

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia excepcional

Tal como lo consagra el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela está establecida, como regla general, para la protección de los derechos constitucionales fundamentales de las personas frente a la amenaza o vulneración provenientes de acciones u omisiones imputables a autoridades públicas. Sólo de manera excepcional, se contempla la posibilidad de su ejercicio contra particulares: (i) encargados de la prestación de un servicio público, o (ii) cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o (iii) respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (Art. 86, inciso 5º de la C.P. y artículo 42 del Decreto 2591 de 1991).

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES CUANDO EXISTE UNA RELACION DE INDEFENSION O SUBORDINACION-Jurisprudencia constitucional sobre procedencia excepcional

SUBORDINACION E INDEFENSION-Concepto

Esta Corporación ha precisado que “la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate”.

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES CUANDO EL AFECTADO SE ENCUENTRA EN ESTADO DE INDEFENSION-Lineamientos constitucionales para establecer si una persona se encuentra en estado de indefensión

i) la falta, ausencia o ineficacia de medios de defensa de carácter legal, material o físico, que le permitan al particular que instaura la acción, contrarrestar los ataques o agravios que,

contra sus derechos constitucionales fundamentales, sean inferidos por el particular contra el cual se impetra la acción -sentencias T-573 de 1992; 190 de 1994 y 498 de 1994, entre otras-. ii) la imposibilidad del particular de satisfacer una necesidad básica o vital, por la forma irracional, irrazonable y desproporcionada como otro particular activa o pasivamente ejerce una posición o un derecho del que es titular -sentencias T-605 de 1992; T-036; T-379 de 1995; T-375 de 1996 y T-801 de 1998, entre otras- iii) la existencia de un vínculo afectivo, moral, social o contractual, que facilite la ejecución de acciones u omisiones que resulten lesivas de derechos fundamentales de una de las partes v.gr. la relación entre padres e hijos, entre cónyuges, entre copropietarios, entre socios, etc. - sentencias 174 de 1994; T-529 de 1992; T-; T-233 de 1994, T-351 de 1997. iv) El uso de medios o recursos que buscan, a través de la presión social que puede causar su utilización, el que un particular haga o deje de hacer algo en favor de otro. v.gr. la publicación de la condición de deudor de una persona por parte de su acreedor en un diario de amplia circulación -sentencia 411 de 1995- la utilización de personas con determinadas características -chepitos-, para efectuar el cobro de acreencias - sentencia 412 de 1992-; etc.”

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES CUANDO EL AFECTADO SE ENCUENTRA EN ESTADO DE INDEFENSION-Para su procedencia el juez debe valorar las circunstancias de hecho con el fin de inferir si existe o no una desventaja ilegítima

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD-Procedencia de la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable pese a existir otro medio de defensa judicial

Será procedente la acción de tutela como mecanismo constitucional, cuando dichos medios de defensa judicial a pesar de ser idóneos, no resultan eficaces para evitar un perjuicio irremediable.

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Características

ACCION DE TUTELA-Procedencia si perjuicio irremediable está acreditado en el expediente así sea en forma sumaria/**PERJUICIO IRREMEDIABLE**-Prueba no está sometida a rigurosas formalidades

Cuando se alega perjuicio irremediable, esta Corporación ha señalado que en general quien afirma una vulneración de sus derechos fundamentales con estas características debe

acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria, pues la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones. Sobre el punto, la Corte ha considerado que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de “presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela”. Significa lo anterior que dicho perjuicio debe ser acreditado en el expediente por la parte actora, lo cual si bien no impone rigurosas formalidades, por lo menos exige que los argumentos en que se fundamenta puedan ser verificados sumariamente de las piezas procesales.

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Improcedencia por existir otro medio de defensa judicial y no acreditar perjuicio irremediable

Referencia: Expediente T-5873943

Acción de tutela instaurada por Jorge Enrique Buitrago Alfaro, actuando en su condición de apoderado especial de la Empresa Colombiana de Petróleos -ECOPETROL S.A.-, contra la Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A -AFIB S.A.-.

Magistrado Ponente (e):

JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS.

Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS, MARÍA VICTORIA CALLE CORREA y LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado 58 Administrativo de Bogotá, el 3 de junio de 2016, y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección

Primera, el 10 de agosto de 2016, que resolvieron la acción de tutela promovida por Jorge Enrique Buitrago Alfaro, actuando en su condición de apoderado especial de la Empresa Colombiana de Petróleos -ECOPETROL S.A.-, contra la Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A -en adelante AFIB S.A.-.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y acción de tutela interpuesta

El 19 de mayo de 2016, el señor Jorge Enrique Buitrago Alfaro, actuando en calidad de apoderado especial de la Empresa Colombiana de Petróleos -ECOPETROL S.A.-, interpuso acción de tutela como mecanismo transitorio, en contra de la Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A -AFIB S.A.-, por considerar que ésta vulneró sus derechos constitucionales al debido proceso, a la defensa, y a la propiedad. Lo anterior con base en los siguientes hechos:

1.1. El 8 de mayo de 1997, mediante subasta en la Bolsa de Valores de Bogotá, el señor Fernando Londoño Hoyos realizó la compra de 145 millones de acciones de la empresa ECOPETROL, las cuales se encontraban en cabeza de Inversiones de Gases de Colombia S.A -INVERCOLSA. Esa operación quedó documentada en el título No. 349.

1.2. Con la referida compra, el señor Fernando Londoño Hoyos suscribió contrato de prenda de primer grado en favor de ECOPETROL, para garantizar la obligación de mantener las acciones en su poder por un término de 2 años. Así mismo, suscribió una prenda de segundo grado en favor del Banco del Pacífico de Panamá, constituida con el fin de garantizar el crédito externo de US\$ 8'750.000,00 y otro crédito local por \$926'405.000, que le hizo tal entidad bancaria y con el cual compró las acciones incluidas en el título No. 349.

1.3. El 31 de mayo de 1998, la Asamblea de Accionistas de INVERCOLSA capitalizó la cuenta de revalorización patrimonial y, en virtud de ello, ordenó distribuir a los accionistas dividendos en especie, de lo cual le correspondió al señor Fernando Londoño Hoyos el título No. 392 que incorporó 179'391.099 acciones.

1.4. Sobre los dividendos en especie señalados anteriormente, el señor Fernando Londoño

Hoyos, mediante documento de fecha del 26 de mayo de 1998, constituyó un gravamen abierto y de primer grado en favor del mismo Banco del Pacífico de Panamá.

1.5. El 29 de mayo de 1999, el Banco del Pacífico de Panamá realizó la cesión del crédito y de sus garantías, a AFIB S.A., donde obraba como deudor el señor Fernando Londoño Hoyos. Lo anterior implicó la transferencia de la prenda sobre las acciones. No obstante, el señor Londoño Hoyos incumplió la obligación de pagar el crédito que había sido cedido a AFIB S.A, lo que derivó en la transferencia de la propiedad de las acciones objeto de gravámenes prendarios, a título de dación en pago a favor de AFIB S.A.

B. Hechos referentes a los procesos judiciales

1.6. El 28 de octubre de 1997, ECOPETROL y sus filiales iniciaron proceso ordinario contra el señor Fernando Londoño Hoyos ante el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá, por considerar que la adquisición de 145 millones de acciones se realizó de manera irregular dentro del proceso de privatización de las mismas, impulsado por INVERCOLSA durante el mes de mayo de dicha anualidad. La petición se fundó en que el demandado no gozaba de la calidad especial de trabajador de la entidad con contrato laboral, pues su vinculación tuvo lugar en el marco de un contrato comercial de mandato con representación para ser Presidente y representante legal de esa sociedad, pero no se basó en una relación laboral.

1.7. Dentro del trámite procesal, el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá, en auto del 10 de junio de 2003, admitió la petición de la AFIB S.A para participar en el proceso ordinario en calidad de litisconsorte de la parte demandada, toda vez que adujo y demostró el interés legítimo en la definición de ese proceso judicial.

1.8. En sentencia proferida el 8 de febrero de 2007, el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá declaró ineficaz la adquisición accionaria efectuada por el señor Fernando Londoño Hoyos al no detentar la condición de trabajador de INVERCOLSA, y por ello, ordenó (i) declarar a ECOPETROL, y sus filiales SAGOC y CONDOR, como propietaria de tales acciones; (ii) cancelar el registro de adquisición de las acciones y las inscripciones efectuadas con fundamento en la compra, especialmente la prenda a favor del Banco del Pacífico de Panamá y la dación en pago; (iii) a INVERCOLSA inscribir como propietarias a ECOPETROL y sus filiales, de las acciones comprometidas en la adquisición declarada ineficaz; y, (iv) a Fernando Londoño y a la AFIB S.A., a restituir a ECOPETROL y sus filiales los 145 millones de

acciones compradas, así como los dividendos en dinero y en acciones recibidas, entre otras decisiones.

1.9. Contra esa decisión de la justicia ordinaria civil, el señor Fernando Londoño Hoyos y la AFIB S.A. presentaron recurso de apelación, siendo confirmado el fallo mediante sentencia del 11 de enero de 2011, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil.

1.10. Ante esa situación, el señor Fernando Londoño Hoyos y la AFIB S.A. presentaron recurso extraordinario de casación, pero además ésta última solicitó la suspensión de la ejecución de la sentencia mientras se resuelve dicho recurso, a cuyo efecto constituyó la correspondiente caución. Según indica la entidad accionante, “[a]ctualmente dichos recursos se encuentran en trámite ante la Corte Suprema de Justicia, con proyecto presentado para su discusión, a cargo del Sr. Magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo”, es decir, el recurso extraordinario de casación se encuentra en trámite.

1.11. Ahora bien, en procura de la defensa de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, en julio de 2002, por solicitud de terceros, fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca una acción popular contra el señor Fernando Londoño Hoyos y ECOPETROL, de la cual se hizo parte la AFIB S.A. mediante escrito del 14 de marzo de 2003.

1.12. El 8 de abril de 2003, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia de primera instancia en el marco de la acción popular, denegando las pretensiones de los actores, providencia que fue objeto de recurso de apelación y que fue REVOCADA por la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia del 9 de diciembre de 2003, en la cual se determinó:

“(i) Ampárense los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al Patrimonio Público.

(ii) Por haber contrariado normas de derecho público y tener, por tanto, objeto ilícito, es absolutamente nula y, en consecuencia, ineficaz, la compra efectuada por Fernando Londoño Hoyos de 145.000.000 de acciones de INVERCOLSA S.A., inscrita en el Libro de Registro de Acciones el 8 de mayo de 1997.

(iii) Inscribáse la presente sentencia en el Libro de Registro de Acciones de INVERCOLSA S.A., quien cancelará el registro de dicha adquisición, como también las inscripciones realizadas con fundamento en esta, especialmente la prenda a favor del Banco del Pacífico Colombia y del Banco del Pacífico de Panamá, y la dación en pago de las acciones a ARRENDADORA FINANCIERA INTERNACIONAL BOLIVARIANA S.A. Así mismo, INVERCOLSA inscribirá como accionistas suyos a Empresa Colombiana de Petróleos, Explotaciones Cóndor S.A., y South American Gulf Oil Company, como si nunca se hubiese realizado la enajenación en favor de Fernando Londoño Hoyos; expedirá los respectivos títulos de acciones y acreditará ante esta Corporación y ante la Superintendencia de Sociedades el cumplimiento del presente fallo (...).

(iv) Ordénese a ARRENDADORA FINANCIERA INTERNACIONAL BOLIVARIANA S.A restituir a ECOPETROL (...), los títulos de acciones de INVERCOLSA que recibió de Fernando Londoño Hoyos en virtud de la dación en pago.

(v) Condénese a Fernando Londoño Hoyos y a ARRENDADORA INTERNACIONAL BOLIVARIANA S.A a restituir a ECOPETROL los dividendos percibidos de INVERCOLSA mientras tuvieron las acciones en su poder (...).

1.13. Posteriormente, contra esta última providencia, la AFIB S.A. instauró acción de tutela alegando la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, por lo cual, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, mediante sentencia T-447 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández), amparó dicho derecho, ordenando "...DEJAR SIN EFECTOS lo previsto en el numeral 5º de la sentencia de diciembre 09 de 2003, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, dentro de la acción popular aludida, en lo que respecta a la condena impuesta en contra de la Sociedad Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A", esto es, el numeral que había ordenado a la AFIB S.A. restituir a ECOPETROL los dividendos percibidos de INVERCOLSA mientras estuvieron vigentes en su poder las acciones.

1.14. En consecuencia, los 145 millones de acciones, incluidos los dividendos y las revalorizaciones respecto al señor Fernando Londoño Hoyos que equivalen a 179'391.099 acciones, fueron restituidas a ECOPETROL, por tanto, actualmente son de su plena propiedad

el total de las 324'391.099 acciones, representadas en el título número 889. Según indica la entidad actora, otras 29'010.018 acciones permanecen en cabeza de la AFIB S.A., dando con ello cumplimiento a la sentencia T-447 de 2007.

1.15. Cuenta la entidad accionante que el 13 de febrero de 2015, la AFIB S.A. alegando la existencia del pleito pendiente, procedió a inscribir en el Registro Nacional de Garantías Mobiliarias (RGM) la prenda sin tenencia sobre las acciones devueltas a INVERCOLSA, cuya propiedad y posesión se encuentra en manos de ECOPETROL, entidad estatal que alega nunca haber dado autorización para el registro efectuado por la AFIB S.A sobre las mencionadas acciones. Es más, según la entidad actora, la AFIB S.A. reconoce que ECOPETROL S.A no es el deudor de las obligaciones garantizadas, sino “el actual dueño de los bienes gravados con prenda que respalda obligaciones de un tercero”.

1.16. Narra la entidad actora que el Registro Nacional de Garantías Mobiliarias, es un registro formal no sujeto al derecho de contradicción que se fundamenta en la buena fe de quien efectúa la inscripción, y frente al cual el eventual garante solo tiene dos oportunidades: (i) iniciar una actuación administrativa orientada a obtener la cancelación obligatoria de la inscripción, trámite que se adelanta ante la Superintendencia de Sociedades; y, (ii) con posterioridad a la culminación de la actuación administrativa el ejercicio de las correspondientes acciones judiciales.

1.17. Indica que con base en lo anterior, ECOPETROL procedió a adelantar el trámite administrativo ante la Superintendencia de Sociedades, la cual mediante Resolución No. 200-003886 del 30 de octubre de 2015, negó la petición de cancelar el registro de las acciones por falta de competencia administrativa para hacerlo, en la medida que se encuentran en disputa judicial que amerita un pronunciamiento del juez de la causa sobre los hechos y circunstancias que llevaron a la creación de la obligación dineraria, al igual que a la constitución de la garantía. Esa decisión fue recurrida por ECOPETROL y, confirmada por la misma Superintendencia mediante Resolución No.001524 del 3 de mayo de 2016.

1.18. El 10 de marzo de 2015, AFIB S.A inició proceso declarativo contra INVERCOLSA y ECOPETROL, con el propósito de que se ordene la inscripción de la prenda sin tenencia a su favor, en el libro de registro de accionistas de la sociedad, sobre las 324.391.099 acciones que le fueron restituidas a ECOPETROL, es decir, respecto de las acciones en que la entidad

estatal ostenta actualmente la posesión y la plena disposición de las mismas.

1.19. Arguye la entidad accionante que la inscripción de la supuesta garantía en favor de AFIB y a cargo de ECOPETROL, tiene como consecuencia la limitación a la plena propiedad y posesión que tiene ECOPETROL sobre las 324.391.099 acciones de INVERCOLSA, situación limitativa que se ve agravada con la presentación de la demanda declarativa en contra de ECOPETROL e INVERCOLSA, por el supuesto derecho de prenda existente sobre las mismas, puesto que la entidad estatal no puede disponer libremente de ellas.

1.20. Debido a la mencionada limitación de dominio a través de la prenda sin tenencia, la entidad actora indica que a pesar de existir otros mecanismos judiciales en curso, se le deben amparar sus derechos constitucionales invocados, porque se le causa un perjuicio irremediable “en la medida que constituyendo tales acciones (324’391.099) parte de los activos de ECOPETROL, de las cuales podría disponer para enfrentar la crisis que afecta al sector petrolero y habilitar nuevas posibilidades de inversión”, es imposible que un inversionista serio las adquiera con la limitación en el dominio que pesa sobre ellas. Así, plantea que ECOPETROL no puede disponer de un flujo adicional de fondos que le permita superar la crisis petrolera y generar un plan de inversiones.

1.21. Precisa que en este caso la acción de tutela es procedente porque ECOPETROL se encuentra en estado de indefensión ante un particular, y porque la AFIB S.A. vulneró sus derechos:

i. Al debido proceso, como quiera que no espero que fuera fallado el recurso extraordinario de casación que cursa actualmente en la Corte Suprema de Justicia, y procedió a inscribir en el Registro Nacional de Garantías Mobiliarias (RGM) la prenda sin tenencia sobre el paquete de acciones, sin haber vencido a la estatal petrolera en proceso judicial y haber obtenido sentencia en firme que determinara que los contratos de crédito y prenda que argumenta poseer se encuentran vigentes y son válidos.

i. A la propiedad, por cuanto la AFIB S.A. alega un derecho de prenda sobre el paquete accionario cuando está cuestionado en su vigencia y validez en el proceso judicial que se encuentra en trámite ante la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Plantea que la prenda sin tenencia afecta la propiedad de ECOPETROL sobre las 324'391.099 acciones, ya que no puede ejercer libremente el goce, uso y disposición de las mismas, “afectando seriamente las finanzas de la petrolera estatal en estos momentos de crisis del sector y cuya disposición le permitirían apuntalar el desarrollo de su objetivo y mejorar sus flujo de caja en orden a mantener el desarrollo sostenible de su actividad petrolera y gestionar de mejor manera sus inversiones (...)”.

1.22. En ese orden de ideas, la entidad accionante solicita el amparo de los derechos constitucionales al debido proceso, a la defensa y a la propiedad; en consecuencia, pide:

“ 1. Se CANCELE o, en su defecto, se SUSPENDA la inscripción de la supuesta garantía inmobiliaria en el RGM, efectuada el 13 de febrero de 2015 y modificada el 16 de febrero de 2015, correspondiente al Numero de Inscripción o Folio Electrónico No. 20150213000072500, cuya administradora es CONFECAMARAS, hasta tanto se RESUELVA el RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la misma AFIB contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá del 11 de 2011 y que actualmente se tramita ante la Corte Suprema de Justicia (...).

2. Se SUSPENDA el proceso declarativo que se adelanta ante el Juez Primero Civil de Circuito de Bogotá, contra INVERCOLSA y ECOPETROL S.A (...), hasta tanto se RESUELVA EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la misma AFIB contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá del 11 de enero 2011 y que actualmente se tramita ante la Corte Suprema de Justicia (...)”.

2. Respuestas de la accionada y de la vinculada

2.1. La sociedad panameña Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A – AFIB S.A, presentó escrito de contestación dando respuesta a la acción de tutela, solicitando negar el amparo constitucional por improcedente.

En primer lugar, señaló que no es cierto lo afirmado por la entidad accionante en cuanto a que el fallo proferido por el Consejo de Estado el 9 de diciembre de 2003, en el marco de la

acción popular, haya afectado el derecho de prenda sin tenencia constituida a favor de AFIB S.A. Explica que, por el contrario, la Corte Constitucional en la sentencia T-446 de 2007 y en el Auto 074 de 2008, indicó que el Consejo de Estado no se había pronunciado sobre la prenda constituida a favor de la AFIB, y que en relación con esos derechos, es el juez ordinario el competente para pronunciarse y decidir respetando el derecho a la defensa y al debido proceso, así como la situación de los terceros que posteriormente adquirieron derechos reales sobre el paquete accionario en contienda.

Precisó que la vigencia del gravamen prendario que ostenta AFIB fue reiterado por otras instancias judiciales, en la jurisdicción constitucional y administrativa, como aparece en las providencias de fechas 21 de enero de 2013, 16 de octubre de 2013, 26 de mayo y 14 de julio de 2014, “en las cuales, al unísono, se ha señalado que la prenda que favorece a mi patrocinada no fue cobijada por la sentencia dictada por el Consejo de Estado dentro de la mencionada acción popular, por lo que está vigente, pues no se ha dispuesto hasta el momento su cancelación por un Juez de la República a través de fallo ejecutoriado”. Indicó que el Consejo de Estado al resolver la consulta sobre el incidente de desacato de la acción popular, en providencia del 26 de mayo de 2011, dispuso que el cumplimiento de aquella acción se limitaba a la cancelación de los registros de la prenda sobre las acciones, otorgada a favor del Banco del Pacífico de Panamá, no así a la que beneficiaba a la AFIB S.A.

Agregó que la inscripción de dicha prenda en el Registro Nacional de Garantías Mobiliarias cumple con la función de hacer oponible el derecho real de prenda sobre las acciones que son propiedad de ECOPETROL, teniendo en cuenta que tal garantía prendaria fue constituida para respaldar el pago de un crédito con el cual se canceló el precio de la compra de las acciones adquiridas por el señor Fernando Londoño Hoyos, “ precio que aún sigue en arcas de la entidad estatal, pues favorecida con una interpretación sesgada de las decisiones tomadas en la mencionada acción popular, pretende enriquecerse injustamente manteniendo el precio, no obstante, que, como lo señala en su petición, ya recuperó la propiedad sobre las acciones”. Así, la AFIB S.A. insistió en que ECOPETROL ya recuperó las acciones vendidas, pero no ha devuelto el precio que le fue pagado por la adquisición de las mismas.

En segundo lugar, adujo que las decisiones tanto de primera y de segunda instancia proferidas en el primer proceso ordinario que se instauró, se encuentran suspendidas como consecuencia del recurso extraordinario de casación que se encuentra en curso y de la

causan prestada para que mediara dicha suspensión, por lo cual, es la Corte Suprema de Justicia la llamada a resolver el debate.

En tercer lugar, en cuanto al proceso declarativo iniciado por AFIB S.A, que se adelanta contra INVERCOLSA ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, la sociedad accionada señaló que sus pretensiones no van dirigidas a que se reconozca la vigencia de la prenda, la cual se deriva de los contratos celebrados y que sólo deja de existir cuando así lo decida un juez en sentencia ejecutoriada, sino a que se ordene a INVERCOLSA inscribirla en sus libros, bajo el supuesto de que por tratarse de títulos nominativos, el gravamen prendario sobre acciones debe ser objeto de dicha inscripción. Lo anterior porque, según explica, INVERCOLSA al expedir los títulos a ECOPETROL, equivocadamente omitió la inscripción el gravamen prendario que pesa sobre las acciones y que no ha sido cancelado.

En cuarto lugar, indicó que el argumento utilizado por ECOPETROL en el escrito de tutela, acerca de la razón por la cual la Superintendencia de Sociedades decidió negar la cancelación de la prenda en el Registro Nacional de Garantías Mobiliarias, no se fundamentó en una simple falta de competencia; por el contrario, sustentada en los contratos de prenda, la Superintendencia verificó que no concurrían las causales previstas en la ley para acceder a la cancelación pretendida, esto es, la autorización por parte del garante para realizar la inscripción de la prenda, por lo que determinó que era de conocimiento del juez ordinario.

De otro lado, enfatizó que “resulta un exabrupto afirmar, como lo hace el solicitante, que ECOPETROL se encuentra en estado de indefensión frente al ejercicio de una facultad legal por parte de mi patrocinada, cuando ha contado con las acciones previstas para controvertir la inscripción y cuenta con instancias judiciales para plantear sus reparos”.

Así mismo, en quinto lugar, reiteró el reconocimiento del derecho de propiedad de las acciones en cabeza de ECOPETROL, señalando que la inscripción hecha en el Registro Nacional de Garantías Mobiliarias no limita el ejercicio de la propiedad sobre las mismas, pues el gravamen no impide su venta a terceros. Resaltó que en el caso de enajenación de las acciones, cualquier interesado deberá tener conocimiento de la prenda que existe sobre ellas, pues de lo contrario, se estaría frente a una situación de defraudación que afectaría el interés general.

Precisó que esa intención de ocultamiento que pretende utilizar ECOPETROL a su favor, fue la

que impulsó a la AFIB S.A a avalar el crédito otorgado para la compra de las acciones del señor Londoño Hoyos y por tanto, se constituyera la garantía prendaria que lo garantizaba, pues para ese momento existía una medida cautelar de inscripción de la demanda que ECOPETROL no había registrado en los libros de acciones de INVERCOLSA, lo que impidió que la AFIB S.A pudiera medir el riesgo de la operación.

Una vez finalizó las aclaraciones correspondientes, la sociedad accionada se refirió a los presupuestos constitucionales que la entidad estatal actora alega con el fin de justificar la tutela, así:

(i) Debido proceso: Planteó que la inscripción de la garantía mobiliaria a favor de la AFIB S.A, se hizo conforme lo establecido en la Ley 1676 de 2013 y el Decreto Reglamentario 1835 de 2015, por lo tanto, precisó que al no existir pronunciamiento judicial en firme que determinara lo contrario sobre la vigencia de la prenda sin tenencia, era viable que mediara la inscripción en el RGM.

Esgrimió que por el contrario, pretermittir el proceso judicial y forzar al juez constitucional a pronunciarse sobre la validez de los contratos y de la prenda, escudándose en un supuesto perjuicio irremediable que no se demuestra, vulnera los derechos al debido proceso y a la defensa de la AFIB S.A, y de paso los derechos de aquellos terceros que adquirieran las acciones ocultándoseles el gravamen prendario. Señaló que “no es que las cosas que tienen asociadas una contingencia no se puedan vender, es que el vendedor debe garantizar al comprador que a su realización saldrá al saneamiento”.

(ii) Derecho de contradicción: Explicó que este derecho fue invocado por ECOPETROL utilizando los mismos términos legales anteriormente señalados, los cuales no pueden desconocerse y mucho menos pretender que mediante acción de tutela, el juez constitucional desconozca los mecanismos judiciales en curso.

(iii) Perjuicio irremediable: Señaló que no se entiende de qué manera podría tomarse una medida provisional de suspensión sobre la inscripción de una garantía, la cual tiene como único objeto, brindar publicidad a terceros. No obstante, si el juez constitucional accediera a dicha petición, “resultaría que cuando se dictara la sentencia en el trámite previsto por la ley, cualquier decisión que respaldará la justeza de la inscripción, resultaría tardía y con efectos nugatorios, pues ya se habría causado un daño, este si irreparable al mercado, al ocultarle la

existencia de un gravamen prendario sobre unas acciones destinadas a ser comercializadas (...).".

Agregó que tampoco se evidencia un perjuicio irremediable a ECOPETROL, teniendo en cuenta que la inscripción de las acciones en el registro correspondiente no saca tales títulos del comercio, solamente se pretende dar publicidad de la prenda sin tenencia que sobre ellas recae para que cualquier comprador lo advierta y pueda definir un mejor precio. Finalmente, adujo que si se busca levantar definitivamente el gravamen prendario, tanto ECOPETROL como quien esté interesado en adquirir las acciones, deberá pagar el crédito garantizado con capital e intereses.

En consecuencia, resaltó que no se encuentra ningún tipo de evidencia que pruebe el perjuicio irremediable que alega la entidad accionante, por lo que no podría concederse el amparo de manera transitoria.

(iv) Derecho de propiedad: Frente al caso concreto, explicó que no se evidencia ninguna conexidad entre este derecho en cabeza de ECOPETROL sobre las acciones objeto de prenda, y un derecho fundamental vulnerado que habilite el amparo transitorio del juez constitucional.

Con base en los anteriores argumentos, la AFIB S.A. pidió negar el amparo ante la inexistencia del perjuicio irremediable que indica ECOPETROL, y porque se encuentran en curso otras vías judiciales que corresponde al escenario natural para resolver el asunto.

En segundo lugar, explicó que el Registro de Garantías Mobiliarias (RGM) es un sistema de archivo, de acceso público, que tiene por objeto otorgar publicidad a través de internet a los formularios de inscripción inicial, modificación, prórroga, cancelación, transferencia y ejecución de garantías mobiliarias. En tal sentido, las normas reglamentarias contenidas en el Decreto Único 1074 de 2015, establecen que es el acreedor garantizado o a quien este autorice, quien puede efectuar la inscripción de la garantía mobiliaria en el mencionado registro, siempre que cumpla con los requisitos de haber creado una cuenta de usuario, diligenciar los formularios correspondientes y realizar el pago de los derechos de registro. Por consiguiente, solo el acreedor garantizado puede inscribir y modificar la inscripción, pero en todo caso la Superintendencia de Sociedades tiene el acceso al RGM para adelantar el proceso de modificación y cancelación obligatoria de la garantía, de conformidad con el

artículo 28 del Decreto 400 de 2014, incorporado en el Decreto Único 1074 de 2015.

En tercer lugar, CONFECÁMARAS aduce que el Registro Nacional de Garantías Mobiliarias carece de competencia para efectuar alteraciones, modificaciones, abreviar o sustituir la información que se reciba en el mismo, por cuanto su responsabilidad solo se extiende a incorporar la información tal como la recibe del usuario acreedor garantizado. De contera que, plantea la existencia de una falta de legitimación en la causa por pasiva y, por ello, solicita su desvinculación de la presente tutela.

3. Decisiones objeto de revisión

3.1. Primera instancia

El Juzgado 58 Administrativo del Circuito de Bogotá, en sentencia del 3 de junio de 2016, negó por improcedente el amparo solicitado por ECOPETROL, al estimar que se incumplen los requisitos de indefensión, existencia de un perjuicio irremediable, y subsidiariedad.

Para sustentar lo anterior, el a quo explicó que “si bien es cierto que ya se registró una garantía mobiliaria en el Registro de Garantías Mobiliarias a favor de la Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A, AFIB, por solicitud de esta última, también lo es que la sentencia del 8 de febrero de 2007, confirmada mediante sentencia del 11 de enero de 2011, tomó decisiones sobre las acciones registradas con la garantía mobiliaria, razón por la cual en caso que no se resuelva a favor de AFIB el recurso de casación por ella formulado, cualquier daño que dicho registro cause a ECOPETROL debe ser indemnizado por AFIB, existiendo una caución que garantiza la indemnización del eventual perjuicio que cause ese registro a ECOPETROL”.

Así mismo, señaló que ECOPETROL puede solicitar a la Corte Suprema de Justicia que se incremente el monto de la caución prestada por la AFIB S.A., ya que la inscripción de la prenda sin tenencia sobre las 324'391.009 acciones, corresponde a una actuación adelantada con ocasión de la suspensión de las sentencias ordinarias, hasta tanto se resuelva el recurso extraordinario de casación.

En ese sentido, el juez estimó no se evidencia prueba alguna que demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable en detrimento de algún derecho fundamental de ECOPETROL, quien

además cuenta con la vía ordinaria para ejercer su derecho de defensa en procura de sus propios derechos e intereses.

3.2. Impugnación presentada por la parte actora

ECOPETROL impugnó la decisión del a quo, arguyendo que no existe norma procesal, ni un antecedente jurisprudencial, que establezcan la posibilidad de que la Corte Suprema de Justicia realice un incremento de la caución prestada para garantizar los perjuicios derivados de la suspensión de los efectos de la sentencia, mientras se surte el trámite del recurso extraordinario de casación. De admitirse que fuera posible el incremento de la caución, tal situación no soluciona los problemas de caja y de flujo de fondos que requiere ECOPETROL para enfrentar exitosamente la crisis petrolera, porque se limita a garantizar el pago futuro de los perjuicios causados y no garantiza la obtención de recursos nuevos inmediatos. Por consiguiente, indicó que no tiene mecanismos judiciales de defensa para poder controvertir las actuaciones adelantadas por la AFIB S.A.

Insistió en que ECOPETROL se encuentra en estado de indefensión que habilita la tutela contra particulares, en la medida que (i) pese a contar con sentencias favorables de primera y segunda instancia de la justicia ordinaria, no ha podido ejecutar las mismas porque AFIB presentó recurso extraordinario de casación y prestó la debida caución; (ii) AFIB sin contar con sentencia en firme, inscribió ante el RGM la prenda sin tenencia a cargo de ECOPETROL, sin tener en cuenta que la acción popular canceló dicho gravamen; (iii) AFIB inició un proceso declarativo contra INVERCOLSA y ECOPETROL con la finalidad que se condene a la primera a inscribir en el libro de registro de accionistas de la sociedad, la prenda sin tenencia sobre las 324'391.099 acciones; y, (iv) la AFIB primero ejerció una vía de hecho con la inscripción en el RGM y luego radicó el proceso declarativo, pese a existir un recurso de casación pendiente de ser resuelto por la Corte Suprema de Justicia. Según ECOPETROL, estas cuatro situaciones sustentan el estado de indefensión en el cual se encuentra ante “la imposibilidad del particular de satisfacer una necesidad básica o vital, por la forma irracional, irrazonable y desproporcionada como otro particular activa o pasivamente ejerce una posición o un derecho el que es titular”.

Planteó que el perjuicio irremediable que habilita el amparo de tutela como mecanismo transitorio, tiene su origen en la crisis petrolera y en obtener recursos específicos destinados

al plan de inversiones de la entidad estatal.

Por último, recordó a título de réplica a la respuesta de la AFIB S.A., (i) que la acción popular al declarar que la adquisición irregular de las acciones por parte de Fernando Londoño Hoyos tuvo su origen en un objeto ilícito, dispuso que los dineros pagados no fueran devueltos al comprador, y por ello, los mismos permanecen en las arcas de ECOPETROL; (ii) que existe un proceso ordinario en curso ante la Corte Suprema de Justicia, el cual tiene dos sentencias favorables a ECOPETROL; (iii) que si bien es posible realizar la venta de las 324'.391.099 acciones de INVERCOLSA sobre las cuales recae la prenda sin tenencia, lo cierto es que de acuerdo con el artículo 1216 del Código de Comercio, es necesario que medie autorización del acreedor prendario. Así, planteó que sí existen límites y restricciones al ejercicio de los derechos del propietario, en este caso de ECOPETROL, ya que con ocasión de la inscripción de la prenda en el RGM por la AFIB S.A., las acciones no pueden circular libremente; (iv) que la AFIB al ser cesionaria del crédito y de la garantía prendaria, no tuvo la suficiente diligencia de verificar si sobre dicha garantía existía pleito alguno, por lo cual luego se dio cuenta que la prenda estaba afectada con un proceso ordinario, es decir, la garantía que recibió fue sobre bienes en litigio; y, (v) finalmente ECOPETROL insistió en que las fallas en la asunción del riesgo en la celebración de la operación, corresponde exclusivamente a la AFIB S.A y “no es el momento de achacar responsabilidades por sus omisiones a terceros que nada tuvieron que ver en la celebración de la operación”.

Con base en los anteriores argumentos, ECOPETROL solicitó revocar el fallo del a quo y, en su lugar:

“ (i) CANCELAR o, en su defecto, SUSPENDER la inscripción de la supuesta garantía inmobiliaria en el RGM, efectuada el 13 de febrero de 2015 y modificada el 16 de febrero de 2015, correspondiente al Número de Inscripción o Folio Electrónico No. 20150213000072500, cuya administradora es CONFECAMARAS, hasta tanto se RESUELVA el RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la misma AFIB contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá del 11 de 2011 y que actualmente se tramita ante la Corte Suprema de Justicia (...).

(ii) SUSPENDER el proceso declarativo que se adelanta ante el Juez Primero Civil de Circuito

de Bogotá, contra INVERCOLSA y ECOPETROL S.A (...), hasta tanto se RESUELVA EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la misma AFIB contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá del 11 de enero 2011 y que actualmente se tramita ante la Corte Suprema de Justicia (...)."

3.3. Segunda instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante sentencia del 10 de agosto de 2016, confirmó la denegatoria de amparo al estimar que "previamente al inicio de la presente acción, la parte actora contaba y cuenta con otros medios judiciales idóneos y eficaces de defensa, previstos en el ordenamiento jurídico para discutir ante las autoridades jurisdiccionales competentes el tipo de pretensión expuesta en la demanda, lo cual pone en evidencia la improcedencia de la acción de tutela por ser esta de carácter residual y subsidiaria, más aún si se tiene en cuenta que en el presente asunto tampoco procede la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por cuanto no existe en el expediente prueba ni elemento de juicio fundado que acredite, válidamente, la presencia de una situación de esa precisa naturaleza ni las condiciones de gravedad, inminencia y urgencia que la caracterizan que, harían impostergable la protección mediante la acción de tutela (...)."

Precisó que dentro del expediente no obra prueba que demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable de la parte actora, por lo anterior es claro que la demandante cuenta con otros mecanismos idóneos y eficaces de defensa judicial consagrados en el ordenamiento jurídico para plantear la situación que, a juicio de ECOPETROL, es irregular.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar las decisiones judiciales antes descritas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, atendiendo a la selección y el reparto efectuados el 25 de

noviembre de 2016.

2. Problema Jurídico

De acuerdo con los hechos expuestos, en esta oportunidad le corresponde a la Corte establecer si es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio:

- i. Para cancelar o suspender la inscripción en el Registro Nacional de Garantías Mobiliarias (RGM), de un paquete de acciones de la empresa ECOPETROL que originalmente se encontraban en cabeza de INVERCOLSA y cuya titularidad, al igual que el gravamen prendario, son actualmente materia de controversia judicial por la presunta venta irregular de las mismas; y,
- ii. Para suspender el proceso declarativo promovido por AFIB S.A. contra ECOPETROL, a través del cual se busca la inscripción de la prenda sin tenencia de las referidas acciones a favor de la empresa demandante.

La protección constitucional tendría lugar, mientras se resuelve el recurso extraordinario de casación que se encuentra en trámite, promovido por la parte demandada, dentro del proceso ordinario de ECOPETROL contra Fernando Londoño Hoyos y la AFIB S.A., esta última, en calidad de litisconsorte.

Para resolver la cuestión planteada, estima la Sala la necesidad de ocuparse de los siguientes temas: (i) procedibilidad de la acción de tutela en contra de particulares, realizando un especial enfoque en el estado de indefensión cuando es invocado por el actor; (ii) requisito de subsidiariedad de la acción de tutela y la excepción constitucional al mismo que habilita el amparo transitorio; (iii) características del perjuicio irremediable que habilita excepcionalmente el amparo tutelar y la obligación de probarlo por parte de quien lo alega; y, con base en las anteriores consideraciones, (iv) analizará el caso concreto.

3. Procedibilidad de la acción de tutela contra particulares invocando el accionante el estado de indefensión

3.1. Tal como lo consagra el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela está

establecida, como regla general, para la protección de los derechos constitucionales fundamentales de las personas frente a la amenaza o vulneración provenientes de acciones u omisiones imputables a autoridades públicas. Sólo de manera excepcional, se contempla la posibilidad de su ejercicio contra particulares: (i) encargados de la prestación de un servicio público, o (ii) cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o (iii) respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (Art. 86, inciso 5º de la C.P. y artículo 42 del Decreto 2591 de 1991).

3.2. Concretamente, el numeral 9º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, instituye que el amparo constitucional procede con el fin de garantizar los derechos de aquella persona que se encuentre en situación de subordinación o indefensión frente a un particular. La citada norma establece lo siguiente:

“9. Cuando la solicitud sea para tutelar (la vida o la integridad de) quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela.”

El anterior numeral fue objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación en la sentencia C-134 de 1994¹, en la que se estudió una demanda de inconstitucionalidad presentada contra algunas expresiones apartes del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

En esa oportunidad, la Corte declaró exequible el numeral 9º del artículo 42 en comento, salvo la expresión “la vida o la integridad de”, que declaró inexecutable. En dicho fallo, estableció que “la acción de tutela contra particulares procede en las situaciones en que el solicitante se encuentre en estado de indefensión o de subordinación. Al igual que en el caso del servicio público, esta facultad tiene su fundamento jurídico en el derecho de igualdad, toda vez que quien se encuentra en alguna de las situaciones referidas no cuenta con las mismas posibilidades de defensa que otro particular. Por ello, el Estado debe acudir a su protección -en caso de haberse violado un derecho constitucional fundamental-, la cual no es otra cosa que una compensación entre el perjuicio sufrido y el amparo inmediato del derecho. Con todo, también debe advertirse que las situaciones de indefensión o de subordinación deben apreciarse en cada caso en concreto.” A partir de lo anterior, la jurisprudencia constitucional² ha entendido que la acción de tutela contra particulares es procedente ante la consideración de que las personas no siempre se encuentran en un plano

de igualdad, por lo cual deben contar con mecanismos de protección de sus derechos fundamentales, como la acción de tutela, a través de los cuales puedan controlar el abuso de poder que ejercen los particulares de forma arbitraria prevalecidos de una relativa superioridad fáctica o jurídica.

3.3. Con fin de dotar de contenido el referido numeral 9° del artículo 42, la Corte ha definido y diferenciado las figuras de la subordinación y de la indefensión, en atención a que ambas se desprenden del equilibrio que deben guardar las relaciones que rigen a los particulares.

Así, desde sus primeras sentencias, esta Corporación ha precisado que “la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate”³ (negritas fuera del texto original).

Lo anterior impone estudiar el tipo de relación con el particular, por cuanto si está regulada por un título jurídico, se trata de un caso de subordinación, pero si la dependencia del particular es producto de una situación de hecho, se trata de un caso de indefensión.

3.4. Centrando el análisis en la situación de indefensión que una persona puede alegar frente a un particular, es necesario recordar que la idea misma de esta figura remite a la ausencia de un medio de defensa eficaz e idóneo para repeler los posibles ataques de un tercero contra la esfera iusfundamental protegida. Justamente, como lo reconoció la sentencia T-676 de 2015, “la condición de indefensión suscita una posición diferencial de poder y una desventaja cuyas consecuencias las soporta el extremo más débil de la relación”⁴.

Con base en ello, la jurisprudencia constitucional ha identificado algunas situaciones que permiten establecer el estado de indefensión, a saber:

i) la falta, ausencia o ineficacia de medios de defensa de carácter legal, material o físico, que le permitan al particular que instaura la acción, contrarrestar los ataques o agravios que, contra sus derechos constitucionales fundamentales, sean inferidos por el particular contra el cual se impetra la acción -sentencias T-573 de 1992; 190 de 1994 y 498 de 1994, entre otras-. ii) la imposibilidad del particular de satisfacer una necesidad básica o vital, por la forma irracional, irrazonable y desproporcionada como otro particular activa o pasivamente ejerce una posición o un derecho del que es titular -sentencias T-605 de 1992; T-036; T-379 de 1995; T-375 de 1996 y T-801 de 1998, entre otras- iii) la existencia de un vínculo afectivo, moral, social o contractual, que facilite la ejecución de acciones u omisiones que resulten lesivas de derechos fundamentales de una de las partes v.gr. la relación entre padres e hijos, entre cónyuges, entre copropietarios, entre socios, etc. - sentencias 174 de 1994; T-529 de 1992; T-; T-233 de 1994, T-351 de 1997. iv) El uso de medios o recursos que buscan, a través de la presión social que puede causar su utilización, el que un particular haga o deje de hacer algo en favor de otro. v.gr. la publicación de la condición de deudor de una persona por parte de su acreedor en un diario de amplia circulación -sentencia 411 de 1995- la utilización de personas con determinadas características -chepitos-, para efectuar el cobro de acreencias - sentencia 412 de 1992-; etc.”⁵

También ha precisado que el eventual estado de indefensión en que se encuentre el presunto afectado debe ser evaluado por el juez de tutela en cada caso concreto, a partir de las circunstancias fácticas que lo rodean, procediendo en todo caso a determinar en cuál de los supuestos se encuentra el accionante y, además, examinar el grado de sujeción e incidencia en los derechos fundamentales objeto de amenaza o vulneración. Para tal fin, se debe tener en cuenta la falta, ausencia o ineficacia de los medios de defensa de naturaleza legal, material o físico, que tiene la persona afectada por las actuaciones de un particular, es decir, la falta de capacidad de tales medios para atender y superar la afectación de derechos constitucionales.

4. Requisito de subsidiariedad de la acción de tutela y la excepción constitucional al mismo que habilita el amparo transitorio

4.1. Conforme a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio

irremediable.”

En ese mismo sentido, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, dispuso que la acción de tutela no es procedente cuando “existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

4.2. De conformidad con el principio de subsidiariedad que da origen a la procedencia de la acción de tutela, se entiende que para el evento en que frente al caso concreto existan otros mecanismos de defensa judicial, ya sean ordinarios o extraordinarios⁶, la acción de tutela sólo será procedente una vez dichos mecanismos se hayan agotado o carezcan de objeto⁷. De tal forma que, el requisito de subsidiariedad impone el agotamiento de todos los medios judiciales de defensa antes de acudir al juez de tutela.

4.3. Así pues, conforme a este principio, la acción de tutela no puede ser ejercida como un medio de defensa judicial alternativo o supletorio de aquellos mecanismos previstos por el legislador de forma ordinaria o extraordinaria. La subsidiariedad supone el agotamiento previo de esos mecanismos con miras a resolver los conflictos de rango legal⁸, y solo cuando ello se ha cumplido, la acción de tutela resulta procedente para garantizar la protección de derechos fundamentales.

Lo anterior tiene como finalidad, evitar que la jurisdicción constitucional entorpezca el normal funcionamiento de la justicia y, por ende, la actividad de los jueces naturales de cada proceso. Lo anterior porque estaría suplantando su competencia, lo cual resulta contrario al objeto principal de la acción de tutela, en la medida en que, se encuentra estatuida en la Constitución con el fin de que las personas puedan defenderse de la vulneración de sus derechos constitucionales fundamentales, por lo que tiene límites que han sido definidos por esta Corporación a través de la jurisprudencia. Afirmar lo contrario, sería entender que la jurisdicción constitucional es el único mecanismo de defensa de garantías existente en el ordenamiento jurídico colombiano por tratarse de un trámite más expedito y se convertiría en una instancia de decisión⁹.

Al respecto, la Corte ha señalado que: “no es propio de la acción de tutela el [de ser un]

medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”¹⁰.

4.4. Por otro lado, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que conforme al principio de subsidiariedad, en los casos en que la parte accionante tenga a su alcance otros medios de defensa judicial, la acción de tutela será procedente de manera excepcional, así: (i) cuando los medios de defensa judicial no sean idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados; y, (ii) cuando a pesar de que los medios de defensa judicial sean idóneos, la acción de tutela debe concederse como mecanismo transitorio de protección para evitar un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales¹¹;

4.5. En este orden de ideas, la acción de tutela sólo será procedente si los mecanismos ordinarios y extraordinarios de defensa judicial se encuentran agotados o si aquellos no resultan idóneos para ser ejercidos. Sin embargo, de manera excepcional, será procedente la acción de tutela como mecanismo constitucional, cuando dichos medios de defensa judicial a pesar de ser idóneos, no resultan eficaces para evitar un perjuicio irremediable.

5. Requisitos especiales de procedibilidad de la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

5.1. La tutela se puede presentar como un mecanismo principal, esto es en los casos en los que no haya otro medio judicial para reclamar los derechos que el tutelante considera se le han vulnerado; o como un mecanismo transitorio, en los casos en los que haya medio de defensa judicial ordinario idóneo pero el cual no sea el indicado por presentarse un perjuicio irremediable, el cual debe ser evitado o subsanado según sea el caso.

5.2. En relación con este perjuicio, ha señalado la jurisprudencia constitucional que el riesgo o amenaza de daño o menoscabo debe caracterizarse¹² por ser (i) inminente, es decir, se trata de una amenaza que está por suceder prontamente, lo que se diferencia de la mera expectativa de daño en la medida que aquella reporta evidencias fácticas de su configuración real en un corto lapso, al punto que justifica las medidas prudentes y oportunas

para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética; (ii) grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) urgente, porque las medidas que se requieren deben otorgar una respuesta proporcionada de prontitud para frenar o conjurar el daño; y, (iv) que tornen la acción de tutela en impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para asegurar debidamente la protección de los derechos comprometidos y restablecer el orden social justo en toda su integridad.

5.3. Cuando se alega perjuicio irremediable, esta Corporación ha señalado que en general quien afirma una vulneración de sus derechos fundamentales con estas características debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria, pues la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones.

Sobre el punto, la Corte ha considerado que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de “presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela”.¹³ Significa lo anterior que dicho perjuicio debe ser acreditado en el expediente por la parte actora, lo cual si bien no impone rigurosas formalidades, por lo menos exige que los argumentos en que se fundamenta puedan ser verificados sumariamente de las piezas procesales¹⁴.

5.4. Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte, con fundamento en el artículo 86 Superior, ha señalado que un juez de tutela se encuentra frente a un perjuicio irremediable cuando se presenta “la posibilidad cierta y próxima de un daño irreversible frente al cual la decisión judicial ordinaria que resuelva el litigio pudiera resultar tardía”¹⁵ de manera que es procedente y debe prosperar la acción de tutela “con efectos temporales mientras se tramita el juicio, con el fin de evitar que aquél se perfeccione”.¹⁶ No obstante, como se indicó, en todo caso la parte actora tiene la carga de demostrar sumariamente la existencia o cercana configuración del perjuicio irremediable.

En este sentido, este Tribunal ha recabado sobre la excepcionalidad de la tutela como mecanismo transitorio, su aplicación e interpretación estricta, y la temporalidad de las

órdenes emitidas en ella, ya que el juez de tutela no puede asumir la competencia del juez ordinario correspondiente para decidir de manera definitiva un asunto de su jurisdicción, sino que procede como mecanismo transitorio al ser un medio expedito, oportuno y efectivo con el cual se puede evitar la ocurrencia de un daño o perjuicio irremediable que ocurriría en el interregno de la toma de decisión definitiva.

Al respecto ha sostenido que “[l]a posibilidad de conceder este tipo específico de protección judicial es excepcional, según se desprende del artículo 86 de la Constitución, y por tanto el alcance de las normas pertinentes es de interpretación estricta. No se busca que el juez de tutela asuma la competencia del ordinario o especializado entrando a resolver de fondo el asunto litigioso planteado, sino de ofrecer al titular del derecho un medio expedito y eficaz para evitar un daño respecto del cual la decisión judicial definitiva llegaría demasiado tarde y apenas haría posible un resarcimiento “a posteriori”, es decir, sobre la base de un hecho cumplido”.¹⁷

6. Análisis del caso concreto: improcedencia de la acción de tutela presentada por ECOPETROL S.A.

6.1. La empresa estatal ECOPETROL S.A. interpuso acción de tutela, como mecanismo transitorio, en contra de la AFIB S.A., por considerar que ésta vulneró sus derechos constitucionales al debido proceso, a la defensa y, a la propiedad.

Para tal fin, la Sala observa que en el escrito tutelar, ECOPETROL aduce encontrarse en estado de indefensión por las actuaciones cumplidas por la AFIB S.A. con relación a la inscripción de la prenda sin tenencia sobre las 324'391.099 acciones en el Registro Nacional de Garantías Mobiliarias, y por la iniciación de un proceso declarativo tendiente a que dicha prenda sea inscrita en el libro de registro de accionistas de la sociedad INVERCOLSA.

Según, la estatal petrolera, esa situación la ubica en un estado de indefensión jurídica porque la AFIB S.A. tiene una ventaja ilegítima frente a la cual ECOPETROL, a pesar de contar con otros medios, no puede defenderse ante la agresión de sus derechos.

Particularmente indica que ejercer otros medios jurídicos de defensa implica (i) desconocer decisiones judiciales que tanto en primera como en segunda instancia le han resultado favorables y que están pendientes de la resolución del recurso extraordinario de casación

interpuesto por la AFIB; y, (ii) el ejercicio de nuevas acciones judiciales tornan el debate en indefinido, debido a la alta congestión judicial y a que ello implicaría desconocer el fallo de acción popular proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado el 9 de diciembre de 2003, el cual restituyó la propiedad de las 324'391.099 acciones de INVERCOLSA en cabeza de ECOPETROL, y ordenó la cancelación de la inscripción de la prenda constituida a favor de los Bancos Pacífico de Colombia y Panamá. De esta forma, plantea que “ejercer nuevas acciones judiciales significa un contrasentido (...)”.

A partir de los anteriores argumentos, ECOPETROL apoya su presunto estado de indefensión en dos razones principales: la ineficacia de los medios de defensa legales, y su imposibilidad de satisfacer una necesidad básica o vital debido a la irrazonable y desproporcionada forma de actuar por parte de la AFIB S.A.

6.2. Pues bien, al respecto la Corte considera que el alegado estado de indefensión que manifiesta ECOPETROL, no es predicable a partir del análisis conjunto de la situación fáctica y jurídica respecto de los medios de defensa que puede ejercer con miras a dar una respuesta efectiva a la violación o amenaza que aduce como lesiva por parte de la AFIB S.A. Dicha conclusión se fundamenta en las siguientes explicaciones:

6.2.1. En primer lugar, la Sala estima que si bien ECOPETROL S.A. inició el trámite de cancelación obligatoria de la inscripción de la prenda sin tenencia a favor de la AFIB S.A, ante la autoridad administrativa correspondiente, esto es, ante la Superintendencia de Sociedades, alegando que dicha inscripción no fue autorizada por la estatal petrolera como lo exigen el artículo 40 de la Ley 1676 de 2013¹⁸ y el numeral 1º del artículo 2.2.2.4.1.26 del Decreto Reglamentario 1835 del 16 de septiembre de 2015¹⁹, y dicha solicitud le fue negada por la Superintendencia al constatar ésta que carecía de competencia ante la controversia judicial que cursa sobre la existencia y validez de la garantía prendaria, no lo es menos que la entidad ECOPETROL se encuentra habilitada para solicitar mediante proceso declarativo la cancelación de la inscripción de la garantía prendaria en el Registro Nacional de Garantías Inmobiliarias, trámite dentro del cual puede pedir desde la presentación de la demanda, a título de la medida cautelar innominada, la suspensión de la inscripción de la supuesta garantía mobiliaria fijada por la AFIB S.A. sobre el paquete accionario correspondiente a las 324'391.099 acciones restituidas.

Justamente, el Código General del Proceso en su artículo 590, literal c), establece la posibilidad de que en los procesos declarativos, la solicitud y el decreto de las medidas cautelares contemple otras medidas razonables para la protección del derecho objeto del litigio, evitando de esa forma que la pretensión en debate derive en consecuencias o incluso en daños. En tal sentido, ECOPETROL cuenta con esa vía para exponer al juez la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida cautelar, demostrando además la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

6.2.2. En segundo lugar, ECOPETROL, respecto del proceso declarativo que instauró la AFIB S.A. contra INVERCOLSA y la estatal petrolera, puede lograr la pretensión que invoca mediante el presente amparo constitucional, esto es, la suspensión de ese trámite hasta tanto se resuelva el recurso de extraordinario de casación dentro del proceso No. 11001310302819970946501 que actualmente cursa ante la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, a través del mecanismo idóneo y eficaz denominado prejudicialidad civil.

Al respecto, el artículo 161 del Código General del Proceso establece que la parte interesada, antes de que el juez dicte fallo, puede solicitar la suspensión del proceso “cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvención” (numeral 1º, art. 161 CGP). Esta norma procesal contempla la figura de la prejudicialidad de proceso civil a proceso civil; en otras palabras, refiere a la posibilidad de suspender el proceso cuando la decisión que se va a tomar en un juicio civil depende de otra del mismo carácter.

En el caso particular, según las pruebas que obran en el expediente de tutela, ECOPETROL y sus filiales presentaron demanda ordinaria en contra de INVERCOLSA, pidiendo que se declarara que la adquisición por parte de Fernando Londoño Hoyos de 145'000.000 de acciones en INVERCOLSA, contravenía normas legales y, por tanto, era ineficaz de pleno derecho. En consecuencia de lo anterior, solicitaron que se ordenara a Fernando Londoño Hoyos la restitución de tales acciones, con sus dividendos, y que se ordenara a INVERCOLSA la cancelación de la inscripción en el libro de registro de accionistas de esa sociedad, de las prendas sin tenencia sobre las acciones originalmente compradas y sobre los dividendos en especie accionaria. Durante el trámite la AFIB S.A. pidió ser incluida como litisconsorte de la parte demandada, por lo cual la decisión judicial le es oponible.

Precisamente, como en el proceso declarativo que instauró la AFIB S.A. se solicita al juez civil que condene a INVERCOLSA S.A. inscribir en el libro de registro de accionistas de esa sociedad, la prenda sin tenencia a favor de aquella sobre las 324'391.099 acciones de propiedad de ECOPETROL, es viable que la estatal petrolera formule en este trámite la suspensión del proceso declarativo por prejudicialidad civil, por cuanto en el recurso extraordinario de casación se está debatiendo aún la existencia y validez de la compraventa de las acciones y la constitución de la garantía prendaria. Significa lo anterior que la sentencia que se debe dictar en el proceso declarativo, depende de lo que se resuelva en el recurso extraordinario de casación civil.

Entonces, existe para ECOPETROL un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para lograr una de las pretensiones que propone mediante la acción de tutela.

6.3. En este orden de ideas, la Sala estima que la estatal petrolera no se encuentra respecto del particular AFIB S.A., en un estado de indefensión jurídica toda vez que a partir de la situación fáctica descrita, aún cuenta con varios medios idóneos de defensa para lograr las dos pretensiones que invoca en la presente solicitud de amparo constitucional (capacidad de respuesta efectiva), sin que ello implique que deba desconocer el que se encuentra en trámite un recurso extraordinario de casación ante la Corte Suprema de Justicia y, mucho menos lo resuelto por la Sala Plena del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, el 9 de diciembre de 2003.

Frente a esto último, es necesario recordar lo dicho por la Corporación, en la sentencia T-446 de 200721, en la cual resolvió la acción de tutela que instauró la AFIB S.A. contra la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. En el mencionado fallo, al analizar el presunto defecto procedimental que invocaba la actora porque la sentencia del 9 de diciembre de 2003 que falló la acción popular presentada por algunos ciudadanos contra ECOPETROL y Fernando Londoño Hoyos, no podía entrar a resolver los derechos de la AFIB S.A. como detentadora de frutos, ni temas relacionados con las acciones sobre las cuales recibió derechos de prenda, estimó lo siguiente:

“Al respecto considera la Corte, que en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de 9 de diciembre de 2003, el Consejo de Estado dispuso “... cancelar también las inscripciones realizadas con fundamento en ésta, especialmente la prenda a favor del Banco

del Pacífico Colombia y del Banco del Pacífico Panamá...”. En efecto, no aparece en la parte resolutive de dicha providencia, orden de cancelación de registro alguno relacionado con cualquier prenda a favor de AFIB, así como tampoco se encuentra motivación alguna instrumental o consecuencial al respecto de éstos derechos reales; por lo que, al no ser un punto decidido y por ende cobijado por la sentencia de la acción popular, no puede concluirse que en este aspecto hubo vulneración a los derechos fundamentales de la sociedad accionante”.

Así las cosas, como el Consejo de Estado no se pronunció sobre el punto, el debate sobre la existencia de la obligación dineraria y la validez de la garantía prendaria a favor de la AFIB S.A. se está adelantando ante la Corte Suprema de Justicia, en el recurso extraordinario de casación cuyo proyecto de fallo fue registrado por el Magistrado Sustanciador, como incluso lo reconoce ECOPETROL en su escrito de tutela. Entonces, hasta tanto ello no se defina, el juez de tutela tampoco puede establecer si la conducta de la AFIB, al inscribir la prenda sin tenencia en el Registro de Garantías Mobiliarias, constituye un actuar como ventaja ilegítima en contra de los intereses de ECOPETROL. Lo anterior porque justamente existe un debate judicial en curso sobre la existencia y validez de la garantía prendaria respecto de las acciones.

6.4. Ahora bien, la estatal petrolera también apoya su estado de indefensión en la imposibilidad que tendría de satisfacer una necesidad básica o vital debido a la irrazonable y desproporcionada forma de actuar por parte de la AFIB S.A. Este argumento lo conecta y sustenta con la existencia de un perjuicio irremediable que, en su criterio, habilita conceder el amparo como mecanismo transitorio dado que, la inscripción de la prenda sin tenencia en el Registro de Garantías Mobiliarias limita el dominio de ECOPETROL sobre las 324'391.099 acciones que constituyen un activo del cual no puede disponer para enfrentar la crisis que afecta el sector petrolero y para habilitar nuevas posibilidades de inversión.

6.4.1. Con el fin de examinar este punto, la Sala comienza recordando varios hechos relevantes: (i) que a ECOPETROL le fueron restituidas las 324'391.099 acciones de la sociedad INVERCOLSA, por lo cual en la actualidad ejercer la propiedad inscrita sobre las mismas; (ii) que el 13 de febrero de 2015, la AFIB S.A. procedió a inscribir en el Registro de Garantías Mobiliarias la prenda sin tenencia sobre aquel paquete accionario que le fue restituido a la estatal petrolera; y, (iii) que se encuentra en trámite ante la Corte Suprema de

Justicia – Sala de Casación Civil, el recurso extraordinario de casación interpuesto por la AFIB S.A., en el cual se debe definir por el juez natural la existencia y validez del gravamen prendario a favor de ésta sobre el paquete accionario en disputa judicial.

6.4.2. Teniendo claro lo anterior, en principio, la Sala estima que la tutela es improcedente porque incumple el requisito de subsidiariedad ante la existencia de otros medios idóneos de defensa judicial que, como se explicó, puede invocar eficazmente ECOPETROL para lograr las dos pretensiones centrales que presenta en la tutela. Sumado a ello, se encuentra en curso un proceso judicial en donde, a través del recurso extraordinario de casación, se debe definir la existencia y validez del gravamen prendario que aduce detentar la AFIB S.A. sobre las 324'391.099 acciones de INVERCOLSA.

Lo anterior pone de presente que hasta tanto no exista una sentencia ejecutoriada que consolide el derecho de manera definitiva en cabeza de ECOPETROL, no se pueden proteger los intereses inciertos que reclama la actora, porque aún se encuentran en debate judicial. Si bien la estatal petrolera obtuvo en el proceso ordinario, sentencias de primera y de segunda instancia a su favor, las mismas se encuentran actualmente suspendidas en su ejecución hasta tanto la Corte Suprema de Justicia adopte la decisión definitiva, en el recurso extraordinario de casación. Es justamente allá donde el juez natural debe determinar, de manera definitiva, el derecho de propiedad de ECOPETROL sobre el paquete accionario de INVERCOLSA en disputa, y, a su vez, la validez del gravamen prendario que reclama la AFIB S.A. sobre dicho paquete accionario.

6.4.3. Sin embargo, como el amparo se solicita en forma transitoria, la Sala debe evaluar la existencia del perjuicio irremediable que ECOPETROL pretende subsanar mediante la cancelación o suspensión de la inscripción de la prenda sin tenencia que realizó la AFIB S.A. en el Registro de Garantías Mobiliarias, y evitar mediante la suspensión del proceso declarativo que la AFIB S.A. instauró contra INVERCOLSA y la estatal petrolera ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá.

Según ECOPETROL, dicho perjuicio irremediable consiste en la limitación al dominio que se impone con la inscripción de la mencionada prenda sin tenencia, porque le impide vender las 324'391.099 acciones de INVERCOLSA para obtener recursos líquidos urgentes que le permitan atender la crisis petrolera e impulsar nuevas inversiones en el sector.

Como se expuso en líneas precedentes [ut supra 5.3.], el accionante que alegue la existencia de un perjuicio irremediable, además de justificar la inminencia y la gravedad que motivan la intervención excepcional del juez de tutela para que adopte medidas urgentes e impostergables, tiene la carga de presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura dicho perjuicio, esto es, debe acreditarlo sumariamente para que medie la protección constitucional transitoria de derechos fundamentales.

Al respecto, la Sala estima que ECOPETROL no justificó ni demostró en el expediente, la existencia del perjuicio irremediable que invoca. En efecto, respecto a la premura de contar con recursos económicos para superar la crisis petrolera e impulsar nuevas inversiones en el sector, no acreditó sumariamente ni la urgencia ni la gravedad del mismo.

Es más, la Sala observa tres situaciones particulares: (i) la crisis petrolera mundial del año 2015 y principios del año 2016, en la actualidad se encuentra en proceso de superación debido a la estabilización y tendencia a la alza del precio internacional del barril en cerca de US 50 y la prudente mejoría económica del sector, es decir, no existe una crisis inusual que habilite la intervención del juez constitucional, panorama que en todo caso, se repite, no fue explicado y justificado por ECOPETROL. Solo se limitó a afirmarlo sin respaldo siquiera sumario; (ii) revisando los planes de inversión de ECOPETROL del año 2016 y 2017, la Corte evidencia un aumento en el programa de inversión pasando de 3.000 millones a 3.500 millones²²; y, (iii) en el proyecto de distribución de utilidades de ECOPETROL en el año 2016, la utilidad neta después de la provisión para el pago del impuesto de renta y complementarios, fue de \$1.564.709'318.02523, esto es más de un billón y medio de utilidades netas, lo cual también pone en duda la urgencia de tener que vender las 324'391.099 acciones de INVERCOLSA, sobre las cuales pesa aún un litigio pendiente.

En forma adicional, la Sala advierte que en la actualidad ECOPETROL es la titular inscrita de las 324'391.099 acciones de INVERCOLSA, situación que la beneficia por cuanto le permite recibir los dividendos anuales que generan tales acciones, a la vez que no ha sido condenada por un Juez de la República a restituir el dinero que Fernando Londoño Hoyos pagó por la compraventa de las acciones en el año 1997. Es decir, es un dinero que como lo reconoce la estatal petrolera, no ha sido devuelto y se encuentra en las arcas públicas sin causar daño al patrimonio público. Ello refuerza la inexistencia del perjuicio irremediable que alega la entidad actora, quien puede ejercer las acciones a que tiene derecho en el ámbito del juez

natural.

Esa inexistencia de un perjuicio irremediable que afecte gravemente a ECOPETROL o comprometa con inminencia el patrimonio público, encuentra relación directa con la inexistencia de un estado de indefensión ya que, como se indicó, la entidad actora cuenta con otros medios de defensa judiciales idóneos y eficaces para reclamar las pretensiones que invoca mediante la presente acción de amparo. Solo la sentencia ejecutoriada que consolide definitivamente el derecho en cabeza de ECOPETROL y determine la validez de la garantía prendaria de la AFIB S.A., es la llamada a definir, dentro de la órbita del juez natural, el debate jurídico que se expone en esta oportunidad. Por consiguiente, al encontrarse en trámite el recurso extraordinario de casación ante la Corte Suprema de Justicia, no puede hablarse propiamente de la existencia de un perjuicio irremediable que deba revertirse por vía de acción de tutela, pues como se ha explicado, el derecho de propiedad de ECOPETROL sobre el paquete accionario de INVERCOLSA –objeto de controversia-, que a su vez determina la validez de la garantía prendaria que pesa sobre dichas acciones, se encuentra todavía en disputa judicial, a través del recurso extraordinario de casación.

6.5. Así las cosas, a título de conclusión, ante la inexistencia del estado de indefensión y del perjuicio irremediable que invoca ECOPETROL, el juez de tutela no puede desplazar los procesos ordinarios en curso para conceder un amparo constitucional transitorio en el presente caso. Siendo ello así, se impone confirmar las decisiones objeto de revisión, dictadas por el Juzgado 58 Administrativo de Bogotá, el 3 de junio de 2016, y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, el 10 de agosto de 2016, a través de las cuales negaron por improcedente el amparo solicitado por ECOPETROL S.A., contra la Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A. –AFIB S.A.-.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de agosto de 2016, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección B, la cual a su vez confirmó

el fallo de fecha 3 de junio de 2016, dictado por el Juzgado 58 Administrativo del Circuito de Bogotá, que negó por improcedente la acción de tutela instaurada por la Empresa Colombiana de Petróleos -ECOPETROL S.A.-, contra la Arrendadora Financiera Internacional Bolivariana S.A. -AFIB S.A.-.

Segundo: Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS

Magistrado Ponente (e)

MARÍA VICTORA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencia C-134 de 1994 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

2 Sentencias T-015 de 2015 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-334 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo) y T-621 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

3 Sentencia T-290 de 1993, la cual ha sido múltiplemente reiterada por la jurisprudencia constitucional. Ejemplo de ello son las sentencias T-735 de 2010 (MP Mauricio González Cuervo), T-387 de 2011

(MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-657 de 2012 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-731 de

2013 (MP María Victoria Calle Correa), T-782 de 2014 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-014 de 2015 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-676 de 2015 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez) y T-621 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

4 Sentencia T-676 de 2015 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

5 Sentencia T-334 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo).

6 Sobre la necesidad de agotamiento de los recursos extraordinarios de defensa judicial, ver la sentencia T-541 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

7 Esta Corporación se ha referido también a la carencia de objeto de los mecanismos ordinarios y extraordinarios como requisito para la procedencia de la acción de tutela, al respecto consultar sentencia T-698 de 2004 (MP Rodrigo Uprimny Yepes) y T-997 de 2007 (MP Jaime Araújo Rentería).

8 Sobre el particular, ver sentencias T-015 de 2009, T-344 de 2008 y T-184 de 2007.

9 Sentencias T-335 de 2000 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-008 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo) y T-334 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo), entre otras.

10 Sentencia C-543 de 1992 (MP José Gregorio Hernández Galindo).

11 Sentencia T-225 de 1993 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

12 La primera en establecer las características del perjuicio irremediable fue la sentencia T-225 de 1993 (MP Vladimiro Naranjo Mesa). Después, de forma sistemática la jurisprudencia constitucional ha retomado tales características en las sentencias T-928 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa), T-641 de 2014 (MP Martha SÁCHICA Méndez), T-731 de 2014 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-921 de 2014 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.

13 Sentencia T-747 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández), reiterada en la sentencia T-120 de 2015 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

14 Sentencia T-928 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa).

15 Sentencia T-515 de 1998 (MP José Gregorio Hernández Galindo).

16 Ibídem.

17 Sentencia T-203 de 1993 (MMPP José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara y Alejandro Martínez Caballero).

18 Ley 1676 de 2013 “por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías inmobiliarias”. Artículo 40: Autorización para realizar la inscripción.

“Sin perjuicio de lo establecido como regla general en el parágrafo del artículo 14 de esta ley, el acreedor garantizado deberá contar con la autorización del garante para agregar o sustituir bienes dados en garantía que no son bienes atribuibles o derivados, o para agregar personas que actúen como garantes. // La inscripción de la modificación, prórroga, transferencia y ejecución, sólo puede ser solicitada por el acreedor garantizado o por quien él autorice. La inscripción de la terminación, puede ser solicitada por el acreedor garantizado o el garante, según se establezca en el reglamento del registro. // El acreedor garantizado puede autorizar a un tercero para que realice la inscripción que corresponda. // El Gobierno Nacional establecerá en el reglamento del registro los mecanismos para capturar la identidad de la persona que efectúe la inscripción”.

19 Decreto 1835 de 2015 “Por el cual se modifican y adicionan normas en materia de Garantías Mobiliarias al Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, Decreto 1074 de 2015, y se dictan otras disposiciones”.

“El acreedor garantizado deberá inscribir un formulario de modificación o de cancelación según proceda cuando:

1. La inscripción de un formulario de inscripción inicial o de modificación no ha sido autorizada por el garante o no ha sido autorizada en los términos descritos en el formulario, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 14 o del artículo 40 de la Ley 1676 de 2013 o cuando no se ha dado la autorización cuando el registro precede el otorgamiento del contrato de garantía”.

20 Incluye los 145'000.000 de acciones inicialmente vendidas, y los 179'391.099

21 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

22 Información recuperada el 13 de marzo de 2017 del sitio web <http://www.ecopetrol.com.co/wps/portal/es/ecopetrol-web/nuestra-empresa/sala-de-prensa/boletines-de-prensa/Boletines/Boletines/anuncio-plan-inversiones-2017>

23 Información recuperada el 13 de marzo de 2017 del sitio web <http://www.ecopetrol.com.co/wps/portal/es/ecopetrol-web/nuestra-empresa/sala-de-prensa/boletines-de-prensa/boletines-2017/boletines-2017/proyecto-distribucion-utilidades-2016>