Fiscalía General de la Nación, apoyándose en los siguientes argumentos:

*“La Sala constata que esta decisión judicial obra a 397 a 410 de la carpeta tres de pruebas y contiene pronunciamiento sobre los siguientes aspectos: **i) Solicitudes de la actora de medidas cautelares (incluido el levantamiento del velo corporativo de las sociedades del grupo Nule)** y razón de ser de ordenar vincular a otros posibles responsables; **ii) Solicitudes de la Superintendencia de Sociedades de tenerla como coadyuvante de la demanda y como beneficiaria de las medidas cautelares decretadas en el proceso, y, iii) Reiteración oficiosa de la orden de medidas cautelares.**”*

(...)

En ese mismo auto del 20 de mayo de 2011 se puso de presente que como lo único nuevo de la solicitud de la entidad actora es que se adicionó a Bahreim como país frente al cual solicita se oficie para los mismos fines, tal solicitud sí era procedente y en consecuencia ordenó emitir el oficio en tal sentido.

(...)

“(...) no ha cambiado la realidad y el material probatorio hasta ahora aportado por la parte demandante, pues, una y otro siguen siendo exactamente los mismos de los valorados al momento de proferir los autos de 13 de diciembre de 2010 y 9 de marzo de 2011, pese a la prescripción expresa y nítida del artículo 30 de la Ley 472 de 1998, según el cual: “la carga de la prueba corresponderá al demandante”, circunstancias por las cuales, este momento procesal no es la oportunidad para determinar la viabilidad jurídica y procedencia de este tipo de medida”.

Entonces la providencia cuestionada sí contiene motivación y fundada en ella resuelve la petición de la Entidad actora sobre medidas cautelares”. (Subrayas fuera del texto)

En cuanto a la mora en el trámite

Respecto de este reproche la Sala se remite a la respuesta sustentada en copias del expediente (424 folios en total), que acreditan que el proceso de Acción Popular 2010-00714-01, ha tenido una serie de actuaciones.

Este recuento cronológico pone de presente que si bien ha transcurrido tiempo considerable desde la presentación de la demanda y las últimas actuaciones referidas, sin que se llevara a cabo la audiencia de pacto de cumplimiento, no está probado que se deba a negligencia de impulso procesal por parte del magistrado ponente.

(...)

El cese de actividades que promovieron los empleados de un gran sector de la Rama Judicial durante un período considerable, incidió en el avance de las actuaciones judiciales y produjo represamiento.

En relación con las imputaciones que la tutela eleva contra las otras entidades públicas

Con los documentos que anexaron a las respuestas a esta tutela, tales entidades muestran que han dado curso a las peticiones y a los recursos de la Contraloría General de la República y a los requerimientos emanados del proceso de Acción Popular 2010-00714. (fls. 485 a 504)

IV. LA IMPUGNACIÓN DEL FALLO

Mediante comunicación de 25 de septiembre de 2013 la doctora Sandra Morelli Rico, presentó impugnación al fallo de tutela, argumentando lo siguiente:

✓ La solicitud de levantamiento del velo corporativo en la acción popular con radicado 2010-00714, cuenta con notable sustento fáctico y jurídico merecedor de resolución por parte de la autoridad de conocimiento, resolución que debe contener una motivación acorde con los argumentos expuestos en el libelo de la demanda y de acuerdo al material probatorio aportado.

✓ El Auto de 13 de diciembre de 2010, resuelve:

“1. avocar conocimiento de la acción popular interpuesta, 2.admitir la demanda interpuesta, 3. Ordenar la notificación personal, 4. Vincular a nuevas personas para integrar el extremo pasivo de la controversia, 5. Enunciar el término procesal para contestar la demanda, 6. Notificar a la Defensoría del Pueblo, 7. Publicar en un diario de amplia circulación el contenido de la acción admitida, 8. Notificar al agente del Ministerio Público la demanda, 9. Comunicar a la Procuraduría General de la Nación la decisión adoptada, 10. Denegar las medidas preventivas solicitadas con la demanda, 11. Reconocer personería jurídica, y 12. Ordenó una vez ejecutoriada la providencia regresar el expediente al Despacho”.

Indica que como se observa en la providencia, no existe aparte alguno que permita concluir que se resolvió la solicitud de levantamiento del velo corporativo, pues, la única solicitud denegada en la parte considerativa y resolutive, tiene que ver con las medidas cautelares, pretensión que jurídicamente no es asimilable a la solicitud antes mencionada, teniendo en cuenta que lo que este último busca dentro de la acción popular es la integración del pasivo en la relación jurídico procesal. (Pág. 544)

✓ El Auto de 9 de marzo de 2011, determinó:

“Que visto el informe secretarial que antecede, procede el Despacho a resolver los siguientes aspectos 1) solicitud de vinculación al proceso de otras personas y organismos... (...)...**2) recurso de reposición en contra del auto del 13 de diciembre de 2010 por el cual se negó el decreto de medidas cautelares; 3) la solicitud posterior de medidas cautelares;** 4) vinculación procesal de otros posibles responsables... (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Continúa la providencia con la motivación de cada una de las solicitudes enumeradas, no repone la decisión de 13 de diciembre de 2010, y referente a las nuevas medidas cautelares resuelve decretar el embargo y secuestro de unos bienes informados por la demandante, y por último finaliza la providencia ordenando la vinculación de unos nuevos

presuntos responsables, sin que en la misma se observe consideración alguna en lo relacionado con la solicitud concreta del levantamiento del velo corporativo.

✓ Auto de 20 de mayo de 2011, en el numeral segundo de las consideraciones, de manera inmotivada, expresó:

“En relación con la solicitud del levantamiento del velo corporativo de unas sociedades de derecho privado que, a juicio de la parte demandante, son responsables de los hechos esgrimidos con la demanda, no es cierto que haya sido resuelta, toda vez que, en el auto de 9 de marzo de 2011 (fls.119 a 140 cdno Ppal) con ocasión de resolver el recurso de reposición que denegó la orden de medidas cautelares, se determinó no reponer la decisión impugnada, por no haber mérito para ello; sin embargo, en forma oficiosa, por existir unos nuevos elementos probatorios allegados con posterioridad a la decisión inicial, se estimó procedente decretar unas medidas cautelares, tal como explícitamente se encuentra consignadas en la sección No 3 de la providencia de 9 de marzo de 2011, y corroborado en la parte resolutive de la misma.

Por consiguiente, resulta huérfana de fundamento la manifestación de la actora relativa a que no ha sido decidida la mencionada petición de levantamiento del velo corporativo de unas sociedades de derecho privado, respeto de cuya situación procesal no ha cambiado la realidad y el material probatoria hasta ahora aportado por la parte demandante, pues, una y otra siguen siendo exactamente los mismos de los valorados al momento de proferir los autos del 13 de diciembre de 2010 y 9 de marzo de 2011, pese a la prescripción expresa y nítida del artículo 30 de la ley 472 de 1998, según el cual: “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 esta tipo de medida.”

Y en el numeral segundo de la providencia en mención, en la parte resolutive determinó:

“ ...Acerca de la solicitud del levantamiento del velo corporativo de algunas empresa de derecho privado, supuestamente comprometidas con los hechos objeto de la demanda, sin perjuicio (sic) de lo resuelto en materia de medidas cautelares en los autos de 13 de diciembre de 2010 y 9 de marzo de 2011, declárese improcedente en ese momento procesal para valorar su procedencia, por continuar siendo la misma realidad probatoria allegada al proceso de aquella tomada en cuenta en su momento para al emisión de tales providencias...”
(Negrilla y subraya fuera del texto))

Señala la actora que las motivaciones del Tribunal para declarar improcedente la solicitud de levantamiento del velo corporativo, hace parte de las consideraciones tenidas en cuenta para negar las solicitudes de medidas cautelares.

Manifiesta que la solicitud del levantamiento del velo corporativo contiene un sustento fáctico y jurídico independiente a la solicitud de decreto de medidas cautelares. (Pág. 546)

De otro lado, indica que el Juez no ha ejercido su capacidad oficiosa teniendo en cuenta que el proceso constitucional de acción popular no es un proceso de tipo civil en donde estrictamente se debe aplicar la carga de la prueba, por lo tanto no existe una colaboración armónica por parte del Tribunal.

Finalmente, reitera que el Tribunal al declarar improcedente la solicitud plurimencionada por medio del auto de 20 de mayo de 2011, lo hace con fundamentos que no guardan unidad lógica con la conclusión, pues toma los referentes a las medidas cautelares.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

V.1. Generalidades de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política dispone:

*“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la **protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales**, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” (...)*

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

Por su parte, el artículo 2º del Decreto 2591 de 1991, *“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*, establece que la acción de tutela *“garantiza los derechos constitucionales fundamentales.”*

En concordancia con tal finalidad, el artículo 5 *ibídem*, señala:

“ART. 5º—Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2º de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el capítulo III de este decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito” (Negrilla fuera del texto).

Dedúcese de las normas transcritas que los presupuestos esenciales de la acción constitucional no son otros distintos que la existencia cierta, concreta y fundada de una conducta activa o pasiva que cause la violación o amenaza de los derechos consagrados

por el constituyente como fundamentales, así como de aquellos que les fueren conexos, de acuerdo con las pautas trazadas por la jurisprudencia.

En este sentido, la procedencia de la acción de tutela se determina según el demandante carezca o no de un medio judicial idóneo y expedito para proteger sus derechos fundamentales, para lo cual no basta con registrar en abstracto la eventual existencia de otros instrumentos procesales sino que se torna necesario evaluar su eficacia a la luz de las circunstancias concretas.

Aunado a lo anterior, es de advertir que este mecanismo no es procedente para dirimir derechos litigiosos que provengan de la interpretación de la ley, tampoco para resolver conflictos judiciales cuyas competencias se encuentren claramente señaladas en el ordenamiento jurídico colombiano, pues con ello se llegaría a la errada conclusión de que el juez constitucional puede sustituir al juez ordinario, con excepción de los casos en los cuales se configura una violación de los derechos fundamentales y sea inminente la existencia de un perjuicio irremediable.

En suma y conforme a su naturaleza constitucional, la acción de tutela es el instrumento preferente de protección y garantía de los derechos fundamentales, cuyo ejercicio debe estar dirigido a obtener su amparo efectivo e inmediato frente a los actos u omisiones que los amenacen o vulneren.

V.2. Procedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales

Resulta bien conocida la evolución jurisprudencial que ha tenido el tema de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

La Sección Primera de esta Corporación inveteradamente fue partidaria de tramitar esta acción en primera y segunda instancia, cuando en ella se controvertieran providencias judiciales por supuestas vías de hecho, al punto que, en diversas oportunidades, se llegó a conceder el amparo solicitado cuando se concluyera que la decisión estaba afectada con dicho vicio, verbigracia en sentencia de 23 de enero de 1997 (*Rad.: AC - 4329, Consejero Ponente: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz*) y con apoyo en la sentencia de la Corte Constitucional C – 543 de 1 de octubre de 1992, se admitió la posibilidad de estudiar la acción de tutela contra providencias judiciales siempre y cuando se estuviera en presencia del presupuesto antes señalado.

Asimismo, en sentencia de 13 de diciembre de 1999 (*Rad.: AC-9183, Consejero Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*) se reiteró, que la acción de tutela contra providencias judiciales sólo era procedente ante la existencia de una vía de hecho, agregando que ello ocurriría cuando la misma obedecía al capricho o arbitrariedad de quien la profirió.

Con ponencia del mismo Consejero se accedió a la tutela en la decisión de 13 de junio de 2002 (*Rad.: AC-1124*), lo anterior en razón a que la sentencia desconoció el alcance de lo dispuesto en la providencia C-470 de 25 de septiembre de 1997 (*Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero*). Dicha decisión también se fundamentó en la sentencia T-842 de 2001, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis, según la cual se configura vía de hecho por el no acatamiento de los fallos de constitucionalidad proferidos por la Corte Constitucional.

Empero, tal posición fue rectificada por la Sala en sentencia de 9 de julio de 2004, proferida dentro de la acción de tutela radicada bajo el núm. 2004-00308 (*Actora: Inés Velásquez de Velásquez, Consejero Ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta*), en la que se concluyó que en términos generales, la acción de tutela es improcedente contra sentencias judiciales que pongan fin a un proceso o actuación.

Solo, excepcionalmente, en los casos en que una providencia judicial vulneraba el derecho constitucional de acceso a la Administración de Justicia, cuya condición de derecho fundamental de primer orden resulta indiscutible, la Sala había venido admitiendo la acción de tutela contra la misma, siempre y cuando la parte perjudicada con tal providencia no contara con otro mecanismo para obtener la protección del derecho o derechos conculcados.

Sobre el particular y entre otras, se encuentra la sentencia de 14 de julio de 2005 (*Rad.: 2005-00501, Consejero Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*), en la cual se tuteló el derecho de acceso a la Administración de Justicia de los actores, dejando sin efecto los proveídos que rechazaron la demanda y el recurso de apelación proferidos dentro de un proceso de reparación directa y, en su lugar, se dispuso que se rehiciera la actuación “*teniendo en cuenta que se trataba de un proceso de única instancia en el que la admisión o el rechazo de la demanda (que no resuelve la suspensión provisional) debe resolverlo el ponente*”.

Recientemente, con ponencia del Dr. Marco Antonio Velilla, (*Rad.: 2012-00117*), se accedió al amparo del derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia,

dejando sin efectos el auto que rechazó la demanda y el que lo confirmó, por la ocurrencia de un defecto material o sustantivo, cuando el juez solicita el cumplimiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, en un asunto exceptuado por la normas de tal trámite.

Ahora bien, y con ocasión de la acción de tutela instaurada por la señora Nery Germania Álvarez Bello (*Rad.: 2009-01328, Consejera Ponente: Dra. María Elizabeth García González*), en un asunto que fue asumido por importancia jurídica por la Sala Plena, se concluyó que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Corporación había sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, también lo es que las distintas Secciones que la componen **antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004** (*Rad.: AC-10203*), abrieron paso, de manera excepcional, para que cuando se advirtiera la vulneración de derechos constitucionales fundamentales fuera procedente este instrumento de naturaleza constitucional.

Por lo anterior, en aras de rectificar y unificar el criterio jurisprudencial, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo consideró necesario admitir que debe acometerse el estudio de fondo de la acción de tutela cuando se esté en presencia de providencias judiciales *sin importar la instancia y el órgano que las profiera* que resulten violatorias de derechos fundamentales, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente y los que en el futuro determine la Ley y la propia doctrina judicial.

Además, la Sala Plena de esta Corporación en sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014, Consejero Ponente doctor JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, expediente 2012-02201, estableció referente a la inmediatez un plazo de seis (6) 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.

V.3. Requisitos generales y especiales de procedibilidad de la acción constitucional cuando se dirige contra decisiones judiciales

Atendiendo el nuevo criterio jurisprudencial, esta Sección en Sala de 23 de agosto de 2012, adoptó como parámetros a seguir para determinar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, los señalados en la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional (*Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño*), sin perjuicio de las demás pronunciamientos que esta Corporación elabore sobre el tema.

En la referida sentencia la Corte consideró que *“no obstante que la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias es compatible con el carácter de ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales inherente a los fallos judiciales, con el valor de cosa juzgada de las sentencias y con la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público; **ello no se opone a que en supuestos sumamente excepcionales la acción de tutela proceda contra aquellas decisiones que vulneran o amenazan derechos fundamentales**”* (Negrilla fuera del texto).

Por lo anterior, y con el fin de hacer operante la nueva posición jurisprudencial, estableció como requisitos generales de procedibilidad de esta acción constitucional, cuando se dirige contra decisiones judiciales, los siguientes:

1. *Que el asunto objeto de debate sea de evidente relevancia constitucional.*
2. *Que se haya hecho uso de todos los mecanismos de defensa judicial -ordinarios y extraordinarios- de que disponga el afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio iusfundamental irremediable.*
3. *Que se cumpla el requisito de la inmediatez. Así, la tutela debe haber sido interpuesta en un término razonable y proporcionado desde el momento de ocurrencia de la vulneración del derecho fundamental.*
4. *Cuando se trate de una irregularidad procesal que tenga un efecto decisivo en la sentencia objeto de controversia y que afecte los derechos fundamentales de la parte actora.*
5. *Que quien solicita el amparo tutelar identifique debidamente los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados y que hubiere alegado tal vulneración dentro del proceso judicial, siempre que ello hubiere sido posible.*
6. *Que no se trate de sentencias de tutela, por cuanto los debates sobre derechos fundamentales no pueden prolongarse indefinidamente.*

Además de estas exigencias, la Corte en la mencionada sentencia C-590 de 2005, precisó que era imperioso acreditar la existencia de unos requisitos especiales de procedibilidad, el propio Tribunal Constitucional los ha considerado como las causales

concretas que “de verificarse su ocurrencia autorizan al juez de tutela a dejar sin efecto una providencia judicial” (Sentencia de 3 de septiembre de 2009, Rad.: T-619, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio).

Así pues, el juez debe comprobar la ocurrencia de al menos uno de los siguientes defectos:

1. **Defecto orgánico**, que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece, de manera absoluta, de competencia para ello.
2. **Defecto procedimental absoluto**, que tiene lugar cuando el juez actuó al margen del procedimiento establecido.
3. **Defecto fáctico**, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
4. **Defecto material o sustantivo**, que se origina cuando las decisiones son proferidas con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión.
5. **Error inducido**, que se presenta cuando la autoridad judicial ha sido engañada por parte de terceros y ese engaño lo llevó a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales.
6. **Decisión sin motivación**, que tiene lugar cuando el funcionario judicial no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión, pues es en dicha motivación en donde reposa la legitimidad de sus providencias.
7. **Desconocimiento del precedente**, que se origina cuando el juez ordinario, por ejemplo, desconoce o limita el alcance dado por esta Corte a un derecho fundamental, apartándose del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.
8. **Violación directa de la Constitución.**

Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de

procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales”

De lo expuesto, la Sala advierte que, cuando el juez constitucional conoce una demanda impetrada en ejercicio de la acción de tutela y en la que se alega la vulneración de derechos fundamentales con ocasión de la expedición de una providencia judicial, en primer lugar, debe verificar la ocurrencia de los requisitos generales y, en segundo lugar, le corresponde examinar si en el caso objeto de análisis se presenta uno de los defectos especiales ya explicados, permitiéndole de esta manera “*dejar sin efecto o modular la decisión*” (Sentencia T- 225 del 23 de marzo de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo) que se encaje en dichos parámetros.

Se trata, entonces, de una rigurosa y cuidadosa constatación de los presupuestos de procedibilidad, por cuanto resulta a todas luces necesario evitar que éste instrumento excepcional se convierta en una manera de desconocer principios y valores constitucionales tales como los de cosa juzgada, debido proceso, seguridad jurídica e independencia judicial que gobiernan todo proceso jurisdiccional.

V.4. EL CASO CONCRETO

Pretende la Contraloría General de la República –CGR- en el escrito de impugnación del fallo de tutela proferido por la Sección Quinta de esta Corporación que **se le amparen los derechos constitucionales fundamentales relacionados con el acceso a la administración de justicia, el debido proceso y a la igualdad dentro del proceso de Accion Popular**, pues considera que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no sólo no motivó los autos que negaron la solicitud de levantamiento del velo corporativo contra las sociedades que conforman el Grupo Empresarial NULE, sino que también faltó a la buena dirección y gestión de las etapas del proceso incurriendo en un defecto especial procedimental.

En consecuencia, solicita se dejen sin efectos las providencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se trámite el proceso de acuerdo con la realidad procesal y probatoria existente en el mismo y, por lo tanto, se ordene a dicha Corporación estudiar y decidir la petición relativa al levantamiento del velo corporativo.

De acuerdo con lo anterior y **toda vez que uno de los argumentos de inconformidad de la accionante se relacionan con la expedición de sendas providencias por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca**, la Sala entrará a examinar el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra esta clase de decisiones de acuerdo con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional y acogida por la Sala Plena de esta Corporación. Posteriormente, si se cumple con los presupuestos de la primera etapa, se procederá a verificar si se configuró alguno de los defectos especiales.

✓ Relevancia Constitucional.

El asunto objeto de la presente acción tiene relevancia constitucional, en la medida que está sustentado sobre la presunta vulneración a los derechos constitucionales fundamentales de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a la igualdad.

✓ El agotamiento de los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios.

En este caso es necesario señalar que como se evidencia en la acción popular la actora contra el auto que negó la medida de levantamiento del velo corporativo, interpuso el recurso de reposición, el cual fue admitido y decidido por el juez de instancia.

✓ El Principio de Inmediatez.

De conformidad con el denominado requisito de inmediatez, se considera que la acción de tutela debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable y proporcionado a partir del evento generador de la supuesta amenaza o violación de los derechos fundamentales, so pena de que se determine su improcedencia⁴.

Al respecto la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-1028 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, indicó lo siguiente:

“10.- Desde la sentencia SU-961 de 1999⁵ esta Corte determinó, a partir de la interpretación del artículo 86 de la Constitución Política, que a pesar de que según esta norma la acción de tutela puede ser interpuesta “en todo momento”, de lo que se deriva que no posee

⁴ En este sentido, las sentencias T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-692 de 2006, T-905 de 2006, T-1084 de 2006, T-1009 de 2006, T-792 de 2007, T-825 de 2007, T-243 de 2008, T-594 de 2008, T-189 de 2009, T-299 de 2009, T-265 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, T-328 de 2010, entre muchas otras.

⁵ Reiterada en numerosas oportunidades por las distintas Salas de Revisión de esta Corte, entre ellas las sentencias T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-654 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-1084 de 2006, T-593 de 2007, T-594 de 2008, T-265 de 2009 y T-328 de 2010.

ningún término de prescripción o caducidad, ello no significa que no deba interponerse en un plazo razonable desde el inicio de la amenaza o vulneración pues, de acuerdo con el mismo artículo constitucional, es un mecanismo para reclamar “la protección inmediata” de los derechos fundamentales.

A partir de allí la jurisprudencia constitucional ha sostenido invariablemente que la ausencia de un término de caducidad o prescripción en la acción de tutela implica que **el juez no puede simplemente rechazarla en la etapa de admisión con fundamento en el paso del tiempo**⁶, sin embargo, de la misma forma ha dicho que la finalidad de la tutela como vía judicial de protección *inmediata* de derechos fundamentales obliga a la autoridad judicial a tomar en cuenta como dato relevante el tiempo transcurrido entre el hecho generador de la solicitud y la petición de amparo pues un lapso irrazonable puede llegar a demostrar que la solución que se reclama no se requiere con prontitud, que es precisamente el caso para el cual el mecanismo preferente y sumario de la tutela está reservado⁷.

(...)

11.- Así mismo, según la jurisprudencia constitucional, la exigencia de inmediatez responde a necesidades adicionales. En primer lugar, proteger derechos de terceros que pueden verse vulnerados por una tutela ejercida en un plazo irrazonable⁸, caso en el que “*se rompe la congruencia entre el medio de protección y la finalidad que se busca: la protección integral y eficaz de los derechos fundamentales de las personas*”⁹. En segundo lugar, impedir que el amparo “*se convierta en factor de inseguridad [jurídica]*”¹⁰. En tercer lugar, evitar “*el uso de este mecanismo constitucional como herramienta supletiva de la propia negligencia*” en la agencia de los derechos¹¹.

12.- Ahora bien, insistentemente ha resaltado esta Corporación que la razonabilidad del plazo no puede determinarse a priori, lo que se traduciría en la imposición de un término de caducidad o prescripción prohibido por el artículo 86 de la Constitución, sino de

⁶ En este sentido las sentencias SU-961 de 1999, T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-654 de 2006, T-890 de 2006, T-1084 de 2006, T-594 de 2008, T-265 de 2009, T-328 de 2010, entre otras.

⁷ En este sentido las sentencias T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-654 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-593 de 2007, T-792 de 2007, T-825 de 2007, T-243 de 2008, T-594 de 2008, T-884 de 2008, T-265 de 2009, T-299 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, entre otras.

⁸ En este sentido las sentencias T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-654 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1084 de 2006, T-1009 de 2006, T-792 de 2007, T-594 de 2008 entre otras.

⁹ Sentencia SU-961 de 1999.

¹⁰ *Ibidem*. En el mismo sentido, sentencias T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-692 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-1084 de 2006, T-825 de 2007, T-299 de 2009, T-691 de 2009 y T-883 de 2009, entre otras.

¹¹ Sentencia T-594 de 2008. En el mismo sentido sentencias T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-692 de 2006, T-1009 de 2006, T-299 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, entre otras.

conformidad con los hechos de cada caso concreto¹². Es por ello que “en algunos casos, seis (6) meses podrían resultar suficientes para declarar la tutela improcedente; pero, en otros eventos, un término de 2 años se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela, ya que todo dependerá de las particularidades del caso”¹³.

13.- En este orden de ideas, surtido el análisis de los hechos del caso concreto, el juez constitucional puede llegar a la conclusión de que una acción de tutela, que en principio parecería carente de inmediatez por haber sido interpuesta después de un tiempo considerable desde la amenaza o vulneración del derecho fundamental, en realidad resulta procedente debido a **las particulares circunstancias que rodean el asunto**. Así, la jurisprudencia constitucional ha determinado algunos eventos –por supuesto no taxativos- en que esta situación se puede presentar¹⁴:

(i) La existencia de razones válidas para la inactividad, como podría ser, por ejemplo¹⁵, la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para interponer la tutela en un término razonable, la ocurrencia de un hecho completamente nuevo y sorpresivo que hubiere cambiado drásticamente las circunstancias previas, entre otras.

(ii) Cuando a pesar del paso del tiempo es evidente que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante permanece, es decir, su situación desfavorable como consecuencia de la afectación de sus derechos continúa y es actual. Lo que adquiere sentido si se recuerda que la finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección *inmediata*.

(iii) Cuando la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, lo que constituye un trato preferente autorizado por el artículo 13 de la Constitución que ordena que *“el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”*.

¹² En este sentido las sentencias T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-654 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-1084 de 2006, T-593 de 2007, T-792 de 2007, T-189 de 2009, T-265 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, T-328 de 2010, entre otras.

¹³ Sentencia T-328 de 2010.

¹⁴ En este sentido las sentencias T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-468 de 2006, T-654 de 2006, T-692 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-1084 de 2006, T-593 de 2007, T-696 de 2007, T-792 de 2007, T-243 de 2008, T-594 de 2008, T-189 de 2009, T-265 de 2009, T-299 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, T-328 de 2010, entre otras.

¹⁵ Sentencias T-1009 de 2006 y T-299 de 2009.

14.- Diferentes Salas de Revisión de esta Corte han considerado que acciones de tutela impetradas después de un tiempo considerable contado desde la amenaza o vulneración del derecho fundamental eran procedentes debido a la presencia de las hipótesis excepcionales antes descritas.

Un ejemplo de ello es la sentencia T-526 de 2005 en la que se estimó procedente una acción de tutela impetrada un año después de que se dejaron de suministrar a una persona de la tercera edad (75 años) algunos elementos médicos por parte de su Empresa Promotora de Salud.

(...)

Del mismo modo procedió la Sala de Revisión al expedir la sentencia T-692 de 2006 en la que se resolvió la tutela interpuesta por una mujer de 75 años a quien se le había concedido una pensión de sobrevivientes en 1961 pero tan sólo por dos años de acuerdo con la regulación vigente al momento de la muerte de su esposo. Varios años después –en el 2005- la actora solicitó la aplicación de una nueva regulación que databa de 1977 la cual convertía en vitalicia la pensión de sobrevivientes...”.

(...)

También en la sentencia T-654 de 2006 se hizo una excepción al requisito de la inmediatez en el caso de un miembro de la Policía Nacional que había adquirido varias enfermedades físicas y mentales durante el servicio y a quien se le negaba el servicio médico. Dijo la Sala de Revisión que, a pesar de que se había instaurado la tutela diez años después de la fecha en que tuvieron lugar los hechos, *“la inmediatez no puede alegarse como excusa para dejar de amparar los derechos constitucionales fundamentales cuando frente a quien se pretende hacer valer este requisito es una persona que sufre un serio deterioro en su salud física y mental y es incapaz de medir las consecuencias de sus acciones u omisiones, menos aquellas relacionadas con aspectos jurídicos. De admitirse esta posibilidad, se le estaría negando a una persona colocada en circunstancias de debilidad manifiesta de manera seria y grave la posibilidad de acceder a la administración de justicia en defensa de los derechos que le han sido desconocidos, tanto más cuanto, las consecuencias de esa vulneración han permanecido en el tiempo y tienden a agudizarse cada día más”*.

Así mismo es reiterada la jurisprudencia de esta Corporación respecto de la flexibilidad en la exigencia del requisito de inmediatez cuando se trata de acciones de tutela interpuestas por personas en situación de desplazamiento forzado. En la sentencia T-299 de 2009, en la que los hechos que forzaron el desplazamiento habían ocurrido en el año 2006, señaló la Sala de Revisión que la acción era procedente ya que *“la vulneración puede haber continuado en el tiempo, pese a que los hechos ocurrieron en el año 2006. La condición desfavorable de los accionantes es actual, en tanto no se ha resuelto su situación”*. Iguales consideraciones se hicieron en la sentencia T-468 de 2006 y en la sentencia T-563 de 2005 frente a acciones de tutela incoadas por personas desplazadas por la

violencia respecto de hechos ocurridos en el 2001 y en el 2000, respectivamente”.

De acuerdo a lo anterior, es claro para la Sala que solo ante la existencia de circunstancias particulares analizadas en cada caso, y a pesar de no existir un plazo razonable en la presentación de la acción de tutela es viable darle una aplicación excepcional al principio de inmediatez.

De otra parte, cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, y en lo relativo a la aplicación de principio de inmediatez, la sentencia de la Honorable Corte antes mencionada, indicó:

“15.- En lo que toca con el principio de inmediatez cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales esta Corte ha señalado¹⁶ que el análisis de la razonabilidad del plazo debe ser más estricto pues “la firmeza de las decisiones judiciales no puede mantenerse en la incertidumbre indefinidamente” ya que ello sacrificaría “los principios de cosa juzgada y de seguridad jurídica”¹⁷. En otras palabras, ser laxo con la exigencia de inmediatez en estos casos significaría “que la firmeza de las decisiones judiciales estaría siempre a la espera de la controversia constitucional que en cualquier momento, sin límite de tiempo, pudiera iniciar cualquiera de las partes. En un escenario de esta naturaleza nadie podría estar seguro sobre cuáles son sus derechos y cual el alcance de éstos, con lo cual se produciría una violación del derecho de acceso a la administración de justicia – que incluye el derecho a la firmeza y ejecución de las decisiones judiciales – y un clima de enorme inestabilidad jurídica”¹⁸.

Lo anterior, recalca la Sala, en modo alguno significa imponer un término de caducidad o prescripción a este tipo de acciones de tutela ya que ello significaría desconocer el artículo 86 de la Constitución, que no hace distinción alguna en este punto, y la sentencia C-543 de 1992 en la cual esta Corte declaró la inexecutable del artículo 11 del Decreto 2591 de 1991 que establecía una caducidad de dos meses para incoar el amparo contra providencias judiciales. **De lo expresado se deriva que a esta hipótesis también se aplican las reglas generales y las excepciones jurisprudenciales reseñadas sobre la determinación del plazo razonable para la interposición de la acción de tutela, sólo que con una mayor rigurosidad”.**

Bajo los anteriores supuestos, se procede a verificar la fecha de presentación de la acción de tutela, la cual fue radicada el 5 de diciembre de 2012, ante el Tribunal

¹⁶ En este sentido las sentencias T-016 de 2006, T-692 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-1084 de 2006, T-594 de 2008, T-189 de 2009, T-265 de 2009, T-883 de 2009, entre otras.

¹⁷ Sentencia T-594 de 2008.

¹⁸ Sentencia T-1009 de 2006.

Administrativo de Cundinamarca y remitida mediante oficio 4590 de 6 de diciembre del mismo año a esta Corporación, y la notificación de los autos cuestionados se produjo el 14 de marzo y 24 de mayo de 2011.

En este caso la actora no dispone de otro medio de defensa judicial diferente a la tutela para buscar garantizar su derecho fundamental al debido proceso, pues considera que el juez de conocimiento de la acción popular **i) no motivó los autos que negaron la solicitud de levantamiento del velo corporativo contra las sociedades que conforman el Grupo Empresarial NULE y ii) faltó a la buena dirección y gestión del proceso de acción popular**, objeto de la presente acción de tutela.

Las providencias que se cuestionan son:

- ✓ Auto de 9 de marzo de 2011, notificado el 14 de marzo del mismo año. (fl.206 c. anexos contestación de tutela)
- ✓ Auto de 20 de mayo de 2011, notificado el 24 de mayo del mismo año. (fl.390 c. anexos contestación de tutela)

De acuerdo a lo anterior y conforme a lo demostrado en el expediente, las providencias antes mencionadas, no son autos de trámite sino interlocutorios los cuales decidieron sobre la solicitud de levantamiento del velo corporativo de las sociedades que conforman el “Grupo Empresarial NULE”; contra dichas providencias procede la acción de tutela, así lo señaló la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-599 de 2003, Magistrado Ponente JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, al expresar:

“El concepto de providencia judicial en el marco de la doctrina de **la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, comprende tanto las sentencias como los autos que son proferidos por las autoridades judiciales.** Sin embargo, en materia de decisiones adoptadas en autos, la Corte ha señalado que éstas, por regla general, deben ser discutidas por medio de los recursos ordinarios que el legislador ha dispuesto para el efecto. La acción de tutela procederá solamente **i) cuando se evidencie una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de las partes que no puede ser reprochada mediante otros medios de defensa judicial.** Por tanto, la acción constitucional no será procedente cuando han vencido los términos para interponer los recursos ordinarios y la parte afectada no hizo uso de ellos, o cuando fueron utilizados, pero en forma indebida; **ii) cuando a pesar de que existen otros medios, éstos no resultan idóneos para proteger los derechos afectados o amenazados; o iii)**

cuando la protección constitucional es urgente para evitar un perjuicio irremediable.¹⁹
(...)

La primera oportunidad en la que la Corte admitió una tutela contra un auto fue en la sentencia T-224 de 1992²⁰. En esta sentencia, la Corte consideró que el contenido y alcance de un auto interlocutorio pueden vulnerar o poner en peligro derechos fundamentales de las partes. En estos casos, los afectados deben acudir a los recursos ordinarios previstos en el ordenamiento contra la respectiva providencia; sin embargo, si la lesión de los derechos persiste, la Corporación indicó que es posible acudir a la acción de tutela.

Posteriormente, en las sentencias T-025 de 1997²¹, T-1047 de 2003²², T-489 de 2006²³ y T-554 de 2011²⁴, aunque la Corte no concedió la tutela en sede de revisión, admitió la procedencia de la tutela contra autos interlocutorios; en el primer caso, contra un auto del Consejo de Estado que denegó una solicitud de nulidad del tutelante en un proceso de reparación directa; en el segundo caso, contra un auto que negó la libertad provisional solicitada por un recluso; en el tercer caso, contra un auto que en sede de apelación revocó otro auto que había decretado la nulidad de todo lo actuado por indebida notificación dentro de un proceso ejecutivo; y, en el último caso, contra un auto que resolvió un recurso de súplica dentro de un proceso laboral.

Así las cosas, es claro que la jurisprudencia de esta Corporación ha incluido, dentro del concepto de providencia judicial, no solo las sentencias sino también los autos proferidos por las autoridades judiciales. Por lo tanto, mediante la acción de tutela, aunque de manera excepcional, puede atacarse esta clase de decisiones.”

Igualmente, es importante resaltar que esta Corporación en sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014 con radicado 2012-02201-01, M.P.JORGE

¹⁹ Ver al respecto la sentencia T-489 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁰ En la sentencia T-224 del 17 de junio de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, la Corte revisó una acción de tutela promovida por un ciudadano colombiana residente en los Estados Unidos, quien alegaba que un auto interlocutorio dictado en el marco de un proceso de alimentos que le impedía abandonar el país, vulneraba su derecho fundamental al debido proceso. El tutelante alegaba que el auto era arbitrario, pues había puesto a disposición del juzgado demandado un automóvil y un inmueble para respaldar sus obligaciones. Además, alegaba que su trabajo en los Estados Unidos era su fuente de ingresos y el que le permitía pagar las cuotas de alimentos de las que era responsable. La Corte concedió la tutela, ya que consideró que los hechos ponían de presente una manifiesta y palmaria violación de los derechos fundamentales del petente. En consecuencia, la Corte ordenó a la juez demandada celebrar una audiencia especial con el objeto de examinar la situación planteada y tomar la decisión que de conformidad con la Constitución y la ley, asegurara el respeto a los derechos fundamentales de las partes.

²¹ M.P. Jorge Arango Mejía.

²² M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²³ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁴ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ sobre la procedencia de la acción de tutela contra autos, señaló:

“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 tutela²⁵”.(Subrayas fuera del texto)

Así las cosas, la Sala encuentra que, desde la notificación de los autos hasta la presentación de la acción de tutela, la actora dejó pasar un (1) año y seis (6) meses, es evidente que este lapso que dejó pasar la accionante para impetrar la acción de tutela en principio podría considerarse irrazonable, pero 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 darle una aplicación excepcional a la exigencia del principio de inmediatez, como a continuación se expone:

1. La Contraloría General de la República presentó demanda de acción popular contra MANUEL FRANCISCO NULE VELILLA, MIGUEL EDUARDO NULE VELILLA Y GUIDO ALBERTO NULE MARIÑO, y el Grupo Empresarial NULE y otras personas naturales y jurídicas que con sus conductas ya sea por acción u omisión contribuyeron a la vulneración de los derechos colectivos, **en especial el daño al patrimonio público, el cual se estima en una suma de \$606.931.311.662.** (fl. 582).
2. De acuerdo con el artículo 267 de la Carta Política, la Contraloría General de la República, es la encargada de ejercer el control fiscal:

“ARTICULO 267. 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.

²⁵ 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.

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”.

Así las cosas, el ente de Control Fiscal en cumplimiento de su función constitucional, presentó la acción popular con el propósito de salvaguardar los derechos colectivos presuntamente vulnerados por los demandados.

Asimismo y con su actuar, buscó la materialización del artículo 2º de la Constitución Política, según el cual las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

En su entender, **las conductas realizadas por los demandados, por acción y omisión, quebrantaron el orden social, administrativo y patrimonial en los diferentes ámbitos públicos en donde actuaron, causaron daño en el bienestar de la comunidad en general.**

Ciertamente, precisó la Contraloría General que la omisión y retraso en la construcción de obras, la falta de ejecución en las interventorías para:

- i) el mejoramiento y mantenimiento de vías;
- ii) la construcción de la infraestructura para la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado;
- iii) la interventoría y control de calidad al contrato de concesión para la operación de las plantas de “*Bienestarina*”;
- iv) la interventoría a la construcción de establecimientos penitenciarios de alta y mediana seguridad, entre otros;
- v) el mal manejo dado a los recursos públicos entregados en calidad de anticipo por los contratos, celebrados.

Todas estas actuaciones entre otras perturbaron el normal desarrollo de la actividad pública, generando con ello **i) una afectación grave al patrimonio público y, por ende,**

ii) un desorden generalizado en materia del funcionamiento de la administración pública, reflejado en la gestión y ejecución presupuestal, con lo que se ha venido perpetuando en el tiempo una afectación constante en la debida aplicación y prevalencia de los principios de eficiencia, economía, celeridad, transparencia y moralidad que señala la Constitución Política, implicando una grave afectación del principio de la prevalencia de los intereses generales de la sociedad misma, que aquí continúan vulnerados por las conductas que se desataron en el pasado por los demandados en la acción popular.

La accionante, en aras de proteger el patrimonio público por la grave afectación ocasionada por los demandados a diferentes entidades, y en busca de recuperar los recursos entregados y no ejecutados, ha empleado todos los mecanismos que le concede la ley, dentro de los cuales se encuentra la acción popular. Ahora bien, ante las irregularidades presentadas y, en especial, la falta de dirección del proceso que se adelanta en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, decidió presentar esta acción de tutela con el fin de garantizar sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad y, por ende, garantizar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, como órgano de control y defensor de los recursos públicos.

En este contexto, lo que pretende la actora es que se le garantice el debido proceso y los demás derechos invocados en aras del interés general que beneficia a toda la comunidad con la búsqueda del amparo del patrimonio público y para recuperar la confianza de los ciudadanos en la administración pública que se ha visto quebrantada ante el desequilibrio presupuestal generado por el Grupo Empresarial NULE.

Así las cosas, y ante la gravedad de los hechos y la manifiesta y latente afectación de los intereses y principios constitucionales arriba mencionados, que profundizan la afectación de los derechos colectivos de la población e incrementan el riesgo patrimonial generado que se ha venido manteniendo en el tiempo, y en concreto, por la afectación a la administración pública ante los malos desempeños realizados por los señores Nule Velilla, Nule Mariño y su Grupo Empresarial.

Es así, como la actora en ejercicio de la acción popular y con la solicitud del levantamiento del velo corporativo, pretende que el operador judicial propenda por la justicia material defendiendo la especial naturaleza de los derechos e intereses de la comunidad y del Estado que se encuentran en juego.

En consecuencia, la Sala encuentra que a pesar del tiempo que la actora dejó transcurrir para presentar la acción de tutela y solo debido a las particulares y especiales circunstancias que rodean el asunto ampliamente mencionadas y en las cuales se ve gravemente afectado el interés general de la comunidad y del Estado y teniendo en cuenta que:

- ✓ No se ha resuelto la situación alegada en la acción popular, por lo tanto permanecen las condiciones desfavorables para la actora, y por ende para la comunidad y el Estado;
- ✓ Se requiere una protección inmediata y eficaz debido a la gravedad del problema y la prolongada afectación que este ha generado en las entidades del Estado;
- ✓ Permanece la vulneración de los derechos colectivos
- ✓ La tutela es el único medio idóneo que posee la actora, con el fin de garantizar el derecho al debido proceso.
- ✓ La actora en su calidad de órgano de control ha iniciado numerosas investigaciones en ejercicio de sus facultades constitucionales y ha solicitado igualmente a las distintas entidades involucradas en el tema que inicien las correspondientes investigaciones y tomen las medidas necesarias para proteger y defender el patrimonio público.

Así las cosas, la Sala con fundamento en estas particulares y especiales circunstancias considera 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.

- ✓ En caso de tratarse de una irregularidad procesal, ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales.

En la solicitud de la tutela se alega la configuración de un defecto especial procedimental: **i)** en las providencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la medida que se considera que al no pronunciarse sobre la solicitud del levantamiento del velo corporativo contra las sociedades que conforman el Grupo Empresarial NULE, dicho organismo omitió motivar las providencias cuestionadas, lo cual podría resultar determinante para una decisión distinta a la tomada por el operador judicial y **ii)** en la actuación del juez popular, por cuanto faltó a la buena dirección y gestión de la acción popular.

✓ *Que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible.*

La Sala considera que en el escrito de la solicitud de tutela y dentro del expediente existen suficientes documentos que permiten establecer la identificación de los hechos que generaron la supuesta vulneración a los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a la igualdad. Además, la circunstancia que origina la presente acción fue puesta a consideración del Tribunal en sendas oportunidades.

✓ *Que el fallo controvertido no sea una sentencia de tutela.*

Al respecto, es necesario señalar que las providencias judiciales que se consideran vulneradoras de los derechos fundamentales invocados, fueron proferidas dentro de un proceso de Acción Popular ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por lo tanto no estamos en presencia de una sentencia de tutela.

De acuerdo a todo lo anterior, la Sala concluye que en el presente caso se cumple con todos los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, por lo tanto se pasará a abordar la posible configuración de un defecto procedimental especial en que pudo haber incurrido el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al no motivar los autos que negaron la solicitud de levantamiento del velo corporativo contra las sociedades que conforman el Grupo Empresarial NULE, además de faltar a la buena dirección y gestión de la acción popular.

Para resolver, observa la Sala:

La Contraloría General de la República en ejercicio de su función de control, una vez tuvo conocimiento a través de la Superintendencia de Sociedades, de la liquidación judicial de las sociedades que conforman el Grupo Empresarial Nule, y ante el grave daño al patrimonio del Estado que ellas ocasionarían, inició (9) nueve procesos de responsabilidad fiscal y una serie de investigaciones preliminares con el propósito de cuantificar el daño patrimonial e identificar a los presuntos responsables.

Con el fin de proteger y en defensa de los recursos del Estado que involucran **la suma aproximada de \$606.931.311.662.** y ante la cantidad de irregularidades presentadas en la ejecución de los contratos celebrados con las sociedades que integran el Grupo

Empresarial Nule, dicha entidad en sus procesos ha decretado las medidas cautelares correspondientes.

No obstante, indicó que la mayoría de las sociedades como es de conocimiento público se encuentran en estado de iliquidez, que fueron muy pocos los bienes sobre los cuales se pudieron hacer efectivas las medidas cautelares, pues, ya estaban embargados por otros acreedores, lo cual genera una crítica situación para las entidades del Estado en la recuperación de los recursos. Recalca que la situación resulta dramática por cuanto no es posible acudir a los bienes que conforman el patrimonio de los socios por la figura del velo corporativo.

Frente a esta crítica situación, y a sabiendas que el Estado para el desarrollo, ejecución y logro de los fines esenciales necesita de su patrimonio, resulta fundamental la defensa y protección del mismo, por eso **la Contraloría General de la República, en ejercicio de sus competencias valiéndose de los instrumentos constitucionales y legales, procedió a presentar demanda de acción popular para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior si ello fuere posible** – art. 2º-, cuando quiera que por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, sean violados o amenazados los derechos colectivos entre ellos la defensa del patrimonio público y la moral administrativa entre otros derechos colectivos que se encuentran gravemente afectados ante los actos de corrupción realizados por los señores NULE VELILLA Y NULE MARIÑO y su grupo de sociedades.

En la referida acción popular la Contraloría General solicitó como medida previa de carácter urgente el levantamiento del velo corporativo de las sociedades que conforman el denominado “Grupo Nule”, con el propósito de conocer las personas que conforman dichas sociedades y poder recurrir a los bienes que integran sus patrimonios y, así evitar un daño mayor al patrimonio del Estado, pues, es de público conocimiento los cuantiosos perjuicios patrimoniales que han causado estas sociedades con el incumplimiento de los contratos y el manejo irregular de los recursos entregados en calidad de anticipo para el inicio y avances de las obras e interventorías contratadas.

Al respecto, considera la Sala pertinente señalar que es el velo Corporativo, como está regulado en Colombia, y cuando hay lugar hacer su levantamiento, para lo cual estima

necesario traer a partes del concepto emitido por la Superintendencia de Sociedades en Oficio 220-171379 Del 19 de Diciembre de 2011, en el cual señaló:

“El Velo corporativo se puede descorrer en los eventos regulados por la Ley, la cual debe atender los valores, principios y reglas consagrados en la constitución nacional

El Levantamiento del Velo Corporativo en la Legislación Colombiana

En la legislación Colombiana, existen las siguientes disposiciones que consagran la desestimación de la personalidad jurídica, a saber:

Artículo 44 de la Ley 190 de 1995, **“Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el objeto de erradicar la corrupción administrativa”** prevé:

“Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta”

Igualmente el artículo 37 de la ley 142 de 1994, dispuso:

“DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD INTERPUESTA. Para los efectos de analizar la legalidad de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, de las comisiones de regulación, de la Superintendencia y de las demás personas a las que esta ley crea incompatibilidades o inhabilidades, debe tenerse en cuenta quiénes son, sustancialmente, los beneficiarios reales de ellos, y no solamente las personas que formalmente los dictan o celebran. Por consiguiente, las autoridades administrativas y judiciales harán prevalecer el resultado jurídico que se obtenga al considerar el beneficiario real, sin perjuicio del derecho de las personas de probar que actúan en procura de intereses propios, y no para hacer fraude a la ley”.

En el Derecho societario colombiano es posible superar la barrera de la personalidad jurídica en los eventos previstos en los artículos 49 numeral 8, 61, 82 y 83 Ley 1116 de 2006, así como los artículos 31 y 71 de la Ley 222 de 1995.

En los demás casos en los que se haga uso de la figura societaria para originar un fraude a la ley, a los acreedores o a terceros, existen los mecanismos necesarios, para lograr penetrar o llegar hasta las personas que se encuentran encubiertas por el velo de la personalidad jurídica, como la acción de simulación o nulidad absoluta del contrato de sociedad.

Teoría del levantamiento del velo corporativo:

No obstante lo antes expuesto, resulta oportuno aclarar que en efecto jurídicamente resulta viable dejar al descubierto la situación de protección a los socios ante una vulneración al principio de buena fe contractual generadora de un daño para con los terceros, con miras a exigir de los socios la reparación del mismo, herramienta legal conocida doctrinariamente como la **teoría del levantamiento del velo corporativo**, la cual fue introducida en la legislación colombiana y desarrollada con la finalidad de evitar la comisión de actos ilícitos o irregulares por una sociedad cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta.

Lo anterior quiere decir, que si bien es cierto que al constituirse una sociedad se busca limitar la responsabilidad de los socios para que su patrimonio personal no pueda ser perseguido en un caso eventual, no lo es menos que si los accionistas utilizan la sociedad con la intención de defraudar los intereses de terceros mediante actuaciones maliciosas, desleales o deshonestas, es dable levantar el velo corporativo para que los mismos respondan con su propio patrimonio.

Valga tener en cuenta que no es competencia de esta Superintendencia determinar si la conducta del representante legal, o de los socios, o de aquél y de éstos, causa un daño al ente jurídico, sino que ello es materia de la justicia ordinaria, en tanto que el proceso liquidatorio es universal, donde el juez es la Superintendencia de Sociedades, y entre la finalidad del mismo se encuentra el de disponer de los activos de la sociedad para cancelar las obligaciones que se reconozcan.

“(.....)”.

(...) Tenemos que la figura del denominado velo corporativo, hace relación única y exclusivamente a la responsabilidad que les incumbe a los

asociados de una persona jurídica, en donde es deber de ellos actuar con lealtad, honestidad, transparencia en sus relaciones con los terceros que contratan con la sociedad y por ende solo ellos responden hasta el monto de sus aportes. Ahora bien, cuando los asociados de manera fraudulenta pretenden perjudicar a los terceros en general, es posible perseguir los bienes individuales de los asociados. Dicho proceder le corresponde adelantarlo y demostrarlo a los interesados y debe llevarse a cabo ante la justicia ordinaria, buscando así salvaguardar los intereses de las personas que puedan resultar perjudicadas.

Vemos como aquí, en el evento de actuaciones dolosas o culposas de los asociados en detrimento de terceros, vamos más allá de la responsabilidad limitada solo al ente societario y entramos a la responsabilidad que le cabe a cada persona individualmente considerada, y ello es lo que constituye el levantamiento del velo corporativo, el cual es perfectamente aplicable, se reitera, en cualquier tipo societario e independientemente de que las sociedades se encuentren tramitando los procesos citados.

Finalmente, frente a la figura del levantamiento del velo corporativo, la Corte Constitucional, Sentencia C-865 DE 2004, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gíl, expresó:

“(…) cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es entonces en la actuación maliciosa, desleal o deshonesto de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido.

Estas herramientas legales se conocen en la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo o “disregard of the legal entity” o “piercing the corporate veil” cuya finalidad es desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados al monto de sus aportaciones, en

circunstancias excepcionales ligadas a la utilización defraudatoria del beneficio de la separación. Al respecto, ha sostenido la doctrina: “El ente hermético se abre siempre que surja o se perciba un asomo de mala fe, fraude, abuso del derecho o simulación. Así mismo cuando se forma para burlar el ordenamiento jurídico, o si después de constituida con arreglo a la ley se desvía de su finalidad, o la persona es utilizada para actos o propósitos ilícitos, se configura el ejercicio anormal de un derecho que merece correctivos para que no persista el abuso”.

En nuestro ordenamiento jurídico se consagran algunos instrumentos que cumplen la misma función de la teoría del levantamiento del velo corporativo, prevista expresamente en otros ordenamientos, al respecto se pueden destacar: (i) El deber constitucional y legal de no hacer daño a otro (*nemien laedere*), de acuerdo con los artículos 58 y 83 de la Constitución y con el artículo 2341 del Código Civil; (ii) la responsabilidad por el abuso del derecho según el artículo 830 del Código de Comercio; (iii) la responsabilidad subsidiaria en casos de concordatos o liquidación de sociedades subordinadas, conforme al párrafo del artículo 148 de la Ley 222 1995; y (iv) la responsabilidad por actos defraudatorios prevista en el artículo 207 de la misma ley.

“(.....)”

“26. Por consiguiente, la limitación de riesgo de las sociedades de capital, no es un derecho absoluto que pueda ser utilizado de manera indiscriminada por los asociados, pues si a partir de su uso se defraudan los intereses legítimos de terceros, entre estos, los derechos de los trabajadores y pensionados, se pueden acudir, a las herramientas legales propias del levantamiento del velo corporativo, para obtener la reparación del daño acontecido”

“(.....)”.

Valga recalcar, teniendo en cuenta lo afirmando en su escrito en relación con la inembargabilidad de bienes en determinadas sociedades, que ella se predica es frente a los bienes de la persona jurídica como tal y no a la de las personas que hacen parte del capital de la misma, salvo excepciones, como cuando dentro de la composición del capital social de una sociedad forme parte del mismo una entidad estatal.

Finalmente, de encontrarse una sociedad, sin bienes con que responder ante terceros, por actuaciones dolosas o culposas de sus asociados, e independientemente de estar tramitando una liquidación, reorganización o intervención, y tener en su contra procesos ejecutivos o coactivo, ello no obsta para en el evento de comprobarse la actuación fraudulenta de los asociados, proceder a la persecución de los bienes de los mismos. Debemos tener en cuenta que los procesos ejecutivos o coactivos van dirigidos contra la persona jurídica como tal y no contra los asociados en general”.

En aras de conocer el estado actual de los procesos administrativos y judiciales que actualmente se tramitan contra los señores MANUEL FRANCISCO NULE VELILLA, MIGUEL EDUARDO NULE VELILLA, GUIDO ALBERTO NULE MARIÑO y el Grupo Empresarial Nule, mediante auto de 28 de abril de 2014 se requirió información a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, A LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, A LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO Y AL MINISTERIO DE TRABAJO**, las cuales dieron respuesta en los siguientes términos:

✓ **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**

Informó que en la actualidad se tramitan 5 procesos, 2 acciones de responsabilidad subsidiaria²⁶, en los cuales figura como demandantes la DIAN y la Contraloría General de la República, y (3) acciones de revocatoria y de simulación²⁷, interpuestas por la Contraloría General de la República y el Liquidador de MNV S.A. “en liquidación”.

²⁶ **ARTÍCULO 61. DE LOS CONTROLANTES.** Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente.

El Juez de Concurso conocerá, a solicitud de parte, de la presente acción, la cual se tramitará mediante procedimiento abreviado. Esta acción tendrá una caducidad de cuatro (4) años.

²⁷ **ARTÍCULO 74. ACCIÓN REVOCATORIA Y DE SIMULACIÓN.** Durante el trámite del proceso de insolvencia podrá demandarse ante el Juez del concurso, la revocación o simulación de los siguientes actos o negocios realizados por el deudor cuando dichos actos hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación de los pagos y cuando los bienes que componen el patrimonio del deudor sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos:

✓ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Esta entidad señaló que ante la Delegada de Protección al Consumidor, actualmente existe una actuación administrativa en contra de la sociedad GAS KAPITAL S.A, la cual fue sancionada con \$ 15.450.000. cuyo pago se encuentra en etapa persuasiva en cobro coactivo.

En la Delegada para la Protección de la Competencia mediante Resoluciones 54693 y 54695 del 16 de septiembre de 2013, casos Bienestarina y Hogares, tanto las personas naturales como algunas jurídicas de las sociedades que conforman el Grupo Empresarial Nule, fueron sancionadas por incurrir en conductas contrarias a la libre competencia.

Una vez verificado el contenido de las Resoluciones²⁸ antes mencionadas se encontró que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO impuso sendas sanciones pecuniarias a las personas naturales controlantes del Grupo Nule, a las empresas infractoras parte del Grupo y a sus administradores, por encontrar

1. La extinción de las obligaciones, las daciones en pago y, en general, todo acto que implique transferencia, disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración del dominio de bienes del deudor, realizados en detrimento de su patrimonio, o contratos de arrendamiento o comodato que impidan el objeto del proceso, durante los dieciocho (18) meses anteriores al inicio del proceso de reorganización, o del proceso de liquidación judicial, cuando no aparezca que el adquirente, arrendatario o comodatario, obró de buena fe.

2. Todo acto a título gratuito celebrado dentro de los veinticuatro (24) meses anteriores al inicio del proceso de reorganización o del proceso de liquidación judicial.

3. Las reformas estatutarias acordadas de manera voluntaria por los socios, solemnizadas e inscritas en el registro mercantil dentro de los seis (6) meses anteriores al inicio del proceso de reorganización, o del proceso de liquidación judicial, cuando ellas disminuyan el patrimonio del deudor, en perjuicio de los acreedores, o modifiquen el régimen de responsabilidad de los asociados.

PARÁGRAFO. En el evento que la acción prospere, total o parcialmente, el acreedor demandante tendrá derecho a que la sentencia le reconozca a título de recompensa, una suma equivalente al cuarenta por ciento (40%) del valor comercial del bien recuperado para el patrimonio del deudor, o del beneficio que directa o indirectamente se reporte.

²⁸ Fuente. Pagina Web de la Superintendencia de Industria y Comercio, centro de notificaciones SIC.

que el mismo a través de sus empresas, incurrió en prácticas colusorias por objeto y efecto, en procesos de contratación pública.

Las Resoluciones sancionatorias corresponden a los siguientes actos administrativos: (i) 54695 de 16 de septiembre de 2013; (ii) 54693 de 16 de septiembre de 2013.

En ambos procesos administrativos la Superintendencia determinó que los investigados fraguaron una estrategia colusoria con el fin de participar en cada concurso público mediante la **presentación de varias ofertas, presuntamente independientes, por diversas empresas que en realidad hacían parte de un grupo empresarial.**

Así, los señores Nule, a través de las empresas infractoras en cada caso, desplegaron la conducta sancionada mediante las siguientes actuaciones:

- ✓ El ocultamiento de la existencia de un grupo empresarial a través de la inobservancia del Código de Comercio que impone la obligación a las personas jurídicas de inscribir y declarar la existencia de situaciones de grupo empresarial.
- ✓ La presentación de dos propuestas supuestamente independientes por parte de empresas del grupo mediante consorcios y promesa de sociedad futura, que, según la Superintendencia, fungían como una sola al provenir de los controlantes del grupo, sin que dicha situación pudiese ser advertida por la Entidad contratante. Ello implicó la manipulación de probabilidades de adjudicación a favor del grupo empresarial.
- ✓ Direccionamiento de la participación de los consorcios adjudicatarios en cada caso; y administración y manejo del contrato adjudicado por parte del Grupo Nule.

1. En la Resolución 54695 de 16 de septiembre de 2013, se encontró:

1.1.- Sujetos investigados y sancionados

(I) Empresas PONCE DE LEÓN Y ASOCIADOS S.A. INGENIEROS CONSULTORES ASOCIADOS y BITÁCORA SOLUCIONES COMPAÑÍA LTDA;
(II) Personas naturales MANUEL FRANCISCO NULE; MIGUEL EDUARDO NULE;

GUIDO ALBERTO NULE; ANTONION JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO y JORGE LUIS BETIN RODRÍGUEZ.

Los investigados se presentaron al concurso a través de la conformación de un consorcio y una promesa de sociedad futura así: (i) CONSORCIO SUPERVISORES INTER ICBF-2007, del cual hacía parte la Sociedad **PONCE DE LEÓN ASOCIADOS S.A. INGENIEROS Y CONSULTORES**, e HIDROTEC LTDA, esta última no hacía parte del Grupo Nule; y, (ii) PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA “SUPERVISIONES DESARROLLO SOCIAL COLOMBIA, de la que hacía parte **BITÁCORA SOLUCIONES S.A.**, perteneciente al Grupo Nule²⁹.

Según la Superintendencia, en un concurso público celebrado por una entidad del Estado, la competencia abarca a aquellas personas que estén en capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar y que adicionalmente hayan decidido participar como proponentes, y por tanto, presentar una oferta dentro del proceso de selección.

De acuerdo con lo anterior, el mercado relevante se circunscribió al concurso público ICBF-SN-014-2007, celebrado por el ICBF y cuyo objeto, en síntesis, era contratar el control y la supervisión técnica y administrativa de programas como raciones de emergencia, desayunos infantiles y recuperación nutricional, entre otros.

Según la Administración, los sancionados contravinieron lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959³⁰ y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992³¹.

²⁹ De ésta también hacían parte otros integrantes no correspondientes al Grupo o cuya investigación administrativa fue cerrada por no contar con las suficientes pruebas para establecer que incurrieron en colusión, como Horacio Mendoza, Rina Mendoza, A.C.I., Proyectos S.A. y GCS GeoconsultingServices S.A.

³⁰“ARTÍCULO 1º. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas.

Parágrafo. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general”.

³¹ ARTICULO 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se

Lo anterior se constató mediante la realización de las conductas que anteriormente se señalaron, y cuyas pruebas fueron valoradas como indicios, que evaluados uno a uno y en su conjunto llevaron a concluir la existencia de una conducta colusoria.

En este orden, las conductas generadoras de un acuerdo colusorio se probaron así:

- ✓ En cuanto al ocultamiento de la situación de grupo empresarial, en primer lugar, se estableció mediante la **Resolución No. 126-07070** de 2010 expedida por la Superintendencia de Sociedades, la **existencia de un grupo empresarial** del cual eran controlantes conjuntos MANUEL FRANCISCO NULE, MIGUEL EDUARDO NULE y GUIDO ALBERTO NULE.

Dentro de las varias empresas que hacen parte del Grupo, además de las investigadas, se destacan: MNV S.A., GAS KAPITAL GR S.A., AGUAS KAPITAL BOGOTÁ S.A. E.S.P., CONCESIÓN AUTOPISTA BOGOTÁ – GIRARDOT S.A.

La Resolución citada indicó que MANUEL FRANCISCO NULE, MIGUEL EDUARDO NULE y GUIDO ALBERTO NULE, participan indirectamente a través de las empresas MNV S.A., y GAS KAPITAL GR S.A. en las demás sociedades que conformaban el grupo.

La Superintendencia de Sociedades puntualizó que para declarar la existencia del Grupo Empresarial, además del vínculo de subordinación, es necesario que exista entre las entidades **unidad de propósito y dirección**, las cuales se constataron en el presente Grupo.

Así, sobre la unidad de propósito se estableció que el objetivo común consiste en la ejecución de diversas obras resultantes de procesos de

consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

(...)

9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas”.

selección contractual cursados por diferentes entidades del Estado, y que los mismos no se limitan a contratos de obra, sino también a los relacionados con el bienestar social, como es el caso de los adelantados por el ICBF en ambos procesos licitatorios. Por su parte, la unidad de dirección está dada porque los sujetos controlantes hacen parte de las juntas directivas de varias de las empresas del Grupo.

En adición, la Superintendencia de Sociedades estableció que las empresas del Grupo se avalaban entre sí con el fin de cumplir obligaciones financieras. En este punto se relacionan **actas de juntas directivas, de asambleas, y de socios** en las que consta dicha situación, es decir, se tiene en cuenta no sólo la Resolución de la Supersociedades, sino también el contenido de las mencionadas actas como prueba.

De otra parte la Superintendencia de Industria y Comercio, pudo también verificar la existencia del grupo y su unidad de objeto, mediante **correos electrónicos** en los que señalaba **la relación de obligaciones laborales y crediticias** en las que se especificaban las empresas conformantes del Grupo, incluyendo a las sociedades investigadas. Del mismo modo, obran correos electrónicos en los que se observa, por ejemplo, que AGUAS KAPITAL contaba con información correspondiente a asuntos internos de otras empresas respecto de los cuales no debería, en principio, tener acceso, pero que se explica en la existencia del Grupo; y, también mediante correos electrónicos se establece la existencia de vinculaciones laborales que muestran la capacidad de coordinación por parte de las empresas MNV y GAS KAPITAL sobre las demás empresas del Grupo, las cuales a su turno, eran controladas por los señores Nule.

Establecida, entonces, la existencia del Grupo Empresarial, se constató el **ocultamiento** del mismo, pues **al ICBF no le era posible establecer que las empresas PONCE DE LEÓN y BITÁCORA hacían parte del Grupo Nule** dado que su composición accionaria no evidenciaba ningún vínculo societario entre dichas empresas con las otras del Grupo ni con sus controlantes, lo que de paso muestra que el cuestionado control era indirecto. Tampoco se había cumplido con la obligación de registrar el Grupo en la Cámara de Comercio según indica el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, en los eventos en que se configuren los supuestos consagrados en los artículos 260 y 261 del C. de Co.

Ahora, **de haberse sabido la existencia del Grupo Empresarial, la Entidad habría rechazado las propuestas presentadas** puesto que, según el Pliego de Condiciones, la presentación de dos propuestas por empresas que hacen parte del mismo grupo empresarial hubiera configurado la causal de rechazo contenida en el numeral 3.7 del mismo. Así las cosas, lo único que podía evidenciar el ICBF es que las empresas investigadas se encontraban compitiendo por la adjudicación del contrato, dado el ocultamiento del Grupo Empresarial mencionado.

- ✓ Sobre la **presentación de dos propuestas supuestamente independientes**, se estableció la existencia de señales de un acuerdo colusorio, respecto de los formatos de la presentación de valores de los ítems y el factor multiplicador.

Así, al compararse los formatos presentados por cada uno de los proponentes se advirtió que los mismos, con excepción de los investigados, fueron diligenciados de forma autónoma y separada de conformidad con sus costos particulares, lo cual se refleja en que los formatos del factor multiplicador son diferentes en cuanto al contenido de los ítems y sus respectivos porcentajes.

Es de anotar que este proceso licitatorio fue dividido en macro regiones, habiendo las investigadas participado para las 1 y 3. De este modo, el formato del factor multiplicador diligenciado para ambas subregiones, si bien es diferente en su forma es idéntico en su contenido, con los mismos ítems y en repetidas ocasiones con los mismos porcentajes. Además, se estableció que el contenido de los formularios presentados por los investigados no coincide de manera exacta con lo establecido por la Entidad.

De lo anterior, la Administración infiere que **existió un diligenciamiento conjunto de las propuestas de los investigados**, convirtiéndose este hecho en un indicio más de que aquellas se encontraban desarrollando los objetivos del Grupo Nule, que en este caso, correspondían a distorsionar el proceso competitivo, mediante la presentación de dos propuestas que aparentaban ser independientes, pero que en realidad no lo eran.

Es así como presentar dos ofertas por parte de dos empresas de un mismo grupo empresarial, permitió a BITÁCORA y a PONCE DE LEÓN, incrementar sus probabilidades de éxito en detrimento de las del resto de los competidores.

- ✓ El **direccionamiento del CONSORCIO SUPERVISORES INTER – ICBF 2007 por parte del Grupo Nule**, se constata en el hecho de que las actuaciones en el proceso licitatorio dependían de la dirección que al efecto impartieran los controlantes del Grupo, es decir, los señores Nule.

La Administración señala que el Grupo Nule, además de orquestar la forma en que iban a participar algunas de sus empresas en el concurso – conducta por objeto -; una vez lograda la adjudicación del contrato de la macro región 3³² – conducta por efecto -, manejó todas las tareas de administración del contrato adjudicado.

Se determinó, entonces, que la adjudicación de dicho contrato se logró en cumplimiento de los objetivos del Grupo y no particularmente para la Empresa PONCE DE LEÓN, a través del Consorcio.

Este hecho particular fue probado también mediante **correos electrónicos**. Uno de ellos da cuenta de que AGUAS KAPITAL, como parte del Grupo, solicitó a sus abogados la elaboración del contrato 991 de 2007 cuyo adjudicatario fue el Consorcio del que hacía parte PONCE DE LEÓN.

En otro correo de AGUAS KAPITAL, se adjunta un archivo en el que se encuentra la carga salarial denominada “desayunos infantiles”, que responde al objeto del contrato del ICBF adjudicado a PONCE DE LEÓN a través del Consorcio. Se evidencia, entonces, que GAS KAPITAL, como integrante del Grupo, manejaba los asuntos relacionados con el contrato adjudicado y ello muestra que la adjudicación se efectuó en la práctica al Grupo Nule y no a la Empresa parte del Consorcio.

Bajo el contexto señalado, la SIC acota que las empresas del Grupo Nule requerían una administración centralizada de la totalidad de sus proyectos, y esta se realizó mediante GAS KAPITAL y MNV.

³² Adjudicado al mencionado Consorcio.

En adición, consta mediante un **acta de junta directiva** de PONCE DE LEÓN que los socios de BITACORA estaban relacionados laboralmente con aquella. Así por ejemplo, el funcionario VICTOR HUGO MACEA, siendo socio de BITACORA apoyaba a PONCE DE LEÓN en la adjudicación de licitaciones, lo que demuestra la asesoría de un funcionario de la competencia. Igualmente, por medio de comprobantes de nómina se pudo confirmar la vinculación laboral comentada.

Por su parte, se encontró que JORGE LUIS BETIN RODRIGUEZ, socio de BITÁCORA, presentó una reclamación laboral a PONCE DE LEÓN, la cual fue objeto de reconocimiento mediante un **contrato de transacción**.

En este mismo sentido, se encontró, mediante correos electrónicos, **un manejo de nómina unificado del CONSORICO SUPERVISORES INTER ICBF, para el contrato adjudicado** por parte de AGUAS KAPITAL; y la existencia de un **contrato de cesión de los derechos económicos del Consorcio**, también mediante un e-mail enviado desde una funcionaria de AGUAS KAPITAL a otra de MNV, ambas empresas del mismo Grupo.

Otro indicio importante es un **correo electrónico** que demuestra la indicación de direcciones diferentes, cuando se pudo comprobar que ambas empresas funcionaban en el Edificio Torre Empresarial.

Concluye la SIC que los **reiterados cruces de información y los avales económicos** entregados entre sus miembros, evidencian el accionar interdependiente que tuvo lugar entre sociedades que de facto obedecían a una misma cabeza bajo el mando de MANUEL, MIGUEL y GUIDO NULE. De esta forma, aunque formalmente se presentaban al mercado como competidores autónomos, su finalidad era falsear la competencia y aumentar las probabilidades de adjudicación.

Así las cosas, resultan multados los investigados hallados responsables con una suma ejemplar, que tiene como fin no solo sancionar el hecho sino además servir de medio persuasivo, por cuanto, en este caso, la conducta afecta, además, el gasto público y un segmento vulnerable de la población.

A las empresas y a las personas controlantes se les condenó en la suma de \$2.614.432.500, cada uno; y, a los administradores, en la cantidad de \$261.738.000.

2. La Resolución 54693 de 16 de septiembre de 2013

Frente a este caso, es de recalcar que se encontró también la ocurrencia de las conductas que dieron lugar a que la SIC concluyera la existencia de un acuerdo colusorio, es decir, el ocultamiento de la existencia del Grupo, la presentación de ofertas aparentemente independientes, y el direccionamiento de la participación del CONSORCIO INTER-ICBF 2007 en el Concurso Público CP-ICBF-SN-005-2007; y administración y manejo del contrato adjudicado a dicho consorcio por parte del Grupo Nule.

2.1. Los sujetos investigados y sancionados:

Las empresas PONCE DE LEÓN Y ASOCIADOS S.A., BITÁCORA SOLUCIONES LTDA; MNV S.A; y las personas MANUEL, MIGUEL y GUIDO NULE.

Los implicados participaron conformando: (i) la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA INTERVENTORÍA DE LA CONCECIÓN PLANTAS VALLE – ATLÁNTICO, integrada por **BITÁCORA LTDA**, y otros³³; (ii) CONSORCIO INTER – ICBF 2007, por **PONCE DE LEÓN** y otro³⁴; (iii) CONSORCIO INTERVENTORÍA INDUSTRIAL 2007, en el que participó **MNV S.A.**, y otros³⁵.

El mercado relevante se halla conformado por el Concurso Público CP-ICBF-SN-005-2007, cuyo objeto, en síntesis, era la interventoría administrativa técnica, operativa y de control de calidad al contrato de concesión para la operación de las plantas de producción de alimentos de alto valor nutricional de propiedad del ICBF (Bienestarina).

El análisis de la conducta versa sobre los mismos supuestos fácticos constatados frente al caso anterior, habiendo acudido esencialmente a los mismos medios probatorios.

³³Cuya investigación fue archivada.

³⁴HidrotecLtda, no investigado.

³⁵No investigados.

Se destacan los siguientes elementos diferenciadores:

- ✓ La participación de MNV S.A., con una propuesta que fue inhabilitada por la Entidad, como estrategia para distorsionar el proceso competitivo de la licitación. En este punto, señaló la SIC que el Grupo habría decidido que a menor número de competidores sólo se harían efectivas las propuestas de dos de sus empresas.
- ✓ También se detectaron inconsistencias en los formatos de la presentación de valores de los ítems y el factor multiplicador que hacen inferir la existencia de un acuerdo colusorio. Sin embargo, esas inconsistencias se refieren a que los proponentes diligenciaron los rubros correspondientes a “Personal Profesional” y “Profesional Técnico” según lo establecido en los términos de referencia, en cambio, los investigados, ubican a los “Auxiliares Visitador Campo” y al “Técnico en Sistemas” en el ítem correspondiente a “Personal Profesional”, cuando los demás proponentes los sitúan en el ítem perteneciente a “Personal Técnico”. Este indicio lleva a colegir que hubo un diligenciamiento conjunto de las propuestas.

Finalmente, informa la entidad que actualmente se encuentra en etapa probatoria una actuación administrativa en el caso Patios-Ponce de León.

✓ **LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

El Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia indicó que en la actualidad cursan (7) procesos contra los señores MANUEL FRANCISCO NULE VELILLA, MIGUEL EDUARDO NULE VELILLA Y GUIDO ALBERTO NULE MARIÑO, (6) en estado de indagación y en (1) se profirió sentencia condenatoria y se encuentra en Casación, sin señalar sobre que delito pero se verificó y fue por peculado por apropiación agravado por cuantía.

✓ **MINISTERIO DEL TRABAJO**

La Doctora Sonia Guarín Pulecio, referente a la declaratoria de unidad de empresa del “Grupo Empresarial Nule”, manifestó que una vez verificada la información suministrada por las Direcciones Territoriales del Ministerio del Trabajo, se pudo establecer que no ha

sido declarada la unidad de empresa del Grupo Empresarial Nule” y que no se han recibido solicitudes en tal sentido.

De lo anterior, se observa que las distintas entidades del Estado en cumplimiento de sus funciones de oficio o a petición de parte como en algunos casos, por expreso requerimiento de la Contraloría General de la República, han iniciado y adelantados las correspondientes investigaciones judiciales y actuaciones administrativas, en las cuales se logró demostrar como los Nule y su grupo empresarial se prepararon para defraudar al Estado.

A pesar de todas las actuaciones desplegadas por las distintas entidades, órganos de control y autoridades judiciales en cumplimiento de sus funciones y desde diferentes puntos de vistas, para el Estado no ha sido posible la recuperación directa del patrimonio público, propósito fundamental de la Contraloría General de la República con la acción popular presentada.

Ahora bien, la accionante afirma que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en un defecto especial al proferir las providencias cuestionadas “por ausencia de motivación que se traduce en ausencia de decisión frente a la petición expresa de la CGR sobre el levantamiento del velo corporativo”³⁶ y, adicionalmente, por la falta de dirección y gestión del proceso, en especial, con el trámite de las solicitudes de levantamiento del velo corporativo y la valoración de los documentos y medios de prueba aportados al plenario.

Al efecto y verificado el plenario se encontró lo siguiente:

✓ El 29 de noviembre de 2010, el Doctor JOSE MANUEL ALJURE ECHEVERRY, en calidad de apoderado especial de la NACIÓN – CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, presentó la acción popular contra MANUEL FRANCISCO NULE VELILLA, MIGUEL EDUARDO NULE VELILLA Y GUIDO ALBERTO NULE MARIÑO, y el grupo empresarial NULE y otras personas naturales y jurídicas, en defensa del patrimonio público, la moral administrativa, el goce al espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, en la cual solicitó entre otras cosas, lo siguiente:

***“Cuarta:* ordenar a las personas que se han denominado Los Contralores en esta demanda, directamente o a través de los patrimonios de las sociedades en**

³⁶ Folio 6, Cuaderno principal demanda de acción de tutela

las que sean socios y los funcionarios públicos demandados, como los **RESPONSABLES DIRECTOS** a indemnizar a las entidades públicas que fueron víctimas de sus operaciones, tanto en la actividad de la contratación estatal como en la participación societaria en entidades de servicios públicos domiciliarios de carácter estatal, hasta que los montos totales que resulten aprobados con motivo de la presente acción, respecto de cada una de las situaciones descritas como generadoras del daño.

Quinta: Para permitir lo anterior, **desestimar** la personalidad jurídica de las denominadas en esta demanda como sociedades del Grupo Empresarial Nule, de las que se establezcan en el proceso que son socios de las llamadas en esta demanda como las matrices o controlantes; y por ende levantar el velo corporativo". (fls.98, c.anexos contestación tutela)

Además, aportó como prueba la Resolución 126-007070 de 9 de julio de 2010 y su modificatoria, expedidas por la Superintendencia de Sociedades (fls. 208 a 223, Cdno. 2), mediante las cuales se declaró la situación de control conjunto y de grupo empresarial conformado por los señores MANUEL NULE VELILLA, MIGUEL EDUARDO NULE VELILLA Y GUIDO ALBERTO NULE MARIÑO, y las sociedades, que se relacionan a continuación:

1	MNV S. A. en liquidación
2	Gas Kpital Gr S.A. en liquidación
3	Kpital Energy S.A.
4	Translogistic S. A.
5	Compañía Energética del Tolima S. A. ESP
6	Enertolima Inversiones S. A. ESP
7	Empresa de Energía de Pereira S.A. ESP
8	Bitácora Soluciones Compañía Ltda en Liquidación
9	Concesión Autopista Bogotá – Girardot S. A.
10	Ponce de León y Asociados S. A.
11	Aguas Kpital Bogotá S. A. ESP
12	Aguas Kpital Macondo S. A. ESP
13	Aguas Alto Magdalena S. A. ESP
14	Aguas Kpital Cúcuta S. A. ESP
15	Aguas de Los Patios S. A. ESP

✓ Mediante auto de 13 de diciembre de 2010, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda de acción popular, negó las medidas cautelares, ordenó la notificación a las partes, vinculó a unas personas jurídicas y naturales al proceso con el objeto de integrar el extremo pasivo de la controversia.

✓ Mediante escrito de 7 de enero de 2011, el apoderado especial de la Contraloría General de la República presentó recurso de reposición contra el auto de 13

de diciembre de 2010, solicitando hacer efectivas las medidas cautelares sobre los bienes que puedan tener en el exterior los demandados en la acción popular.

✓ Mediante auto de 9 de marzo de 2011, el Despacho procede a resolver los siguientes aspectos: “1) solicitud de vinculación al proceso de personas y organismos (fls.28 y 29 Cdo. ppal); 2) recurso de reposición contra el auto de 13 de diciembre de 2010, por el cual se negó el decreto de las medidas cautelares (fls. 37 a 47 cdno. ppal); 3) la solicitud posterior de medidas cautelares; 4) vinculación procesal de otros posibles responsables; y 5) orden de desagregación procesal de un documento. En el cual resuelve:

- 1) *Con relación a la solicitud de vinculación al proceso como posible responsable de las personas relacionadas en la Sección 1. de las consideraciones de esta providencia, lo mismo que de la Procuraduría General de la Nación para que ejerza vigilancia especial de este asunto, **estése** a lo dispuesto en los ordinales 4 y 5 del auto del 13 de diciembre de 2010.*
- 2) **No reponer** el ordinal 10 del auto del 13 de diciembre de 2010, en cuanto se denegó las medidas cautelares solicitadas.
- 3) **Decrétese** como medida cautelar el embargo y secuestro de los bienes que se relacionan a continuación
- 4) **Vinculase** al proceso en calidad de posibles responsables a las siguientes personas.
- 5) **Por Secretaría desagregúese** el memorial que obra al folio 89 del cuaderno principal del expediente.(fls. 184 a 205)

✓ Mediante comunicación de 17 de marzo de 2011, el apoderado especial de la Contraloría presentó una petición especial sobre la decisión del Tribunal de negar las medidas cautelares y, también solicitó lo siguiente:

“2. SOLICITUD DE LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO

De otro lado, solicito comedidamente a su Despacho el levantamiento del velo corporativo de la sociedad SOLUTIONS AND INFRASTRUCTURE TECHNOLOGIES SAS y de las matrices controlantes de ésta, esto es, de la sociedad SOLUTIONS AND INFRASTRUCTURE TECHNOLOGIES INTERNACIONAL, QUANTEK ASSET MANAGEMENT LLC, INVERTOTAL S.A DE C.V HANSA HOLDINGS LTD, Y ARCO CAPITAL CORPORATION, así como de las demás sociedades que conforman el Grupo Nule que se estime conveniente, en orden a que se haga efectivo y sea garantizado el pago de las acreencias a favor del Estado, haciendo que respondan directamente con su patrimonio las sociedades y personas naturales vinculadas a los hechos de la presente acción, con fundamento en el artículo 44 de la Ley 190 de 1995 que expresa:

“Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta (sic)”

(...)

Tal como lo exponen los hechos, en el caso del declarado Grupo Empresarial Nule se han detectado diferentes actuaciones maliciosas, desleales o deshonestas de los accionistas y controlantes, generadoras de daños a distintas entidades públicas; actuaciones entre las que se cuenta la ejecución irregular de contratos y la venta de participaciones en las sociedades controladas realizadas de manera fraudulenta y lesiva al patrimonio público. De tal manera que es procedente el LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO solicitado”. (fls. 210 a 212)

✓ Mediante auto de 20 de mayo de 2011, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, resolvió:

2) En relación con la solicitud del levantamiento del velo corporativo de unas sociedades de derecho privado que, a juicio de la parte demandante, son responsables de los hechos esgrimidos con la demanda, no es cierto que no haya sido resuelta, toda vez que, en el auto de 9 de marzo de 2011 (fls. 119 a 140 cdno Ppal) con ocasión de resolver el recurso de reposición que denegó la orden de medidas cautelares, se determinó no reponer la decisión impugnada, por no haber mérito para ello; sin embargo, en forma oficiosa, por existir unos nuevos elementos probatorios allegados con posterioridad a la decisión inicial, se estimó procedente decretar unas medidas cautelares, tal como explícitamente se encuentra consignadas en la sección No 3 de la providencia de 9 de marzo de 2011, y corroborado en la parte resolutive de la misma.

Por consiguiente, resulta huérfana de fundamento la manifestación de la actora relativa a que no ha sido decidida la mencionada petición de levantamiento del velo corporativo de unas sociedades de derecho privado, respeto de cuya situación procesal no ha cambiado la realidad y el material probatoria hasta ahora aportado por la parte demandante, pues, una y otra siguen siendo exactamente los mismos de los valorados al momento de proferir los autos del 13 de diciembre de 2010 y 9 de marzo de 2011, pese a la prescripción expresa y nítida del artículo 30 de la ley 472 de 1998, según el cual: “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 esta tipo de medida.”

Y en el numeral segundo de la providencia en mención, en la parte resolutive determinó:

“ ...Acercas de la solicitud del levantamiento del velo corporativo de algunas empresas de derecho privado, supuestamente comprometidas con los hechos objeto de la demanda, sin perjuicio (sic) de lo resuelto en materia de medidas cautelares en los autos de 13 de diciembre de 2010 y 9 de marzo de 2011, declárese improcedente en ese momento procesal para valorar su procedencia, por continuar siendo la misma realidad probatoria allegada al proceso de aquella tomada en cuenta en su momento para la emisión de tales providencias...” (La negrilla y subraya fuera del texto)

Revisado en detalle el material probatorio obrante en los expedientes de acción de tutela y acción popular, las decisiones proferidas dentro de ésta última y teniendo en cuenta los demás argumentos expuestos por las partes, la Sala encuentra que si bien es cierto el juez de conocimiento de la acción popular sí realizó un estudio en relación con la solicitud de levantamiento del velo corporativo del Grupo Empresarial Nule, también lo es que su fundamentación no tuvo en cuenta la totalidad de las pruebas aportadas las cuales le permitirían vislumbrar no solo el riesgo al patrimonio público, sino la razonabilidad en la procedencia de la medida.

En efecto, el juez popular no tuvo en cuenta la copia de la Resolución 126-007070 y su modificatoria proferidas por la Superintendencia de Sociedades (fls. 208 a 223, Cdno. 2), mediante las cuales se declaró la situación de control conjunto y de grupo empresarial de los señores MANUEL NULE VELILLA, MIGUEL EDUARDO NULE VELILLA Y GUIDO ALBERTO NULE MARIÑO, y de las cuales se desprende claramente las sociedades que conforman dicho grupo – *identificación plena* de las mismas-.

Adicionalmente, omitió el análisis de los documentos de los cuales se observa la grave situación de los hechos y, concretamente, del detrimento patrimonial ocasionado por los señores Nule Velilla, Nule Mariño y el Grupo Empresarial Nule a las diferentes entidades del Estado; hecho que por lo demás y a la luz de la normas procesales correspondientes puede llegar a constituirse en notorio, razón por la cual y al tener esa connotación no requiere demostración alguna.

Desconociendo lo anterior y en claro quebranto de los derechos fundamentales de la actora, decidió la medida previa solicitada declarándola improcedente, con argumentos tales como: i) no era el momento procesal; ii) continúa siendo la misma realidad probatoria y que la carga de la prueba correspondía al demandante.

En relación con los argumentos señalados por el juez popular, la Sala hará las siguientes precisiones:

i) No era el momento procesal para decidir sobre la solicitud de levantamiento del velo corporativo.

De conformidad con el artículo 25 de la Ley 472 de 1998, el juez de conocimiento puede, antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime

pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. Es por esta razón de orden legal que no se encuentra justificación alguna que permita considerar aceptable que el juez constitucional, a pesar de pronunciarse sobre la solicitud de la accionante, no haya tenido en cuenta los documentos que la soportaban y la urgencia de la misma, toda vez que se encuentra dirigida a evitar un daño mayor a los derechos colectivos como es al patrimonio público.

Esta omisión del operador judicial sin justificación alguna, se traduce en una falta al deber de dirección y gestión del proceso, pues, dilató la decisión de la medida.

ii) Continúa siendo la misma realidad probatoria y que la carga de la prueba corresponde al demandante.

Si bien la norma que regula el proceso de las acciones populares expresamente señala que la carga de la prueba la tiene el accionante, es de anotar que dicha norma, no exime al juez de conocimiento en cumplimiento de sus deberes como director del proceso decretar pruebas de oficio que considere necesarias para el mismo, en caso que las pruebas aportadas por los accionantes previamente valoradas por el juez, no sean suficientes para tomar una decisión, es decir, el Juez Constitucional éste puede decretar en cualquier momento las pruebas necesarias para poder tener más claridad sobre los hechos y tomar una decisión sobre la situación planteada.

En el caso sub lite, el Tribunal expresamente manifiesta que no han cambiado las pruebas allegadas al proceso, justificando con este pronunciamiento una de las razones por las cuales no se decidió sobre las demás solicitudes de levantamiento del velo corporativo formulado por la actora.

Al respecto, se reitera que **no se evidencia dentro del proceso una valoración previa de las pruebas allegadas al proceso, ni pronunciamiento alguno sobre el hecho notorio; tampoco una actuación proactiva por parte del juez de conocimiento de la acción popular**, quien solamente se limitó a manifestar que “*no han cambiado las pruebas*”, sin generar un impulso propio al proceso mediante el decreto oficioso de las pruebas que considerara necesarias, pertinentes y conducentes para proferir un decisión final sobre la solicitud de levantamiento del velo corporativo.

Es evidente que la inactividad del juez constitucional en este caso incrementa de alguna manera el riesgo al detrimento patrimonial del Estado, pues, ocasiona una dilación del

proceso constitucional sin justificación alguna, el cual pretende la recuperación del patrimonio público, por cuanto no fue administrado cumpliendo los principios de eficiencia y transparencia, ni de acuerdo con su objeto ni en busca de la finalidad social del Estado, generando dicha omisión una abierta violación al derecho de acceso a la administración de justicia y al debido proceso.

Sobre el particular, la Sala estima imperioso destacar la importancia de los poderes del juez constitucional. En efecto, de acuerdo con la Ley reguladora de la acción popular, la misma se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior si ello fuere posible- (*artículo 2 ley 472 de 1998 / artículo 144 ley 1437 de 2011*)-, cuando quiera que por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, sean violados o amenazados – (*artículo 9 ley 472 de 1998*) -. Casos en los que corresponde al juez popular adoptar las órdenes de hacer o de no hacer, definiendo de manera precisa la conducta a cumplir, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño y, en fin, exigir la realización de las conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible -(*artículo 34 ley 472 de 1998*), de manera tal que se garantice la eficacia de los derechos vulnerados, como lo exige el artículo 88 constitucional.

Ciertamente, el juez está facultado ***para adoptar las medidas que, conforme a la situación fáctica probada, sean conducentes y pertinentes para obtener la protección de dichos derechos.***

Lo anterior guarda coherencia con el artículo 2º de la Constitución Política al establecer que “*las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*”.

En cuanto a los fines esenciales del Estado encontramos entre otros los de “*servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*” (ARTÍCULO 2 C.P.).

Resulta importante mencionar que la supremacía de las normas constitucionales exige, antes que la evocación de un enunciado formal de prevalencia de los derechos colectivos, **su plena eficacia material**. Y a ese objetivo debe orientarse imperiosamente la actividad de las autoridades, incluyendo la tarea del juez de la acción popular, **pues un entendimiento distinto conduciría al desconocimiento de uno de los fines esenciales del Estado social**, para el efecto la participación en la protección de los derechos colectivos con la eficacia que su trascendencia exige. Desde antaño se conoce que un derecho se garantiza si está dotado de mecanismos de protección eficaces, de manera que no es dable sostener que la Carta Política garantiza los derechos colectivos si las autoridades encargadas de su protección no cumplen los deberes que les son exigibles **y si el juez no corrige eficazmente las irregularidades que lesionan principios rectores de la actividad administrativa**, conjurando oportunamente hechos u omisiones capaces de generar daños colectivos, con el fin de superarlos, restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible. Quiere decir, entonces que, **en atención a la naturaleza de la acción, su origen constitucional, la clase de derechos e intereses que protege y los efectos de las medidas que puede adoptar, el juez de la acción popular no limita su decisión a los hechos, pretensiones y excepciones alegadas y probadas por las partes, como se infiere de los poderes que le otorgó la Ley 472 de 1998, sino que su deber tiene que ver con la adopción de las medidas que sean necesarias en pro del interés colectivo como lo demandan los mandatos superiores bajo análisis**.

Ahora bien, es evidente que el carácter prevalente de estas acciones ha sido otorgado prima facie por el constituyente y el legislador. La acción goza de especial regulación y protección a la luz de los artículos 1, 88 y 94 de la Constitución, por lo que los poderes y facultades del juez constitucional se otorgan en razón a la naturaleza del instrumento y a la calidad de los derechos que se pretenden proteger.

Tal facultad es especial únicamente por la protección a los derechos que están en juego en estas acciones. La Acción Popular tiene un carácter especial que la diferencia de todas las demás acciones, idea que se ha establecido por el legislador desde el momento de creación de la ley de acciones populares. Es por el carácter público de tal acción y por el derecho colectivo que busca su protección que se configura tal singularidad. La acción popular no configura una litis ordinaria sino que dado su carácter preponderante tiene un derecho colectivo que implica a toda la comunidad que busca su protección.

Así pues, en el caso de autos y teniendo en cuenta las características únicas de la controversia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca debió adoptar las medidas conducentes, pertinentes y eficaces para la protección de los derechos e intereses colectivos en juego.

En estos términos, para la Sala es claro que en el sub lite se configura un defecto fáctico por déficit de valoración probatoria y por omisión en el decreto de pruebas de oficio si las consideraba necesaria por parte del juez constitucional, hecho que es de fundamental importancia para la acción popular que busca salvaguardar el derecho colectivo al patrimonio público, el cual ostenta una doble finalidad como lo ha sostenido esta Corporación, en Sentencia de 21 de mayo de 2008. Exp. 01423-01. C.P. Ramiro Saavedra Becerra, al señalar: “la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento; y la segunda, que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados; todo ello, obviamente, conforme lo dispone la normatividad respectiva” y garantizar el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, derechos consagrados en los artículos 29 y 229 de la Carta Política.

Al respecto es importante anotar que el acceso a la administración de justicia “*permite a los individuos contar con un **instrumento esencial de convivencia armónica**, en tanto otorga la **oportunidad de resolver las controversias y conflictos mediante la intermediación de un juez** que actuando de manera independiente resolverá la controversia de que se trate en una decisión motivada, proferida con sujeción al procedimiento y a las garantías previstas en la Constitución y en la ley. Ello supone el cumplimiento del debido proceso, según el cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa y con observancia plena de las formas de cada juicio (CP. art. 29)*”.

Por lo que hace a su **contenido**, en esta decisión también se dijo que el derecho de acceso a la administración de justicia, no sólo debe ser entendido como “*la posibilidad de poner en funcionamiento el aparato judicial mediante el ejercicio del ius postulandi*”. También tiene que ser considerado como “*la garantía de la igualdad procesal de las partes, la resolución de las peticiones y el examen razonado de los argumentos expuestos por quienes intervienen en el litigio, el análisis objetivo de las pruebas que obren en el proceso, bien sean las allegadas por las partes, ya las que el juez o magistrado en ejercicio de sus facultades legales decreta por considerarlas útiles para la verificación de los hechos que se controvierten, en aras de garantizar el interés público del proceso, así como la*

*búsqueda de la verdad real, de suerte que pueda proclamarse la vigencia y realización de los derechos vulnerados*³⁷.

En consecuencia, la Sala tutelar los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia de la Contraloría General de la República, y en ese sentido: **i)** Dejar sin efecto los apartes correspondientes de los autos de fechas de 13 de diciembre de 2010, 9 de marzo de 2011, y 20 de mayo de 2011 referentes a la solicitud del levantamiento del velo corporativo, **ii) SE ORDENARA AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**, que proceda a levantar el velo corporativo de las Sociedades que conforman el Grupo Empresarial NULE, de acuerdo con lo solicitado por la actora y conforme a lo señalado en esta providencia; **iii)** Comunicar esta decisión a la Superintendencia de Sociedades, a la Fiscalía General de la Nación y la Superintendencia Financiera de Colombia, entidades que actualmente adelantan procesos contra el Grupo Empresarial Nule.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: REVÓQUESE la sentencia de 12 de agosto de 2013, proferida por la Sección Quinta de esta Corporación. En **CONSECUENCIA, AMPARASE** los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso de la administración de justicia invocados por la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, DEJESE SIN EFECTO** los apartes correspondientes de los autos de fechas de 13 de diciembre de 2010, 9 de marzo de 2011, y 20 de mayo de 2011 referentes a la solicitud del levantamiento del velo corporativo, y **ORDÉNESE** al **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia **i)** proceda a levantar el velo corporativo de las Sociedades que conforman el Grupo Empresarial NULE, de acuerdo con lo solicitado por la actora y conforme a lo señalado en esta providencia; **ii)** Comunicar esta decisión a la Superintendencia de Sociedades, a la Fiscalía General de la Nación y la Superintendencia Financiera de Colombia, entidades que actualmente adelantan procesos contra el Grupo Empresarial Nule.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-203/11, M.P Carlos Henao Pérez

SEGUNDO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha,

GUILLERMO VARGAS AYALA
Presidente
Salvamento de voto

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO