

Sentencia T-419-09

Referencia: expediente T-2230720

Acción de tutela instaurada por Salento S.A. contra el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca

Magistrada Ponente:

Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil nueve (2009).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Que pone fin al proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera y segunda instancia, por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Secciones Quinta y Primera, del 2 de octubre de 2008 y del 5 de febrero de 2009, respectivamente.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

La Sociedad Salento S.A. instauró acción de tutela a través de apoderado contra el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca para que se protegiera su derecho al debido proceso, el cual considera vulnerado por el fallo proferido en su contra dentro del proceso de acción popular, instaurado por la Fundación Derecho y Sociedad y otros en contra de Emcali E.I.C.E E.S.P, Termopacífico S.A. en liquidación y Salento S.A. A juicio del

tutelante, en dicho proceso se incurrió en una vía de hecho porque a pesar de tratarse de una sociedad privada, fue condenada solidariamente por un juez incompetente dentro de una acción popular instaurada para proteger el patrimonio y la moralidad públicos, en la cual se le ordenó la devolución de una suma de dinero.

Los hechos que dieron origen a la acción de tutela son los siguientes:

2. Para impulsar el mencionado proyecto, el 20 de diciembre de 1995, PTP S.A. suscribió un contrato de opción de compra de un terreno con Salento S.A. por un término de 12 meses, y por valor de US \$225.000, suma de dinero que en caso de concretarse la venta se abonaría al precio de compra del terreno. Mediante Resolución 0052 de 29 de julio de 2006 se autorizó al Gerente General de Emcali, habilitar a la sociedad PTP S.A. para negociar y suscribir los contratos principales necesarios para lograr el cierre financiero que permitiera la compra del terreno a Salento S.A., y la puesta en marcha del proyecto energético.¹

3. Mediante Resolución No. 5500 del 4 de diciembre de 1996, el Gerente General de Emcali autorizó el pago anticipado de tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000) a la empresa PTP S.A. por concepto de futura capitalización de EMCALI en PTP S.A. De igual manera, el 7 de enero de 1997 se expidió la Resolución No. 0025, mediante la cual se autorizó el pago a la misma sociedad, por la suma de dos mil seiscientos millones de pesos (\$2.600.000.000) para capitalización. Esta capitalización estaba destinada a la compra del terreno a Salento S.A.

4. El 4 de diciembre de 1996 la Secretaría General de EMCALI conceptúa desfavorablemente sobre la futura capitalización de EMCALI en Termopacífico S.A., “dado el riesgo que tal transacción implicaba por la temporalidad de la existencia de la sociedad.”

5. El 30 de diciembre de 1996, mediante escritura pública No. 5545 de esa fecha, se concretó la compraventa del lote de terreno comprometido por Salento S.A., ubicado en el municipio de Yumbo, Valle del Cauca. Entre otros aspectos, en dicho documento se fijó el precio del terreno por la suma de US \$5.536.9262 y se acordó que se pagarían \$3.000.000.000 de pesos, equivalentes a US \$2.996.703, a la firma de la escritura y el saldo el 31 de enero de 1997, una vez se hubiera suscrito el Contrato de Ingeniería,

Suministro y Construcción. También se indicó: “Las partes reconocen expresamente que el único motivo por el cual se ha celebrado esta compraventa es para permitir a la COMPRADORA adquirir el terreno necesario para realizar el Proyecto Termoeléctrico de una planta de generación de energía que constituye su objeto social; y que la realización de dicho proyecto está sujeto entre otras a la obtención del denominado “Cierre Financiero”, que en últimas permite obtener los recursos económicos necesarios para la realización del proyecto. En consecuencia, en el evento de que LA COMPRADORA no pudiese lograr el “Cierre Financiero” dentro del año de 1997, LA COMPRADORA podrá exigir dentro del año siguiente, o sea, durante 1998, que rescilie la presente compraventa volviendo en lo posible las cosas a su estado anterior”.

6. El 7 de enero de 1997 PTP S.A. canceló de manera anticipada el saldo de \$2.600.000.000 a Salento S.A.³

7. El 30 de abril de 1997 la Asamblea General de Accionistas de la Promotora Termopacífico S.A., decide la liquidación de la sociedad y se nombra liquidador.

8. El 30 de mayo de 1997, PTP S.A. en liquidación, y Lourido Isaza y Cía. S. en C.S., representante legal de Salento S.A., suscribieron un contrato de transacción en el que entre otras cosas se dijo: “4- Que de acuerdo con la citada Cláusula Décimo Primera, para el pago del saldo, es decir, la suma de US \$2.415.222,68, se otorgó como plazo el día 31 de enero de 1997, si para esa fecha ya se había celebrado el Contrato de Ingeniería, Suministro y Construcción con IPCO.; 5.- Que dicho Contrato de Ingeniería, Suministro y Construcción no se suscribió por falta de autorización de la Junta Directiva de PTP y ya no se suscribirá en razón a que PTP se ha disuelto y se encuentra en estado de liquidación, por lo que no tiene capacidad jurídica para suscribir tal contrato. La falta de suscripción de este Contrato de Ingeniería, Suministro y Construcción hace que la circunstancia de la que pendía el vencimiento del plazo para el pago del saldo del precio de compra haya desaparecido, generándose por ende la exigibilidad de la obligación”.⁴

9. El 4 de junio de 1997 se presentó el “Informe estado Promotora Termopacífico en Liquidación hasta el 30 de Abril de 1997” y se dijo: “la suma total de la venta a la que nos hemos venido refiriendo constituye un pasivo de la PROMOTORA TERMOPACIFICO S.A.

respecto del cual el liquidador deberá hacer la respectiva previsión para su pago, en los términos previstos al efecto por el Código de Comercio Colombiano, de conformidad con la Ley 222/95, y como consta en los estados financieros de la empresa y en el informe rendido al liquidador por la Gerencia General de TERMOPACIFICO S.A.”

“Por lo anterior, de conformidad con lo expuesto en el acta de Junta Directiva No. 23 TERMOPACIFICO S.A. del 20 de diciembre de 1996, EMCALI, en su condición de accionista y acreedor de la sociedad PROMOTORA TERMOPACIFICO S.A. en la suma correspondiente al precio total de la compra de los terrenos a que se refiere la Escritura Pública No. 5545 del 30 de diciembre de 1996 contentiva del contrato de compraventa, y en todo conforme con lo estipulado en la Cláusula Décima Quinta de la misma escritura, expresamente solicita al liquidador de la sociedad, que haga uso de la opción de resciliación del contrato de compraventa mencionado, habida cuenta de que el objeto social de TERMOPACIFICO S.A. -la realización del proyecto de generación-, no será construido, circunstancia conocida por las partes en el momento de celebrar el contrato de compraventa y que constituyó el fundamento fáctico de la posibilidad pactada de resciliar el contrato”.

10. PTP S.A. en Liquidación demandó a las sociedades Fiduciaria del Estado, Salento S.A. e Inversiones Justo A. Lourido S.A. - Isjal S.A., para que mediante el trámite de un proceso ordinario de mayor cuantía se declarase como pretensión principal la resolución de los contratos de compraventa de inmuebles rurales celebrados entre las partes y como pretensión subsidiaria la rescisión por lesión enorme de los mismos contratos. 5

11. La Fundación Derecho y Sociedad y otros instauraron el 5 de mayo de 2006 una acción popular para que se declarase la responsabilidad por los perjuicios causados al patrimonio público del municipio, representado por Emcali, ya que la negociación en cuantía de \$5.600.000.000 fue celebrada en contra de los principios de la función pública y del derecho a la moralidad pública.

12. El 16 de noviembre de 2007 el Juzgado Doce Administrativo de Cali declaró improcedente la acción popular al no existir “peligro actual o inminente que amenace o vulnere los derechos colectivos indicados por el demandante”.

13. El 16 de mayo de 2008, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca,

en segunda instancia, revocó la sentencia del Juzgado Doce Administrativo de Cali y amparó los derechos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, vulnerados con la celebración del contrato de compraventa del inmueble mencionado anteriormente. En consecuencia, ordenó a PTP S.A. y a Salento S.A. reintegrar a Emcali E.I.C.E E.S.P la suma de \$5.600.000.000. De igual manera, se declaró responsable solidario con la sociedad PTP S.A. a Salento S.A., para lo cual se ordenó el embargo de las cuentas corrientes o de ahorros o títulos o bienes inmuebles que figuren a nombre de la sociedad Salento S.A.

El Tribunal adujo lo siguiente:

“El anticipo de capitalización, al que obviamente accedió Emcali, no se había previsto ni en la escritura de constitución de la sociedad PTP., ni en un reglamento de emisión, suscripción o colocación de acciones, ni menos en el C. de Co., construyéndose este hecho en el quid de la acción, pues más allá de la discusión de si su naturaleza era la de un préstamo o de una futura capitalización, lo que observa la Sala es más que un “vicio legal”, un “vicio moral”, que el juez de los derechos colectivos está en la obligación de enmendar, corregir o restituir a su estado anterior cuando fuere posible.

Si las circunstancias de inviabilidad e infactibilidad del proyecto fueron eficaces para detener una compra de terreno innecesaria, improcedente, irrespetuosa de la ley y el reglamento, a todas luces; menos lo podía el concepto jurídico emitido para el efecto por la Directora Jurídica de Emcali, quién advirtió de la inconveniencia de la transacción, advirtiendo sobre la falta de claridad en la “capitalización a futuro” y dejando entrever que PTP. solamente era una sociedad promotora y no ejecutora que pudiera realizar este tipo de negociaciones.

(...)

Para la Sala, la sola dubitación o falta de claridad sobre la naturaleza jurídica de la “capitalización a futuro” y la inconveniencia financiera y de todo orden planteada por la Directora Jurídica, debió ser suficiente para que la administración, en este caso, Emcali, suspendiera la negociación del terreno, habida cuenta de lo efímero que resultaba a la postre el término de vigencia de la sociedad promotora; sin embargo triunfó

la imprudencia y la imprevisión, no la sensatez y prudencia como lo reclamaba una recta administración y una moral administrativa adecuada al caso.

Y finalmente (...) sin que se cumplan en legal forma las exigencias de índole presupuestal (decreto No. 111 de 1996), el 4 de Diciembre de 1996 se autorizó por parte del Gerente de Emcali el pago de \$3.000.000.000 a la empresa PTP. como capitalización, pero con el fin de adquirir el terreno, con la salvedad de que en el evento de que no se logre el "cierre financiero", durante el año de 1998 Emcali podía exigir volver las cosas a su estado anterior. No obstante lo leonino de esta condición impuesta por PTP. hasta obtener el desembolso, esta es la hora que no se ha cumplido con la devolución del dinero, aunque fuere sin actualización y de manera formal, cuando menos".

14. Contra esta providencia, Salento S.A. solicitó la aclaración de la misma sobre los siguientes puntos: 1) fundamento legal para la aplicación de la ley 472 de 1998; 2) el valor del inmueble para efectos del traspaso ordenado; y 3) la suma sobre la que se deberá cancelar el incentivo. Mediante providencia del 25 de junio de 2008 el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca resolvió negar la solicitud sobre los puntos 1º y 3º. Sobre el 2º punto aclaró en la parte resolutive de la sentencia que "en caso de no ser posible el pago a EMCALI E.I.C.E, de la suma de cinco mil seiscientos millones de pesos (\$5.600.000.000), actualizados por parte de Termopacífico en liquidación y Salento S.A., el inmueble cuyo dominio, posesión y tenencia se debe transferir a EMCALI, deberá ser avaluado por una "Lonja de Propiedad Raíz" debidamente autorizada por la autoridad correspondiente y registrada en el Registro Nacional de Avaluadores (RNA); la diferencia entre el precio del inmueble conceptuado por la Lonja y la suma actualizada deberá ser cubierta por Salento S.A. y Termopacífico en liquidación de manera solidaria".

15. El 5 de agosto de 2008 la Sociedad Salento S.A. instauró la presente acción de tutela. En primer lugar precisó que en la actualidad, PTP S.A. tiene la propiedad del inmueble comprado a Salento S.A. Sin embargo precisa que a raíz de varias negociaciones celebradas con PTP SA, en la actualidad ostenta la calidad de arrendataria del predio en cuestión y paga cánones de arrendamiento por el mismo.

16. El tutelante explica en los siguientes términos las razones por las cuales, a su juicio,

la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca constituye una vía de hecho.

En primer lugar, indica que en “la parte motiva de la sentencia es evidente la ausencia de referencia a Salento S.A. si no es por la exclusiva circunstancia de haber sido vendedor de unos terrenos, por lo cual resulta exótico que sin ninguna otra consideración ni referencia a prueba alguna sea invocado en las conclusiones de la providencia y en la parte resolutive (...). Lo más extraño de la sentencia, consiste en señalar que en caso de que sea imposible el pago por parte de TERMOPACIFICO o SALENTO a EMCALI (sentencia condicionada), se imparte una orden alternativa a TERMOPACIFICO para traspasar el dominio del inmueble a EMCALI (esto evidencia que el bien existe en cabeza de la sociedad compradora y que no hay detrimento patrimonial ni peligro de distracción de dicho bien)”.

En segundo lugar, el accionante agrega que el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cali conoce un proceso ordinario por razón del contrato de compraventa controvertido en la acción popular, por lo que la misma resultaría improcedente. Indica: “en el caso presente resultaría muy fácil utilizar la acción popular con el único y exclusivo fin de obtener el incentivo legal. Darle pues curso a esta demanda no tendría otro fin práctico que el de otorgar un incentivo por la defensa de un interés, que ya se está ejerciendo por la entidad afectada (...). Como lo ordena la Corte Constitucional en casos como este el juez natural dirá si hubo lesión”.

En tercer lugar, el demandante también cuestiona la competencia del Tribunal para decidir la acción popular, pues “se pronuncia sobre una relación contractual entre dos personas jurídicas de derecho privado y el presupuesto para fallar en acción popular es el de tratarse de una relación contractual donde aparezca directamente comprometido la administración pública”.

Finalmente, el accionante señala que “la sentencia ordena restituciones, sin previamente declarar la nulidad del contrato o la cesación de sus efectos”. Explica el tutelante que “para hacer que desaparezcan del mundo jurídico unos efectos y ordenar la recomposición del estado anterior es condición sine qua non, que se halla declarado la invalidez del negocio cuyos efectos se pretende retrotraer o aniquilar”.

La Sociedad accionante solicita “que se declare sin efectos la providencia del 16 de mayo

de 2008 por carecer de competencia el Tribunal que falló y consecuentemente se disponga que es al juez ordinario que conoce actualmente del proceso civil instaurado por TERMOPACIFICO en el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cali a quien corresponde definir la situación contractual”.

1. Intervenciones dentro del proceso de tutela

1. Intervención de Humberto Benítez Ramírez

El ciudadano Humberto Benítez Ramírez, quien fue uno de los demandantes en la acción popular, intervino en la presente tutela. Indicó el señor Benítez Ramírez que los argumentos esgrimidos por Salento S.A. en la acción de tutela fueron presentados en el proceso de acción popular, pero fueron rechazados por el Tribunal.

1. Intervención de la Fundación Derecho y Sociedad

La Fundación Derecho y Sociedad, quien instauró la acción popular para proteger la moralidad y el patrimonio públicos, intervino en el presente proceso tutela para controvertir los argumentos de la Sociedad Salento S.A. Señaló en primer lugar que en la sentencia acusada se hace un recuento minucioso de las actuaciones de Salento S.A., por lo que no es posible afirmar que en dicha providencia no se hace mención a la misma. Frente a la posible improcedencia de la acción popular por estar en curso un proceso civil, precisó que debido a la defensa de los derechos colectivos que se persigue con esta acción, ésta tiene una primacía en relación con las demás acciones. Además la causa petendi de la acción popular es diferente a la del proceso civil, en donde no se protegen los derechos colectivos.

1. Intervención de Néstor Raúl Rojas Maya

El ciudadano Néstor Raúl Rojas Maya, quien coadyuvó en la acción popular, intervino en el presente trámite de tutela para manifestar su desacuerdo con las pretensiones del tutelante. El interviniente reiteró los argumentos expuestos en la acción popular y precisó que la presente tutela presenta informaciones tergiversadas y contradictorias sobre lo ocurrido en el proceso de la acción popular.

I. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

1. Primera instancia

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Quinta, rechazó el amparo mediante sentencia proferida el 2 de octubre de 2008. El a-quo argumentó que la acción de tutela resulta improcedente para atacar providencias judiciales.

1. Segunda instancia

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Primera, mediante sentencia proferida el 5 de febrero de 2009, confirmó la decisión de primera instancia. Señaló que “en este caso no se presenta una situación excepcional que de lugar a la conceder el amparo del referido derecho fundamental. La demandante no alega en forma alguna que se hayan pretermitido instancias procesales u oportunidades que le impidieran el acceso a la administración de justicia o al debido proceso, sino que no está de acuerdo con la interpretación que de la ley hace el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en la providencia acusada”.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en el artículo 241 numeral 9 de la Constitución Política.

1. Problema jurídico

Para el accionante, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca vulneró su derecho al debido proceso, e incurrió en una vía de hecho, al condenarlo solidariamente dentro de una acción popular instaurada para proteger la moralidad y el patrimonio públicos, supuestamente vulnerados en la celebración de un contrato de compraventa de un inmueble, y ordenarle la devolución del precio recibido, a pesar de que se trataba de un contrato realizado entre particulares, frente al cual el Tribunal demandado carecía de competencia dado que se encontraba en curso un proceso civil ordinario para resolver el problema contractual. Para el Tribunal demandado, su actuación en el proceso cuestionado estuvo ajustada a derecho.

Vistos los antecedentes, la Sala de Revisión considera que el caso plantea el siguiente problema jurídico: ¿Vulneró el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca el derecho al debido proceso de Salento S.A., al anular el contrato de compraventa de inmueble celebrado con la Promotora Termopacífico S.A. en liquidación, y ordenar la devolución del precio pagado dentro de la acción popular instaurada para proteger la moralidad y el patrimonio públicos, a pesar de que se trataba de un contrato celebrado entre particulares, y estaba en curso un proceso civil ordinario para resolver sobre la rescisión de dicho contrato?

Con el fin de resolver este problema, en primer lugar la Sala recordará la doctrina constitucional sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Y en segundo lugar, determinará si en el caso concreto, la providencia cuestionada incurrió en una vía de hecho que vulneró el debido proceso del accionante.

1. La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

3.1 La acción de tutela contra providencias judiciales, tiene un claro fundamento normativo y jurisprudencial. Los artículos 2 y 86 de la Carta, reconocen su procedencia cuando los derechos fundamentales “resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

Una amplia línea jurisprudencial desarrollada por la Corte constitucional⁶, la concibe como una figura de carácter eminentemente subsidiario y excepcional. Sólo procede ante situaciones en las que no existe otro mecanismo judicial idóneo para salvaguardar un derecho fundamental vulnerado o amenazado, o cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste a) no resulta tan eficaz para la protección de los derechos de los asociados como la tutela, o, b) la persona afectada se encuentra ante un perjuicio irremediable.

Esta línea jurisprudencial que inicialmente se conoció bajo el concepto de “vía de hecho”, ha pasado a denominarse “causales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales⁷, con el propósito de superar una percepción restringida que había permitido su asociación siempre con el capricho y la arbitrariedad judicial⁸.

Entre las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, se pueden citar en primer lugar, las de carácter general, orientadas a asegurar el principio de subsidiariedad de la tutela, como son (i) el agotamiento de otros medios de defensa disponibles y (ii) la inmediatez. En segundo lugar, las de carácter específico, centradas en los defectos de las actuaciones judiciales en sí mismas consideradas, que son aquellas identificadas genéricamente como: (i) defecto sustantivo; (ii) defecto fáctico; (iii) defecto orgánico y (iv) defecto procedimental.

De conformidad con los hechos del presente caso y las pruebas aportadas al proceso, la Sala hará referencia en primer lugar a las causales genéricas de procedibilidad y posteriormente, dado los cuestionamientos planteados por la Sociedad demandante, se

hará referencia a los defectos procedimental y orgánico.

3.2 El primer requisito general de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, consistente en el agotamiento efectivo de los recursos y mecanismos ordinarios de defensa judicial⁹, responde al principio de subsidiariedad de la tutela, que pretende asegurar que la acción no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos otros diseñados por el legislador¹⁰. No es el camino para solucionar errores u omisiones de las partes o para corregir oportunidades vencidas¹¹ en los procesos judiciales ordinarios¹². Se trata de lograr una diligencia mínima de los ciudadanos frente a sus propios asuntos procesales¹³, salvo que por razones extraordinarias no imputables a quien alega la vulneración, la persona se haya visto privada de la posibilidad de utilizar los mecanismos ordinarios de defensa dentro del proceso judicial¹⁴, circunstancia que deberá ser debidamente acreditada en la acción de tutela.

Así, puede proceder la acción de tutela contra una providencia judicial en dos eventos: (i) cuando ante la vulneración ostensible de derechos fundamentales mediante acciones u omisiones de los operadores jurídicos que desconozcan de manera grave o inminente tales derechos¹⁵, no exista otro medio de defensa judicial idóneo para proteger los derechos fundamentales invocados y la actuación judicial acusada constituya una vía de hecho o, (ii) cuando se emplee como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable en materia de derechos fundamentales¹⁶. Esta segunda hipótesis tiene lugar especialmente, cuando a la fecha de presentación de la tutela aún está pendiente alguna diligencia o instancia procesal, pero la protección constitucional provisional se requiere de manera urgente para evitar el perjuicio irremediable. En estos casos, naturalmente, la actuación constitucional resulta generalmente transitoria.

3.3 El segundo requisito general de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias, el de inmediatez, reclama la verificación de una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales, que puede explicarse de la siguiente forma: es improcedente la acción de tutela contra actuaciones judiciales cuando el paso del tiempo es tan significativo, que es irrazonable y desproporcionado un control constitucional de la actividad judicial por

la vía de la acción de tutela¹⁷. Desde esta perspectiva, es necesario interponer la acción de tutela contra providencias judiciales tan pronto se produce la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, o en un plazo prudencial, porque de lo contrario la necesidad de la protección constitucional por vía de tutela queda en entredicho, ya que no se entiende por qué si la amenaza o violación del derecho era tan perentoria, no se acudió al mecanismo constitucional con anterioridad. Permitir un excesivo paso del tiempo ante la posibilidad de una reclamación constitucional contra una providencia judicial, puede afectar además la seguridad jurídica.

3.4 Por otra parte, frente a las causales específicas de procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, se requiere que se consolide en la decisión judicial alguno de los defectos que la jurisprudencia constitucional ha considerado contrarios a la Carta. Dentro de la lista de defectos que evidencian “una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial,”¹⁸ se encuentran dos que son especialmente relevantes para el caso en estudio:

(i) El llamado defecto orgánico tiene lugar, cuando el funcionario judicial que profirió la providencia que se controvierte, carece totalmente de competencia para ello conforme a la ley; y,

Con fundamento en las consideraciones jurisprudenciales previamente expuestas, la Sala deberá determinar en el caso concreto, si la tutela presentada por la Sociedad Salento S.A. resulta o no procedente desde un punto de vista formal. Superado ese análisis preliminar, podrá la Corte establecer si se incurrió o no en una vía de hecho en el proceso cuestionado.

1. El análisis de los requisitos de procedibilidad general de la acción de tutela.

De conformidad con la doctrina resumida en el acápite anterior, es preciso verificar en el caso concreto si se cumplieron los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, a saber: (i) haber agotado los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto; y (ii) cumplir con el requisito de la inmediatez

en la presentación de la acción.

4.1. En cuanto al primer requisito general, de acuerdo con las normas procedimentales aplicables al caso, encuentra la Sala que las decisiones que se adopten en el marco de una acción popular, solo son susceptibles del recurso de apelación²² y de manera excepcional del recurso extraordinario de revisión.²³ En el caso bajo estudio, la tutela se dirige contra la sentencia de segunda instancia que revocó el fallo proferido por el Juzgado Doce Administrativo de Cali, el 16 de noviembre de 2007, por lo tanto, no existe un recurso ordinario a través del cual se pueda controvertir la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. Contra la decisión del tribunal el accionante podía haber solicitado la nulidad de lo actuado, pero optó por la aclaración de la sentencia y dentro de dicha solicitud intentó cuestionar la competencia del tribunal, solicitud que fue resuelta de manera negativa. Teniendo en cuenta que el demandante intentó de manera infructuosa cuestionar la validez de la sentencia del Tribunal al solicitar su aclaración, por lo que a su juicio subsiste la vulneración de sus derechos, en esa medida la acción de tutela es el único mecanismo disponible para obtener la protección de su derecho al debido proceso.

4.2. En cuanto al segundo requisito general de procedibilidad, la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca cuestionada fue proferida el 16 de mayo de 2008, y la tutela fue interpuesta el 5 de agosto de 2008, es decir, tres meses después de proferido el fallo cuestionado, plazo que por su extensión, no desvirtúa la naturaleza de la tutela como garantía de protección inminente a los derechos fundamentales pierda su sentido.

Por estos aspectos, frente al asunto bajo examen, se satisfacen los presupuestos de subsidiariedad e inmediatez, por tanto, el juez constitucional tiene plena competencia para adelantar el estudio de fondo en sede de Revisión.

1. La aplicación de la doctrina en el caso concreto

En el caso bajo estudio, Salento S.A. alega que el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico y procedimental,

al condenarla solidariamente dentro de la acción popular instaurada para proteger la moralidad y el patrimonio públicos, supuestamente vulnerados con la celebración de un contrato de compraventa de inmueble, a pesar de que se trataba de un contrato realizado entre particulares, cuya legalidad estaba siendo cuestionada a través de una acción civil ordinaria.

Encuentra la Sala que la vía de hecho alegada no se produjo, por varias razones. En primer lugar, porque de conformidad con lo que establece la Ley 472 de 1998, ésta se puede instaurar contra “el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo.”²⁴ Dentro de dicha acción popular, el juez puede exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo.²⁵

En el asunto bajo estudio, la acción popular se instauró contra Salento S.A. y Promotora Termopacífico S.A. (en Liquidación) porque se consideró que en la celebración del contrato de compraventa de un inmueble para el establecimiento de una planta de energía termoeléctrica que nunca se puso en marcha, realizado entre la Promotora Termopacífico S.A. (en Liquidación) y Salento S.A., con los dineros entregados por EMCALI ESP. a la Promotora Termopacífico S.A. por concepto de “capitalización anticipada”, se había afectado el patrimonio de esa empresa pública, como quiera que el contrato se celebró sin la debida autorización de la Junta de EMCALI ESP y porque a pesar de que había operado la condición para la resciliación del contrato de compraventa, Promotora Termopacífico S.A. no la había solicitado. En consecuencia, el Tribunal, podía válidamente ordenar a los demandados devolver el precio pagado y la devolución del lote en cuestión, con el fin de proteger el patrimonio público de EMCALI ESP.

En segundo lugar, los vicios que plantea la sociedad demandante en la acción de tutela, son los mismos que alegó durante el proceso de la acción popular, como excepciones previas y como argumentos para controvertir su responsabilidad, así como al solicitar la aclaración de la sentencia.

Durante la acción popular, Salento S.A propuso las excepciones de “prescripción de la

acción por eventual lesión enorme”, “negocio jurídico dentro del marco de la legalidad y buena fe”, “saneamiento de eventuales vicios de la compraventa”, “la pretensión que encubre la demanda, ya la presentó o quien está realmente legitimado para hacerlo, únicamente, es decir la sociedad compradora, luego es improcedente la presente demanda”, “inexistencia de responsabilidad de Salento S.A” y “la innominada”.

Sobre las excepciones propuestas por Salento S.A dijo el Tribunal: “No es posible en tratándose de la violación a los derechos colectivos, que deben estudiarse, analizarse, protegerse y garantizarse bajo una interpretación juspublicista, porque atañen a derechos de la comunidad y de los asociados en un Estado Social de Derecho, pretender enervar o neutralizar una acción de rango constitucional con argumentos civilistas que no superan el estrecho marco de derechos y obligaciones entre particulares y que son regulados por el Derecho Privado; recuérdese que “El carácter público de las acciones populares, implica que el ejercicio de las acciones populares supone la protección de un derecho colectivo, es decir, de un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. No obstante, suponen la posibilidad de que cualquier persona perteneciente a esa comunidad, pueda acudir ante el juez para defender la colectividad afectada, con lo cual se obtiene de manera simultánea, la protección de su propio interés”²⁶

“Para la Sala, la compraventa del terreno, por parte de PTP S.A. a Salento S.A. Justo A. Lourido Garcés y Cia. S.C.A. y Fiduciaria del Estado S.A, con dineros públicos, desembolsados sin el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes, tal como se explicará en los fundamentos de este fallo; por un precio que sobrepasa los límites del justiprecio, tanto es así, que se ventila un proceso de rescisión del contrato de compraventa por lesión enorme; con evidente desviación de poder, adolece de objeto ilícito y como tal debería anularse, de conformidad con la motivación y jurisprudencia que más adelante se expresará; lo que de contera involucra los intereses de esta sociedad; sin embargo, teniendo en cuenta que en los contratos estatales una de las partes debe ser de carácter público, se abstendrá de decretar la nulidad”.

Sobre la excepción propuesta por Emcali, en relación con la improcedencia de la acción

por encontrarse en curso el proceso liquidatorio de la sociedad PTP S.A., dijo el Tribunal: “la acción popular tiene una naturaleza autónoma, con carácter principal y no residual, instituidas por el constituyente primario (art. 88 CP) para la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, cuya titularidad recae en toda la comunidad, por lo mismo no supeditables a la existencia de otro mecanismo judicial, menos a uno de carácter eminentemente administrativo”.

En cuanto a las potestades del juez en la acción popular, dice el Tribunal: “En relación con la posibilidad de anular contratos estatales, por parte del juez administrativo de la acción popular, la jurisprudencia no ha sido pacífica; sin embargo existe la tendencia actual en el sentido de la posibilidad de hacerlo, cuando está claramente acreditada la violación al derecho colectivo de la moralidad pública y con evidente desvío de poder, entendido como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. Es claro que en el presente proceso la utilización de los dineros públicos para la compra de un terreno que para la época de la transacción resultaba inocua, dada la inviabilidad del proyecto y la liquidación en potencia de PTP, riñe con un ejercicio adecuado de las potestades y competencias públicas orientadas al buen servicio y al bien común”.

De la anterior transcripción de las consideraciones del Tribunal, observa la Sala Segunda de Revisión que los vicios alegados por la Sociedad Salento S.A. en la presente acción de tutela, fueron presentados por ésta como excepciones previas durante la primera instancia y posteriormente como argumentos para exonerarse de su responsabilidad, durante la segunda instancia. Cada uno de sus argumentos fue considerado y respondido por el Tribunal, en todo momento la actuación del tribunal se realizó de conformidad con las normas vigentes y aplicables al caso. Por lo tanto, no observa la Sala que los vicios que supuestamente vulneraban el debido proceso se hayan producido.

Por lo anterior, la Sala Segunda de Revisión revocará las sentencias del Consejo de Estado que declararon improcedente la acción de tutela en el presente caso y denegará el amparo solicitado por considerar que el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca no incurrió en una vía de hecho al condenar solidariamente a la Sociedad Salento S.A. dentro de la acción popular instaurada para proteger el patrimonio y la moralidad

públicos, en la cual se le ordenó la devolución del precio recibido como pago por la compraventa de un inmueble adquirido para el desarrollo de un proyecto termoeléctrico por Promotora Termopacífico S.A., actualmente en liquidación, con dineros entregados a dicha empresa por EMCALI ESP.

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR los fallos proferidos, en primera y segunda instancia, por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Secciones Quinta y Primera, del 2 de octubre de 2008 y del 5 de febrero de 2009, respectivamente.

Segundo.- DENEGAR el amparo solicitado por la Sociedad Salento S.A. contra la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, proferida el 16 de mayo de 2008.

Por Secretaria General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

AUSENTE EN COMISION

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Respecto de esta resolución, también se dejó constancia que uno de los miembros de la Junta Directiva de Emcali había señalado que en dicha entidad “siempre se discutió sobre la forma de no aumentar la participación en el proyecto por las dificultades que veían y después de conocer la resolución de la Junta Directiva que la Gerencia no tenía autorización para aportar como capital el valor del lote para Termopacífico... [y se había solicitado] dejar constancia que el lote no debió haberse comprado y que no había autorización para hacerlo por parte de la Junta de Emcali.” (Folio 1238 cuaderno 3 de pruebas) Adicionalmente, en el folio 1239 cuaderno 3 de pruebas, se hace referencia a la carta suscrita el 27 de septiembre de 1996 por un miembro de la Junta Directiva de Emcali, y dirigida al Presidente de la Junta Directiva de la Promotora Termopacífico S.A., para la época, en donde se “reitera que su posición en la Junta de Emcali se soporta en que no se ha demostrado con total claridad la viabilidad y necesidad del proyecto Termopacífico, considerándolo de riesgo para Emcali.”

2 En los alegatos de la acción popular, PTP S.A. explicó el aumento de precio del lote, se dijo que con anterioridad a la venta del terreno se habían “emprendido martingalas encaminadas a que los inmuebles multiplicaran su valor, entre ellas, la celebración de un contrato de fiducia mercantil con Fiduciaria del Estado, y la obtención por parte del Municipio de Yumbo del cambio del uso del suelo de vocación agrícola a industrial. Así mismo, los propietarios obtuvieron del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en diciembre de 1994, un avalúo de los terrenos a razón de \$2.030,00 el metro cuadrado; sin embargo, Promotora Termopacífico S.A. contrató con la Lonja de Propiedad Raíz un nuevo avalúo en septiembre de 1995 el cual dio como resultado un valor por metro cuadrado de \$5.480,00, avalúo éste que se empleó finalmente en la negociación de la opción de compra”. Por este motivo PTP S.A. inició proceso ordinario para que se declarara la lesión enorme en el contrato de compraventa.

3 Cfr. 1360, Cuaderno No. 1 de pruebas

4 Cfr. Folio 1360 Cuaderno 1 de pruebas

5 El 21 de noviembre de 2008 el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cali denegó las pretensiones formuladas por PTP S.A. y declaró probadas las excepciones de mérito de incumplimiento de la obligación genérica de ejecución de los contratos por la parte demandante, inexistencia de la obligación y precio justo pactado. Dicho proceso se encontraba en trámite al momento de instaurarse la acción popular que dio origen a la sentencia cuestionada en la presente tutela.

6 Consultar al respecto, entre otras, las sentencias C-543 de 1992, C-543 de 1992, T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-329 de 1996, T-483 de 1997, T-008 de 1998, T-567 de 1998, T-458 de 1998, SU-047 de 1999, SU-622 de 2001, SU-159 de 2002, T-441 de 2003, T-029 de 2004, T-1157 de 2004, T-778 de 2005, T-237 de 2006, T-448 de 2006, T-510 de 2006, T-953 de 2006, T-104 de 2007, T-387 de 2007, T-446 de 2007, T-825 de 2007, T-1066 de 2007, SU-147 de 2007, T-243 de 2008, T-266 de 2008, y T-423 de 2008, entre otras.

7 Ver las sentencias T-774 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa); T-200 de 2004 (MP. Clara Inés Vargas); y T-949 de 2003. (MP. Eduardo Montealegre Lynett), entre otras.

8 Da cuenta de esta evolución la Sentencia C-590 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

9 Ver las sentencias T-441 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett), T-742 de 2002 (MP. Clara Inés Vargas) y T-606 de 2004 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes), entre otras.

10 Sentencia SU-622 de 2001 (MP. Jaime Araujo Rentería).

11 Sentencias C-543 de 1992 (MP. José Gregorio Hernández); T-567 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-511 de 2001 (MP. Eduardo Montealegre Lynett); SU-622 de 2001 (MP. Jaime Araujo Rentería) y T-108 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Gálvis), entre otras.

- 12 Sentencia T-200 de 2004 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).
- 13 Sentencia T-116 de 2003 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).
- 14 Sentencias T-440 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda), T-329 de 1996 (MP. José Gregorio Hernández Galindo) y T-567 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- 15 Sentencia T-1009 de 2000 (MP. Carlos Gaviria Díaz).
- 16 Sentencias SU-1159 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-578 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).
- 17 Sentencia T-578 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).
- 18 Sentencia T-231 de 1994 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- 20 Sentencia SU-1185 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil).
- 21 Ver la sentencia SU-158 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda)
- 22 Ley 472 de 1998, artículo 37. Recurso de Apelación. El recurso de apelación procederá contra la sentencia que se dicte en primera instancia, en la forma y oportunidad señalada en el Código de Procedimiento Civil, y deberá ser resuelto dentro de los veinte (20) días siguientes contados a partir de la radicación del expediente en la Secretaría del Tribunal competente. || La práctica de pruebas durante la segunda instancia se sujetará, también, a la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil; en el auto que admite el recurso se fijará un plazo para la práctica de las pruebas que, en ningún caso, excederá de diez (10) días contados a partir de la notificación de dicho auto; el plazo para resolver el recurso se entenderá ampliado en el término señalado para la práctica de pruebas.
- 23 Código Contencioso Administrativo, ARTICULO 185. Procedencia. El recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las Secciones y Subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y por los Tribunales Administrativos, en única o segunda instancia".
- 24 Ley 472 de 1998, Artículo 14. Personas contra quienes se dirige la acción. La Acción

Popular se dirigirá contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo. En caso de existir la vulneración o amenaza y se desconozcan los responsables, corresponderá al juez determinarlos.

25 Ley 472 de 1998, Artículo 34. Sentencia.- Vencido el término para alegar, el juez dispondrá de veinte (20) días para proferir sentencia. La sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible. La orden de hacer o de no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante. Igualmente fijará el monto del incentivo para el actor popular. || La condena al pago de los perjuicios se hará "in genere" y se liquidará en el incidente previsto en el artículo 307 del C.P.C.; en tanto, se le dará cumplimiento a las órdenes y demás condenas. Al término del incidente se adicionará la sentencia con la determinación de la correspondiente condena incluyéndose la del incentivo adicional en favor del actor. (...) En la sentencia el juez señalará un plazo prudencial, de acuerdo con el alcance de sus determinaciones, dentro del cual deberá iniciarse el cumplimiento de la providencia y posteriormente culminar su ejecución. En dicho término el juez conservará la competencia para tomar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de conformidad con las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil y podrá conformar un comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia en el cual participarán además del juez, las partes, la entidad pública encargada de velar por el derecho o interés colectivo, el Ministerio Público y una organización no gubernamental con actividades en el objeto del fallo. || También comunicará a las entidades o autoridades administrativas para que, en lo que sea de su competencia, colaboren en orden a obtener el cumplimiento del fallo.

26 Corte Constitucional, C-215 de 1999, MP (E) Martha Victoria Sáchica Méndez