

SU658-15

Sentencia SU658/15

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

TEORIA DEL AGOTAMIENTO DE JURISDICCION-Concepto y alcance

La figura del agotamiento de la jurisdicción fue creada jurisprudencialmente por el Consejo de Estado en 1986, en una decisión en la que la Sección Quinta negó la acumulación de dos procesos electorales por tener la misma causa petendi e idénticas pretensiones. Adicionalmente, expresó que en situaciones en que los particulares acuden al juez para que haga operar el servicio de justicia en un caso concreto, con la puesta en marcha del respectivo proceso que se promueva, se agota la jurisdicción frente a dicho asunto o controversia

TEORIA DEL AGOTAMIENTO DE JURISDICCION-Precedentes del Consejo de Estado

ACUMULACION DE ACCIONES POPULARES-Tesis contraria a la figura de agotamiento de jurisdicción

TESIS DEL AGOTAMIENTO DE JURISDICCION EN LAS ACCIONES POPULARES-Sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado

Mediante sentencia del 11 de septiembre de 2012, la Sala Plena del Consejo de Estado decidió unificar la jurisprudencia adoptando la tesis del agotamiento de jurisdicción en las acciones populares, y sobre sus consecuencias. En aquellos supuestos en que se esté ante demandas de acción popular en las cuales se persigan las mismas pretensiones, estén basadas en la misma causa petendi, y dirigida contra iguales demandados, lo que procede es dar aplicación a la figura del agotamiento de jurisdicción

NULIDAD DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL-Reiteración de

jurisprudencia

La improcedencia de recursos contra sentencias proferidas por la Corte Constitucional, en su calidad de Tribunal de cierre, ha sido una regla generalizada desde el inicio de actividades de esta Corporación. Sin embargo, en su deber de protección de los derechos fundamentales y la Constitución, se ha admitido la posibilidad de presentar una solicitud de nulidad en casos excepcionales en que sin haber una sentencia final, haya violaciones al debido proceso.

INCIDENTE DE NULIDAD CONTRA SENTENCIAS DE TUTELA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-  
Requisitos formales y argumentativos

DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional ha sostenido en su jurisprudencia que el desconocimiento del precedente jurisprudencial como causal específica de procedibilidad se configura “cuando por vía judicial se ha fijado un alcance sobre determinado tema, y el funcionario judicial, desconoce la regla jurisprudencial establecida. En estos casos eventos, la acción de tutela busca garantizar la eficacia jurídica del derecho fundamental a la igualdad”

DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y DEFENSA-Falta de notificación a las partes demandadas y a terceros con interés legítimo genera nulidad saneable

SOLICITUD DE NULIDAD SENTENCIA DE TUTELA DEL CONSEJO DE ESTADO-Aplicación por analogía de las reglas desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de nulidad de sentencias de tutela falladas por esta Corporación

La Corte Constitucional es el órgano de cierre en materia de tutela, por esa razón, ante la ausencia de disposiciones legales que establezcan los requisitos procesales y materiales del incidente de nulidad contra decisiones de tutela, el Consejo de Estado debía aplicar por analogía las reglas desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de nulidad de sentencias de tutela falladas por esta Corporación

DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y DEFENSA-Vulneración por Consejo de Estado al no vincular al trámite de tutela a todos los demandados en la acción popular, cuando la

finalidad del amparo solicitado era dejar sin efectos las decisiones que rechazaron dicha acción popular por agotamiento de jurisdicción

Correspondía al Consejo de Estado demostrar que efectivamente se generó una afectación al debido proceso como consecuencia de la falta de vinculación de terceros interesados en el proceso de amparo, la cual debía ser ostensible, probada, significativa y trascendental

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por no configurarse defecto por vulneración de precedentes del Consejo de Estado en la figura del agotamiento de jurisdicción

SOLICITUD DE NULIDAD SENTENCIA DE TUTELA DEL CONSEJO DE ESTADO-Improcedencia por cuanto fue presentada de manera extemporánea

Referencia: expediente T-4480896

Acción de tutela presentada por la Corporación Colombia Transparente contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A y el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Bogotá.

Magistrado Sustanciador:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil quince (2015)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 4 de diciembre de 2013, y en segunda instancia, por la Sección Primera del Consejo de Estado el 10 de abril de 2014, dentro del proceso de tutela instaurado por la Corporación Colombia Transparente contra el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A y el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Bogotá

El proceso de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Diez, mediante Auto proferido el veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014).

## I. ANTECEDENTES

La Corporación Colombia Transparente presentó acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A y el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Bogotá por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, basado en los siguientes:

### 1. Antecedentes procesales

Dada la complejidad que ofrecen los hechos objeto de análisis, la Corte adoptará como metodología, dividir los mismos en cinco momentos procesales, manteniendo un criterio de orden cronológico:

a. El trámite de las acciones populares formuladas por la ONG Corporación Colombia Transparente. Se describirán los trámites procesales surtidos ante la jurisdicción contencioso administrativa, principalmente, de dos de las tres acciones populares formuladas (se presentaron las acciones de referencia AP-2002-1029, AP-2002-1032, y AP-2002-1048). Se profundizará en el desarrollo de las dos primeras, una de las cuales fue rechazada aplicando la figura de agotamiento de jurisdicción (AP-2002-1029), decisión que motivó la interposición de un recurso de amparo[1].

b. El trámite inicial de la acción de tutela presentada el 17 de marzo de 2009 por la ONG Corporación Colombia Transparente, objeto de revisión. Se analizará lo penitente al proceso de la acción de tutela formulada por la ONG Corporación Colombia Transparente, contra las decisiones judiciales del Juzgado 5º Administrativo del Circuito de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que concluyó con fallo favorable del Consejo de Estado de amparar los derechos de la accionante y revocar las providencias de las autoridades accionadas que declararon nula la admisión de una de las acciones populares

(AP-2002-1029).

c. Continuación del trámite del proceso de acción popular 2002-1029, como consecuencia de la decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado. Se narrarán los hechos correspondientes a la continuación del trámite, por parte del Juzgado 5º Administrativo del Circuito de Bogotá, de la acción popular formulada por la ONG que fue rechazada bajo la figura del agotamiento de jurisdicción., como consecuencia de la decisión del 30 de julio de 2009 del Consejo de Estado, de tutelar los derechos de la accionante.

d. Incidente de nulidad en contra de la decisión del Consejo de Estado del 30 de julio de 2009, en sede de tutela, que amparó los derechos de la ONG accionante y ordenó continuar el trámite de la acción popular rechazada. Corresponde a la presentación –por parte del representante de algunos de los accionados en la acción popular– de un incidente de nulidad en contra de la decisión del Consejo de Estado que tuteló los derechos de la ONG demandante, argumentando que nunca se les notificó el inicio del proceso de amparo. El Consejo de Estado, mediante providencia del 4 de julio de 2013, concedió la nulidad de todo lo actuado desde el momento en que se admitió la tutela, ordenando dar inicio nuevamente a su trámite, siendo precisamente sobre ese, sobre el cual versa la presente revisión.

e. Resolución desfavorable para el actor del expediente de acción popular 2002-1032. Se hará alusión a la sentencia de primera instancia del 4 de febrero de 2011 y de segunda instancia del 28 de enero de 2013, que negaron las pretensiones formuladas por la ONG Corporación Colombia Transparente en el marco de la acción popular de la referencia.

a. El trámite de las acciones populares formuladas por la ONG Corporación Colombia Transparente.

1.1. El 25 de junio de 2002 la Corporación Colombia Transparente O.N.G. inició tres acciones populares:

- AP-2002-1048

La acción de radicado AP 2002-1048, fue acumulada mediante auto del 20 de mayo de 2004 con la acción AP 2002-1029, por tener hechos y pretensiones similares, aunque interpuesta contra diferentes accionados.

El 19 de mayo de 2005, el Tribunal rechazó la demanda correspondiente al expediente 2002-1048, por considerar que versaba sobre hechos y pretensiones idénticos a los planteados en el proceso 2002-1029, y por tanto, no era posible adelantar simultáneamente ambas acciones populares. La anterior decisión fue confirmada el 7 de diciembre de 2005, por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Frente a esa decisión, no se presentaron recursos adicionales y no es objeto del litigio planteado en la acción de tutela interpuesta por la ONG.

- **AP-2002-1032:**

La acción popular de la referencia, fue formulada contra:- CARBOCOL S.A., Financiera Energética Nacional FEN, Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Administrativo de Planeación Nacional, Empresa Nacional Minera MINERCOL LTDA, y empresa CERREJON Zona Norte S.A.- En el referido proceso se buscaba advertir ciertas irregularidades ocurridas en el procedimiento de enajenación del complejo carbonífero Cerrejón Zona Norte. Asimismo, se pretendía lograr la protección del derecho al patrimonio público del Estado y la moralidad administrativa, presuntamente vulnerados con las actuaciones de las entidades demandadas.

- **AP-2002-1029:**

En este proceso se accionó a: (i) Ministerio de Minas y Energía, (ii) Ministerio de Hacienda y Crédito Público, (iii) Departamento Nacional de Planeación, (iv) Financiera Energética Nacional FEN, (v) CARBOCOL.-, y a las sociedades que se presentaron durante el procedimiento de enajenación del complejo Cerrejón Zona Norte: (vi) GLENCORE INTERNATIONAL A.G., (vii) ANGLO AMERICAN PLC, Y (viii) BILLINTON COMPANY, así como (ix) a la señora Esperanza Rojas Jiménez. Los hechos alegados correspondían no sólo a las irregularidades en el proceso de enajenación, sino también a la existencia de presuntas actuaciones anómalas por parte de personas no involucradas en la anterior acción popular (AP 2002-1032).

Con esta nueva acción se buscaba amparar la moralidad administrativa, el patrimonio público y otros fines como la declaración de conflictos de interés de personas involucradas y el pago de dineros que presuntamente habría dejado de percibir el Estado por cuenta de las actuaciones de los particulares accionados.

1.2. En auto del 2 de julio de 2002, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, admitió las demandas acumuladas y ordenó notificar personalmente a los demandados.

1.3. Los días 5, 6, 9 y 28 de agosto de 2002, el Ministerio de Minas y Energía, el Departamento Nacional de Planeación, la Financiera Energética Nacional S.A. - FEN, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Carbones de Colombia S.A. - CARBOCOL, interpusieron recursos de reposición en contra del auto de 2 de julio de 2002.

1.4. El 15 de julio de 2004, la ONG demandante presentó escrito de reforma de la demanda AP-2002-1029.

1.5. El 20 de septiembre de 2004, el Tribunal rechazó la reforma de la demanda, por considerar que se encontraba pendiente la decisión sobre el recurso de reposición interpuesto contra el auto admisorio de la demanda.

1.6. El 21 de febrero de 2005, en el marco de la acción popular AP 2002-1029, los representantes de la empresa Carbocol S.A., del Ministerio de Minas y Energía, de BHP Billiton Company BV y de Financiera Energética Internacional, presentaron una solicitud de nulidad de lo actuado en el proceso a partir del auto admisorio de la demanda (auto del 2 de julio de 2002) para que, en su lugar, ésta fuera rechazada por agotamiento de la jurisdicción, como consecuencia de la existencia de una acción popular anterior que presuntamente tendría los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Señalaron los peticionarios que, la entidad accionante presentó tres acciones populares de manera casi simultánea con hechos y pretensiones similares, de manera que dos de ellos se acumularon bajo el radicado AP 2002-1029, teniendo en cuenta que los accionados eran diferentes pero los hechos eran los mismos. A pesar de ello, coexistían las acciones AP 2002-1029 y AP 200-1032 y, en consecuencia, el primero de ellos, en la medida en que no había completado su proceso de notificación a las partes como el segundo sí lo había hecho, debía ser rechazado por agotamiento de jurisdicción.

1.7. El 29 de junio de 2006, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió un auto ordenando la remisión del expediente al reparto de los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 472 de 1998, por ser

asunto de competencia de esas autoridades judiciales.

1.8. Mediante auto del 9 de febrero de 2007, el Juzgado 5º Administrativo de Bogotá resolvió una solicitud de nulidad planteada por Carbocol S.A. y el Ministerio de Minas y Energía, con fundamento en el artículo 165 del C.C.A. y 140 del C.P.C. El Despacho decidió lo siguiente:

“PRIMERO. DECLARAR la nulidad de lo actuado en la acción popular 2002-1029, a partir del auto admisorio de la acción (sic).

SEGUNDO. RECHAZAR la demanda de acción popular 2002-1029, por agotamiento de jurisdicción”.

Los argumentos centrales de la decisión adoptada por el Juzgado 5º Administrativo de Bogotá fueron los siguientes: (i) el 25 de junio de 2002, el ciudadano presentó tres demandas de acción popular prácticamente idénticas, en términos de hechos y pretensiones (Rads. 2002-1032; 2002-1029 y 2002-1048); (ii) el Consejo de Estado, Sección Tercera, en auto del 7 de diciembre de 2005, ya había considerado que operaba el fenómeno del agotamiento de jurisdicción entre los procesos 2002-1048 y 2002-1029; (iii) las compañías que no aparecen vinculadas en el expediente 2002-1029 –que no figuran en el radicado 2002-1032- pueden ser vinculadas por el juez; y (iv) se sigue un pronunciamiento del 16 de septiembre de 2004 de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre agotamiento de jurisdicción.

1.9. El 15 de febrero de 2007, la Corporación Colombia Transparente apeló la decisión del Juez Administrativo, manifestando que las acciones tenía pretensiones distintas. Adujo que una buscaba la condena de los evaluadores de la mina y asesores en el proceso de enajenación para que se declarase la nulidad del proceso y la devolución de la mina, mientras que la otra señalaba las irregularidades del Comité de Participación Privado y Técnico del promotor, la inexistencia de un acto de adjudicación y la posibilidad de suscribirse la doble contratación de asesores.

1.10. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto del 27 de noviembre de 2008, confirmó la decisión adoptada el 9 de febrero de 2007 por el Juzgado 5º Administrativo de Bogotá. Los principales argumentos del Tribunal fueron los siguientes:

“Este Tribunal cuando ocurre el fenómeno de la multiplicidad de acciones populares en defensa de unos mismos o similares derechos colectivos y respecto de las mismas causas, ha venido aplicando la figura del agotamiento de jurisdicción, y no la de acumulación de procesos, en aras de darle tratamiento judicial eficiente y homogéneo a una misma situación jurídica, que es la que uno o varios actores someten a consideración de la jurisdicción administrativa en ejercicio de la acción popular. Eso obedece a que el Tribunal no encuentra respaldo jurídico para tramitar simultáneamente varias acciones populares sobre una misma problemática y frente a similares derechos colectivos.

En efecto, si un ciudadano interpone determinada acción popular para que se proteja uno o varios derechos o intereses colectivos frente a ciertos hechos, la comunidad queda inmediatamente representada en ese actor popular para ejercer la defensa de esos derechos e intereses. Por tanto, en el evento en que se presenten posteriormente otras demandas cuyo propósito, en general, sea el mismo que el de la demanda inicial, esto es, la protección de ciertos derechos e intereses colectivos por la afectación que tenga origen en la misma causa y cuyas pretensiones persigan el mismo, fin, las posteriores demandas deberán ser rechazadas por agotamiento de jurisdicción”.

En cuanto a la resolución del caso concreto, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

“Es evidente para la Sala que los procesos 2002-1029 y 2002-1032 guardan identidad jurídica en cuanto en ambos procesos se cuestiona la enajenación de la participación estatal en el Complejo Carbonífero Cerrejón Zona Norte y la presunta afectación de los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público y de la moralidad administrativa.

No es suficiente que el apelante alegue que la presente acción incluye nuevos demandados, que las pretensiones sean “sustancialmente diferentes” y que los hechos “son nuevos y muchos más hechos presentados”, pues tal y como se explicó en el acápite anterior, en aquellos eventos en que existen dos o más acciones populares que persigan, en términos generales, la protección de derechos colectivos cuya causa sea la misma, deberá subsistir únicamente aquella que primero se notificó a los demandados, para así salvaguardar, entre otros, los principios de economía procesal y seguridad jurídica”.

b. Trámite de la acción de tutela interpuesta por la ONG Corporación Colombia Transparente

1.11. El 17 de marzo de 2009, la Corporación Colombia Transparente presentó una acción de tutela en el Consejo de Estado contra unas decisiones judiciales del Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá y Tribunal Administrativo de Cundinamarca adoptadas en el curso de la Acción Popular 2002-1029. El apoderado judicial de la Corporación Colombia Transparente solicitó lo siguiente:

“1. La protección de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, a favor de la CORPORACIÓN COLOMBIA TRANSPARENTE O.N.G., vulnerados por el Juzgado Quinto Administrativo y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”.

2. Como consecuencia de lo anterior, se deje sin efecto la providencia del 9 de febrero de 2007, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo que declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda y rechazó la demanda por agotamiento de jurisdicción, dentro de la acción popular radicada bajo el número 250002315000200201012902, instaurada por la Corporación Colombia Transparente O.N.G., contra la Nación - Financiera Energética Nacional FEN- y otros, y la providencia del 27 de noviembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, que confirmó la providencia antes citada, al decidir su apelación.

3. Y, en consecuencia, se le ordene al Juzgado Quinto Administrativo que continúe con el trámite de la acción popular radicada bajo el número 250002315000200201012902, instaurada por la Corporación Colombia Transparente contra la Nación - Financiera Energética Nacional- y otros”.

El representante de la accionante considera que el Juzgado 5º Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A incurrieron en un defecto sustantivo, por cuanto aplicaron indebidamente la figura jurisprudencial del agotamiento de jurisdicción, creada por el Consejo de Estado. Lo anterior por cuanto, en el caso concreto, no se presenta una identidad en relación con lo siguiente: (i) entidades demandadas; (ii) hechos y (iii) pretensiones.

1.12. Mediante Auto del 24 de marzo de 2009, la Sección Quinta del Consejo de Estado admitió la acción de tutela y ordenó notificar a los accionados y al Ministerio de Minas y

Energía y otros, por ser terceros interesados en los resultados del proceso.

1.13. El 30 de marzo de 2009, se notificó personalmente del Auto admisorio de la demanda a los accionados (Juzgado Quinto y Tribunal Administrativo) y al Ministerio de Minas y Energía.

1.14. En sentencia de primera instancia del 23 de abril de 2009, la Sección Quinta del Consejo de Estado negó el amparo de los derechos alegados por la Corporación, bajo el argumento de que la tutela no podía ser usada como una tercera instancia, y reiteró su línea jurisprudencial al señalar que la acción de amparo no procedía contra providencias judiciales en razón a la protección al principio de seguridad jurídica. Dicha decisión fue impugnada el 4 de junio de 2009 por la organización accionante.

1.15. El 30 de julio de 2009, la Sección Primera del Consejo de Estado revocó la decisión de primera instancia y amparó el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, ordenando dejar sin efectos los autos del 9 de febrero de 2007 y del 27 de noviembre de 2008 que aplicaron la figura del agotamiento de la jurisdicción, manifestando que en el caso de la Acción Popular 2002-1029, no procedía la nulidad procesal sino la acumulación de procesos. Como consecuencia, ordenó al juez Quinto Administrativo del Circuito de Bogotá continuar con el proceso de acción popular en la etapa en que se encontraba.

1.16. Mediante Auto del 29 de septiembre de 2009, notificado por estado el 30 del mismo mes, el Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá dio cumplimiento a lo resuelto en sede de tutela por el Consejo de Estado y dispuso continuar con el procedimiento de la acción popular 2002-1029, resolviendo los recursos de reposición planteados por las partes.

c. Continuación del trámite del proceso de acción popular 2002-1029, como consecuencia de la decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado

1.17. El 29 de septiembre de 2009, el Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá profirió auto mediante el cual se dispuso obedecer lo resuelto por el Consejo de Estado en el proceso de Acción Popular 2002-1029, ordenando dar trámite a los recursos de reposición interpuestos por las autoridades contra el auto del 2 de julio de 2002 (auto admisorio de la acción popular). Tuvo por contestada la demanda y la proposición de excepciones de las

demandadas - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Anglo American PLC, Glencore International AC, y Billiton Company BV-, y por último, tuvo por cumplido el requisito de publicidad de la acción popular.

1.18. En auto del 23 de marzo de 2010, el Juzgado resolvió los recursos de reposición interpuestos por el Ministerio de Minas y Energía, el Departamento Nacional de Planeación, la Financiera Energética Nacional S.A. - FEN, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la empresa Carbones de Colombia S.A. - CARBOCOL, contra el auto de 2 de julio de 2002, por el cual se admitió la demanda, en el sentido de negar las solicitudes.

1.19. Mediante providencia del 10 de mayo de 2010, el Juzgado corrió traslado a las partes de las excepciones previas planteadas en las contestaciones de la demanda.

1.20. El 27 de septiembre de 2010, el Juzgado negó la solicitud del Ministerio de Minas y Energía de remitir por competencia el proceso al Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Frente a esta decisión, el Ministerio de Minas presentó recurso de reposición, el cual fue decidido desfavorablemente por el Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá a través de auto del 10 de noviembre de 2010.

1.21. El 14 de diciembre de 2010, el Juzgado admitió la reforma de la demanda presentada por la ONG accionante, y ordenó notificar personalmente al Departamento Nacional de Planeación, a Brigard y Urrutia Abogados Ltda y a Juan Manuel Rojas Payán. El Ministerio de Minas y Energía presentó recurso de reposición frente a esa decisión, el cual fue decidido desfavorablemente mediante auto del 21 de febrero de 2011. La decisión de admitir la reforma a la demanda, fue notificada por estado el 22 de febrero de 2011.

1.22. El 1º de marzo de 2011, el Ministerio de Minas y Energía presentó escrito de contestación a la reforma de la demanda.

1.23. El 22 de marzo de 2011, el Departamento Nacional de Planeación presentó escrito de contestación a la reforma de la demanda.

1.24. Mediante auto del 17 de enero de 2012, el Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá requirió a la ONG accionante como parte actora, para dar trámite al emplazamiento del señor Juan Manuel Rojas Payán. El 25 de enero de 2012, el apoderado del señor Rojas

Payán interpuso recurso de reposición contra el auto del 14 de diciembre de 2010, el cual se resolvió desfavorablemente el 10 de mayo de 2012.

1.25. El 16 de mayo de 2012, Brigard y Urrutia Abogados Ltda., interpuso: (i) recurso de reposición y en subsidio apelación en contra del auto del 10 de mayo de 2012 y (ii) solicitud de nulidad de todo lo actuado a partir del 7 de marzo de 2011, por indebida notificación del auto del 14 de diciembre de 2010. Mediante auto del 24 de mayo de 2012, el Juzgado rechazó por improcedentes los recursos presentados por Brigard y Urrutia.

1.26. El 28 de mayo de 2012, Brigard y Urrutia contestó la reforma de la demanda.

1.27. El 31 de mayo de 2012, Juan Manuel Rojas Payán contestó la reforma de la demanda.

1.28. El 12 de julio de 2012, el Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá mediante auto interlocutorio, negó por improcedente la solicitud de nulidad de todo lo actuado a partir del 7 de marzo de 2011, presentada por Brigard y Urrutia Abogados Ltda. Frente al mencionado auto, la firma de abogados presentó recurso de reposición, el cual fue negado el 9 de agosto de 2012.

1.29. Mediante providencia del 29 de agosto de 2012, el juzgado señaló fecha para la audiencia de pacto de cumplimiento para el 3 de octubre de 2012 y ordenó citar a las partes.

En telegrama del 6 de septiembre de 2012 se citó a la audiencia de pacto de cumplimiento a los apoderados de la Corporación actora, de Juan Manuel Ricardo Convers Ortega, ANGLO AMERICAN PLC, GLENCORE INTERNATIONAL AG, BHP BILLITON COMPANY B.V., el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Minas y Energía, el Departamento Nacional de Planeación, la Financiera Energética Nacional - FEN, Carbones de Colombia S.A. - Carbocol-, y de Brigard y Urrutia Abogados Ltda.

1.30. El 26 de septiembre de 2012, el apoderado de las empresas ANGLO AMERICAN PLC, GLENCORE INTERNATIONAL AG, BHP BILLITON COMPANY B.V. y del señor Juan Manuel Ricardo Convers Ortega, promovió incidente de nulidad de todo lo actuado a partir del auto del 10 de febrero de 2009, mediante el cual el Juzgado se estuvo a lo resuelto en auto del

27 de noviembre de 2008 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; solicitando el aplazamiento de la audiencia de pacto de cumplimiento, porque al fallar la tutela no los notificaron, debiendo hacerlo toda vez que eran partes de la acción popular.

1.31. El 19 de diciembre de 2012, se abrió la fase probatoria del incidente de nulidad planteado contra la acción popular en el Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá, ordenando librar notificación al Consejo de Estado para verificar la manera como fue notificada la sentencia de la acción de tutela resuelta el 23 de abril de 2009.

d. Incidente de nulidad en contra de la decisión del Consejo de Estado del 30 de julio de 2009, en sede de tutela, que amparó los derechos de la ONG accionante y ordenó continuar el trámite de la acción popular rechazada

1.32. El 26 de octubre de 2012, el apoderado de las empresas ANGLO AMERICAN PLC, GLENCORE INTERNATIONAL AG, BHP BILLITON COMPANY B.V. y del señor Juan Manuel Ricardo Convers Ortega, interpuso un incidente de nulidad sobre lo actuado en la acción de tutela que ordenó dar trámite a la Acción Popular 2002-1029 porque nunca fueron notificadas como parte afectada en el marco del mismo.

1.33. El 13 de febrero de 2013, el Consejo de Estado dio respuesta a dicha solicitud allegando copias de la notificación de la acción de tutela.

1.34. El 4 de julio de 2013, la Sección Primera del Consejo de Estado anuló lo actuado a partir del auto de 24 de marzo de 2009, que admitió la acción de tutela contra el Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ordenando que se surtieran las notificaciones pertinentes a las sociedades Anglo American PLC, Glencore International, BHP Billiton Company BV y Juan Manuel Ricardo Convers Ortega.

1.35. El 8 de agosto de 2013, el Consejo de Estado comunicó mediante telegrama al Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la tutela. En dicha comunicación se ordenó indicar la conformación de la parte demandada y la devolución del expediente de dicha referencia.

1.36. En cumplimiento de la decisión del 4 de julio de 2013 de la Sección Primera del Consejo de Estado, mediante Auto del 9 de agosto de 2013, el Consejero Ponente de la

Sección Quinta de la misma Corporación, admitió la demanda de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, Subsección "A" y el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Bogotá, ordenando la notificación de los terceros interesados.

e. Resolución desfavorable para el actor del expediente de acción popular 2002-1032.

1.37. El 4 de febrero de 2011 el Juzgado 27 Administrativo del Circuito de Bogotá negó las pretensiones de la acción popular 2002-1032. [2] Se afirmó que hubo un decreto ministerial que aprobó la enajenación de la participación estatal en Cerrejón y señaló unas condiciones mínimas del contrato a suscribir. El juez de instancia manifestó que del estudio del material probatorio se puede concluir que las entidades accionadas actuaron conforme a la ley y no se observa la generación de un perjuicio a los derechos colectivos. Concluyó que para que se encuentre vulnerada la moralidad administrativa, también se requiere la presencia de elementos subjetivos contrarios a los fines y principios de la administración, que en este caso no fueron demostrados.[3]

1.38. El 28 de enero de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió la segunda instancia de la acción popular que fue conocida antes por el Juzgado 27 Administrativo de Bogotá, resolviendo negativamente la acción, bajo el argumento de que los accionados no vulneraron los derechos al patrimonio público y la moralidad administrativa pues, la suma pagada por el adjudicatario fue la debida y hubo un acto de adjudicación para la enajenación del proyecto Cerrejón.[4]

## 2. Traslado y contestación de la demanda de amparo

La acción de tutela fue admitida por la Sección Quinta de Consejo de Estado mediante auto fechado nueve (9) de agosto de dos mil trece (2013), y se corrió traslado de ésta al Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá, a la Sección Primera - Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Minas y Energía, la Dirección Nacional de Planeación, Carbocol S.A., Financiera Energética Nacional, Anglo American PLC, Glencore International AG, BHP Billington Company BV, Brigard y Urrutia Abogados Ltda y al señor Manuel Ricardo Convers Ortega, como terceros interesados.

## 2.1. Contestación del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A"

Guardó silencio.

## 2.2. Contestación del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B"

Solicitó que se declarara a su favor la falta de legitimación por pasiva, pues esta Sección no era la autoridad judicial contra la cual se dirigió la accionante. Aclaró que solamente estuvo encargada de la etapa inicial del trámite cuestionado, previo a la entrada en funcionamiento de los Juzgados Administrativos, a quienes les fue remitido el expediente de las acciones populares.

## 2.3. Respuesta del Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Bogotá

En informe radicado en la primera instancia el 28 de agosto de 2013, sostuvo que la acción de tutela era improcedente para solicitar la revocatoria de las providencias judiciales proferidas en el trámite de la acción popular por no encuadrar en las causales previstas.

Manifiesta que de la revisión de las dos acciones instauradas, el tema central de las mismas "hace referencia a la enajenación de los bienes que Carbocol tenía en el Cerrejón, lo cual, al sentir de los accionantes, ocasionó un serio detrimento patrimonial en las finanzas del Estado; motivo por el cual se solicita el amparo de los derechos colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa".[5]

Expresa el juzgado que la decisión proferida en 2007 respecto a la cual versa la inconformidad del accionante, fue objeto de apelación, recurso que fue resuelto negativamente el 27 de noviembre de 2008, considerando que había identidad de objeto y causa entre los accionantes populares en mención, motivo por el cual la acción popular que se tramitó primero en el Juzgado 27 Administrativo de Bogotá debía continuar.

Finalmente, el juzgado sostuvo que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para cuestionar o controvertir su decisión pues estuvo conforme a derecho.

## 2.4. Respuesta de la Dirección Nacional de Planeación

Mediante escrito radicado el 28 de agosto de 2013, manifestó que la vulneración alegada por la accionante, parte de la premisa errada que hubo una indebida interpretación de las demandas. Señaló que existió una caducidad de la acción de tutela pues versa sobre una situación jurídica consolidada en 2007, de manera que no se predicen condiciones de inmediatez para conceder el amparo.

Argumentó que cuando la acción de tutela se interpone como mecanismo subsidiario, habiendo caducado la acción ordinaria que prevé el ordenamiento jurídico para la efectividad de los derechos, el trámite de tutela se convierte en el mecanismo principal y no la acción subsidiaria. En consecuencia, si los términos de caducidad o prescripción de la acción principal han operado, la tutela no es procedente como mecanismo transitorio.

Adicionalmente, sostuvo que no hay una vía de hecho que permita que opere una tutela contra providencias judiciales y, en consecuencia, la acción es improcedente.

#### 2.5. Respuesta del Ministerio de Minas y Energía

El representante del Ministerio, solicitó mediante escrito la desestimación de los hechos y pretensiones por carecer de sustento jurídico. Explicó que las acciones populares instauradas en efecto cuentan con los mismos hechos, pretensiones y causas, persiguiendo la protección del patrimonio público y la moralidad administrativa. Agregó que no se configuró un defecto sustantivo en las decisiones judiciales cuestionadas, pues las respectivas instancias judiciales verificaron el cumplimiento de los requisitos necesarios para la configuración del agotamiento de la jurisdicción y, en consecuencia, se respetó el derecho al debido proceso.

#### 2.6. Respuesta del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

En informe radicado el 29 de agosto de 2013, cuestionó la vinculación de dicha entidad por no guardar relación con las actuaciones propias de dicha cartera. Expresó que el Ministerio de Hacienda no podía satisfacer las pretensiones del actor, por no existir relación con los hechos ni obligaciones estatales señaladas por la parte actora. Resaltó el incumplimiento del requisito de inmediatez que busca controvertir una situación jurídica consolidada desde 2007, indicando que no hubo un plazo razonable, generando así inseguridad jurídica.

## 2.7. Intervención de Anglo American PLC, Glencore International AG, BHP Billington Company BV y Manuel Ricardo Convers Ortega.

En escrito radicado el 10 de septiembre de 2013, alegó el ejercicio del derecho de defensa, expresando que la acción de tutela no debía prosperar por no cumplir con los requisitos de tutela contra sentencia judicial toda vez que no se presentaba un defecto sustantivo, ya que las dos instancias ordinarias fundaron sus decisiones en pronunciamientos del Consejo de Estado, previa verificación de la configuración de los requisitos necesarios. Señaló que existía identidad de causa y objeto justificando la aplicación de la postura del Consejo de Estado de rechazar las nuevas acciones con fundamento en el agotamiento de jurisdicción, en vez de acumularlas.

Indicó que es posible para la parte actora intervenir en la acción popular que seguía en curso por los mismos hechos para garantizar sus derechos, teniendo en cuenta el carácter colectivo de los mismos. Expresó que la acción de tutela no podía ser usada como una tercera instancia para discutir las decisiones ejecutoriadas de los jueces naturales, salvo la presencia de defectos que afecten derechos fundamentales, situación que, a su parecer, no se configuraba.

Finalmente, hizo hincapié en que la discusión en sede de tutela no podía ser el planteamiento de los presupuestos para la declaratoria del agotamiento de jurisdicción, pues no era propia de esta acción ni demostraba la configuración de un defecto sustantivo que justificara su procedencia.

## 2.8. Financiera Energética Nacional - FEN y CARBOCOL S.A.

Guardaron silencio.

## 3. Sentencias objeto de revisión

### 3.1. Sentencia de Primera Instancia

En su decisión del 4 de diciembre de 2013, la Sección Quinta del Consejo de Estado negó el amparo de los derechos presuntamente violados por el Juzgado Quinto Administrativo del circuito de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, Subsección A. De acuerdo con el a quo, si bien procede la tutela contra providencia

judicial, en este caso “no se evidencia que hayan cometido un flagrante error judicial (...) pues sus decisiones están enmarcadas en la posición jurisprudencial adoptada por la Sección Tercera,” mediante la cual decidieron aplicar la tesis del agotamiento de la jurisdicción para la acción popular.

Sostiene el Consejo de Estado que las providencias cuestionadas cuentan con un sustento en el principio de independencia y autonomía judicial y en consecuencia la acción de tutela no puede ser empleada como una instancia adicional.

### 3.2. Impugnación del Fallo de tutela

El 21 de enero de 2014 la Corporación Colombia Transparente impugnó la decisión de primera instancia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, argumentando que de nuevo se vulneraron los derechos al debido proceso y el acceso a la administración de justicia.

De acuerdo con el apoderado, en el caso no se daban los elementos necesarios para que se configurara el agotamiento de la jurisdicción, y, en su lugar, era procedente la acumulación de los procesos para la realización de un trámite conjunto que previniera resultados contradictorios en las providencias.

Agrega que no hay una identidad de partes en las acciones populares presentadas y en consecuencia, deben ser desestimados los argumentos del juez de tutela pues los hechos y pretensiones son diferentes. Uno de ellos está orientado a la revisión de las conductas de funcionarios públicos y otro a las empresas extranjeras que habrían resultado favorecidas.

### 3.3 . Sentencia de Segunda Instancia

El 10 de abril de 2014 la Sección Primera del Consejo de Estado confirmó la decisión inicial, expresando que el 11 de septiembre de 2012 la Sala Plena del Consejo de Estado había unificado la jurisprudencia estableciendo que en los procesos de acciones populares en los que exista identidad de hechos, objeto y causa, debe declararse el agotamiento de jurisdicción y rechazarse las posteriores demandas por los mismos hechos y pretensiones.

Establece la Sección Primera que no hay un elemento diferenciador entre las acciones

populares en cuanto se persigue la protección de los mismos “derechos colectivos, la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público,” además de estar derivados de los mismos hechos.

Se agrega que la jurisprudencia no requiere la identidad de sujetos procesales y en consecuencia la decisión de las autoridades judiciales fue acertada.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para conocer los fallos proferidos dentro de la acción de tutela de referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86, inciso tercero y 241, numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Planteamiento del caso y del problema jurídico.

El 25 de junio de 2002, la Corporación Colombia Transparente presentó tres acciones populares relacionadas con el proceso de enajenación del Complejo Carbonífero Cerrejón Zona Norte (Rads. 2002-1032; 2002-1029 y 2002-1048). El estado actual de cada uno de los procesos es el siguiente:

El proceso 2002-1032 se encuentra concluido, por cuanto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “C”, en sentencia del 28 de enero de 2013, confirmó el fallo proferido el 4 de febrero de 2011, por el Juzgado 27 Administrativo de Bogotá, mediante el cual se negaron las pretensiones de la acción popular.

En relación con el expediente 2002-1048, el 19 de mayo de 2005, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, rechazó la demanda correspondiente, por considerar que versaba sobre hechos y pretensiones idénticos a los planteados en el proceso 2002-1029, y por tanto, no era posible adelantar simultáneamente ambas acciones populares (figura del agotamiento de jurisdicción). La anterior decisión fue confirmada el 7 de diciembre de 2005, por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En lo que atañe al expediente 2002-1029, el Juzgado 5º Administrativo de Bogotá, mediante

auto del 9 de febrero de 2007, decidió declarar la nulidad de todo lo actuado, por estimar que se había configurado un agotamiento de jurisdicción, dado que existía una coincidencia de partes, hechos y pretensiones, en relación con el proceso 2002-1032. La anterior decisión fue confirmada el 27 de noviembre de 2008 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", tomando como fundamento lo afirmado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 18 de junio de 2008 (Exp. 70001-23-31-000-2003-00618-01 (AP)).

El demandante sostiene que el Juzgado 5º Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A" incurrieron en un defecto sustantivo, por cuanto, a su juicio, no existe la referida identidad entre los procesos 2002-1029 y 2002-1032, en términos de partes demandadas, hechos y pretensiones.

Criterio diferenciador

Proceso AP- 2002-1032

Proceso AP 2002-1029

Fecha de presentación de la demanda y auto admisorio.

25 de junio de 2002 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

25 de junio de 2002 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Entidades demandadas

CARBOCOL S.A., Financiera Energética Nacional FEN, Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Administrativo de Planeación Nacional MINERCOL LTDA, empresa CERREJON Zona Norte S.A.

Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Nacional de Planeación, Financiera Energética Nacional FEN, CARBOCOL, GLENCORE INTERNATIONAL A.G., ANGLO AMERICAN PLC, BILLINTON COMPANY, SALOMÓN SMITH BARNEY INC., AMMIN COAL HOLDINGS S.A., BILLINTON INVESTMENT BV, Juan Manuel

Ricardo Convers, la sociedad Brigard Urrutia Abogados S.A. y el Consorcio Chase-Salomón.

## Hechos

En pocas palabras, se alega que las entidades demandadas vulneraron el principio de moralidad administrativa y el patrimonio público, por cuanto el consorcio beneficiado no reunía las calidades técnicas y financieras requeridas, ni las matrices tampoco para ser beneficiarios con la adjudicación del contrato. Con el beneplácito de un Comité Técnico se permitió que un consorcio con capital de US 100.000 dólares, adquiriera una empresa valorada en US 447.000.00 millones de dólares.

Además de las irregularidades cometidas en el proceso de enajenación del complejo carbonífero del Cerrejón, Zona Norte, se presentan nuevos hechos relacionados con actuaciones de algunos particulares.

## Pretensiones

1. Que se proteja el derecho al patrimonio público del Estado y de las entidades territoriales beneficiarias con la enajenación del complejo carbonífero C.Z.N., así como el derecho a la moralidad administrativa y el patrimonio público, amenazados y vulnerados por las entidades demandadas por los diversos hechos citados en esta demanda.

2. Que así como las entidades demandadas y la sociedad encausada eludieron el cumplimiento de expresas normas legales y disposiciones de los términos de referencia del programa de enajenación del proyecto de explotación carbonífera Cerrejón Zona Norte, con grave deterioro de la moralidad administrativa y deterioro de las finanzas públicas del Estado, de acuerdo con una relación que se indica en cinco numerales.

3. Que en razón a los atentados contra la moralidad administrativa que se citaron en el numeral anterior, se proceda a:

a) Ordenar a CZN S.A. el cumplimiento de los términos del Decreto núm. 020 y el Programa de Fundación, y concretamente al pago al Estado-Carbocol S.A., de la suma

total propuesta por la aceptación del programa de fundación y transferencia del complejo carbonífero CZN, por cuantía igual a \$875.041.598.500, de la cual adeuda aún según los hechos de esta demanda, una cuantía de \$ 25.487.367.179 pesos del 15 de noviembre de 2000.

b) Que se ordene a C.Z.N. S.A. pagar intereses moratorios a la tasa máxima permitida, de conformidad con la Superintendencia Bancaria, sin sobrepasar el interés de usura, sobre la suma debida de \$ 25.487.367.179, entre el 15 de noviembre de 2000 y la fecha del correspondiente pago.

c) Que se ordene a C.Z.N. S.A. a pagar los intereses moratorios debidos sobre la suma de \$ 509.733.000.000, según lo establecido en la cláusula 4.12 del programa de suscripción de acciones, Anexo No. 1 del P. de F., entre el 18 de octubre de 2000, fecha en que debieron colocarse los dineros a disposición del Estado y el 15 de noviembre de 2000, fecha en que fueron consignados.

d) Que los intereses moratorios debidos, de conformidad con la petición anterior, se actualicen a la fecha de la respectiva condena, de conformidad con el interés legal del I.P.C.

e) Que se condene a C.Z.N. S.A. a pagar el valor del impuesto de timbre que le correspondía al 15 de noviembre de 2000, según lo pactado en la cláusula vigésima séptima y por el valor de transferencia ofrecido en la aceptación de la P. de F. (\$875.041.598.500) y por cuantía igual a \$ 6.562.812.364 de noviembre 15 de 2000, fecha en que se hacía efectivo el pago, y se le ordena así mismo reconocerle al Estado colombiano los intereses debidos de conformidad con la reglamentación tributaria que regula la materia.

1) Que los demandados afectaron los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público, toda vez que realizaron actos irregulares, cometieron ilegalidades y eludieron el cumplimiento de expresas normas legales y disposiciones de los términos de referencia del programa de enajenación de la participación estatal en el complejo carbonífero Cerrejón Zona Norte, con grave afectación de la moralidad administrativa y deterioro de las finanzas públicas del Estado, según una relación que se indica en 7 numerales.

2) Que adicionalmente, el Asesor Técnico Salomón Smith Barney Inc. incurrió en conflicto de intereses en el proceso de enajenación de la participación de Carbocol S.A. en el proyecto del Cerrejón Zona Norte y es responsable del deterioro patrimonial del Estado.

3) Que con base en la anterior responsabilidad, la FEN y el asesor Salomón Smith Barney Inc. vulneraron los derechos colectivos al patrimonio público y la moralidad administrativa, y por consiguiente, son solidariamente responsables del pago de las siguientes sumas de dinero:

a) Pérdida del valor de la venta en relación con el precio de referencia recomendado y el valor que finalmente recibió el Gobierno Nacional.

b) La diferencia entre el valor que realmente debió tener la valoración de la participación de Carbocol por los hechos referidos, según la valoración que hagan los peritos y el valor que finalmente fue recomendado al Estado.

c) El lucro cesante para el Estado colombiano por los dineros dejados de recibir por la venta.

4. Que la firma Brigard & Urrutia afectó los derechos colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa, toda vez que incumplió las obligaciones de asesor que estaba obligado, según la relación de hechos de que trata la demanda y concretamente en siete hechos particulares.

5. En virtud de lo anterior, la firma Brigard & Urrutia es solidariamente responsable a pagar:

(...)

6. Que la firma Brigard & Urrutia está obligada a efectuar la devolución, con sus correspondientes intereses, de los dineros recibidos, como pago de honorarios por parte de la FEN, entre abril de 2000 y septiembre de 2000, por la suscripción del contrato No. CZN-02-2000...

7. En virtud de la declaración segunda, la firma Consorcio Salomón Smith Barney Inc.

es solidariamente responsable a pagar el valor dejado de percibir por el gobierno nacional, en virtud de la ausencia de ajuste del precio de referencia.

8. Que las actas del Comité Técnico del 23 de junio, 2 de agosto, 10 de septiembre, 20 de septiembre y 3 de octubre de 2000, son nulas o inexistentes.

9. Que como consecuencia de la primera declaración son a su vez nulos los siguientes adendos aprobados según dichos actos y concretamente los siguientes: a) acta del Comité Técnico del 15 de agosto de 2000; b) Acta del Comité Técnico del 12 de septiembre de 2000; el adendo No. 08 y c) Acta del Comité Técnico del 20 de septiembre de 2000; el adendo No. 9.

10. Que el acto de adjudicación del proceso de enajenación de la participación de Carbocol S.A., contenido en el acta del Comité Técnico del 3 de octubre de 2000 es nulo por expedición de funcionarios incompetentes, por objeto y causa ilícita e indebida motivación, tanto de derecho como de hecho, toda vez que se ha lesionado la legalidad del Estado de Derecho.

11. Que en razón de los atentados a la moralidad administrativa, el acta constitutiva de la sociedad o acto de suscripción de acciones de CZN SA es nula y por consiguiente se procederá por parte de las entidades contratantes, Ministerio de Hacienda, Ministerio de Minas y Energía y Departamento Nacional de Planeación, y la FEN, a declarar y ratificar la nulidad del acta constitutiva de la sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con los artículos 15 y 20 de la ley 225 de 1995.

12. Que en razón de las declaraciones precedentes, es así mismo nulo el acto de adjudicación, el acta constitutiva de la sociedad y la escritura de constitución de la sociedad CZN SA, No. 3876, de la Notaría 51 del Círculo de Bogotá, suscrita el 23 de octubre.

13. Que como consecuencia de las declaraciones precedentes y fundamentalmente de la nulidad de la escritura de constitución de la sociedad CZN SA, también es nulo el contrato de explotación minera y transferencia suscrito entre Carbocol y la Sociedad CZN SA. Por consiguiente, se ordene a la entidad Carbocol declarar la nulidad,

disolución y liquidación del respectivo contrato y a efectuar las restituciones a que haya lugar en relación con el comprador que actuó de mala fe, todo ello de conformidad con el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con los artículos 15 y 20 de la Ley 225 de 1995.

14. Se declare que las condiciones para la constitución de la sociedad CZN SA eran fallidas, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 3.5 del Programa de Fundación.

15. Se ordene también al Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de Hacienda o el Ministerio de Minas y Energía y la FEN, en su calidad de promotor, según la facultad delegada en el programa de fundación, a aplicar integralmente la ley 226 de 1995 y el capítulo 5 del programa de fundación.

16. Que en razón de las declaraciones precedentes y fundamentalmente como consecuencia de la nulidad de los actos previos y definitivos del acto de adjudicación y la nulidad del contrato de transferencia del 15 de noviembre de 2000:

a) CZN SA proceda a realizar devolución de todos los activos cedidos por Carbocol al Estado colombiano.

b) Se proceda a realizar la liquidación del respectivo contrato y efectuar las correspondientes compensaciones.

c) Se aplique la sanción del artículo 1515 del C.C., para demandados que obraron de mala fe y se declare la pérdida de los dineros pagados a favor de la Nación -Ministerio de Hacienda- en el proceso de transferencia del complejo CZN, de conformidad con lo dispuesto en la ley 226 de 1996 y lo estipulado expresamente en el capítulo 5º del programa de fundación, de resultar fallida.

(...)

Al respecto, la Sala resalta que, si bien lo afirmado en relación con el expediente AP 2002-1032 corresponde con la demanda inicial presentada el 25 de junio de 2002, no ocurre lo mismo con el proceso AP 2002-1029. En efecto, el peticionario realizó su comparación tomando como base el texto de la modificación a la demanda, presentada el 15 de julio de

2004 y rechazada el 20 de septiembre de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por considerar que se encontraba pendiente la decisión sobre el recurso de reposición interpuesto contra el auto admisorio de la demanda. El Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá, mediante auto del 14 de diciembre de 2010, finalmente admitió la reforma de la demanda.

Por consiguiente, las supuestas identidades en relación con la parte demandada, hechos y pretensiones, deben examinarse en relación con los textos iniciales de las demandas populares referentes a los expedientes AP 2002-1029 y AP 2002-1032. Lo anterior, por cuanto las decisiones judiciales acusadas en sede de amparo, que datan de 9 de febrero de 2007 (Juzgado 5º Administrativo de Bogotá) y 27 de noviembre de 2008 (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A"), fueron anteriores a la admisión de la reforma de la demanda (14 de diciembre de 2010).

Así las cosas, el siguiente gráfico evidencia las semejanzas existentes entre las demandas iniciales de los procesos AP 2002-1029 y AP 2002-1032, en relación con los demandados:

AP 2002-1032

Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Esperanza Rojas Jiménez

Energética Nacional FEN

Dirección Nacional de Planeación

Ministerio de Minas y Energía

CARBOCOL

Glencore International A.G.

Anglo American PLC

Billinton Company BV

Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

-----

Energética Nacional FEN

Dirección Nacional de Planeación

Ministerio de Minas y Energía

CARBOCOL

-----

-----

-----

Cerrejón Zona Norte

MINERCOL

En relación con los hechos, ambas demandas versaron sobre el proceso de enajenación de la participación estatal en el Complejo Carbonífero del Cerrejón Zona Norte.

En lo atinente a las pretensiones, la Corte encuentra lo siguiente:

AP 2002-1029

AP 2002-1032

Primera. Que se proteja el derecho al patrimonio público del Estado y de las entidades territoriales beneficiarias con la enajenación del complejo carbonífero del Cerrejón,

C.Z.N., así como el derecho a la moralidad administrativa, amenazados y vulnerados por las entidades demandadas por los diversos hechos citados en esta demanda.

Segunda. Que asimismo las entidades e INVERSIONISTAS PRIVADOS REGISTRADOS demandados eludieron el cumplimiento de expresas normas legales y disposiciones de los términos de referencia del programa de enajenación del proyecto de explotación Carbonífera Cerrejón Zona Norte, con grave afectación de la moralidad administrativa y deterioro de las finanzas públicas del Estado y según la siguiente relación:

2.1. El Promotor del Programa de fundación FINANCIERA ENERGÉTICA NACIONAL, al: a) usurpar funciones que no le correspondía en razón de la delegación específica efectuada por el decreto 020 de 2000; b) incumplir sus obligaciones de vigilancia del proceso; c) permitir la participación de consorciados que no habían sido parte del mismo; d) adjudicar el derecho a suscripción de acciones y transferencia en abierta usurpación de funciones; e) en igual forma, por intermedio de su apoderado especial y abogado asesor, al expedir una verificación de facto sobre hechos inexistentes y autorizar indebidamente, en consecuencia, la Asamblea Constitutiva de la Sociedad C.Z.N. S.A., sin el cumplimiento estricto de la oferta de aceptación presentada por los adjudicatarios y en abierta usurpación de funciones, toda vez que era función del comité de participación privada.

2.2. A la empresa Carbocol por no exigir a su vez el cumplimiento de la oferta de aceptación y proceder a suscribir el contrato de transferencia en abierto incumplimiento de los términos del Programa de Fundación y la oferta de aceptación del contratista. Igualmente al abstenerse de pagar y exigir el pago de los derechos tributarios que corresponden al Estado, según los hechos de la demanda.

2.3. A los INVERSIONISTAS PRIVADOS REGISTRADOS por eludir también el cumplimiento de los términos del programa de fundación, en abierta contradicción de la moralidad administrativa y concretamente por:

a) Abstenerse de pagar a la fecha de presentación de esta demanda el precio de transferencia ofrecido de \$ 10.300 por acción, en las fechas estipuladas para el efecto en el Programa de Fundación, con sus correspondientes intereses legales.

b) Abstenerse de pagar el impuesto de timbre que estaba obligado en relación con el proceso de enajenación del complejo CZN.

c) Abstenerse de publicar el contrato en los términos exigidos por la ley.

Tercera: Que en razón de los atentados a la moralidad administrativa que se han citado en el numeral anterior se proceda a:

3.1. Ordenar a los INVERSIONISTAS PRIVADOS REGISTRADOS demandados el cumplimiento de los términos del Decreto No. 020 y el Programa de Fundación, y concretamente, al pago al Estado -Carbocol S.A.- de la suma total propuesta por la aceptación del programa de fundación y transferencia del complejo carbonífero CZN por cuantía igual a \$ 875.041.598.00 de la cual adeuda aún según los hechos de esta demanda, una cuantía de \$ 25.487.367.170.00 del 15 de noviembre del 2000.

3.2. Que se ordene a los INVERSIONISTAS PRIVADOS REGISTRADOS demandados a pagar los intereses monetarios a la tasa máxima permitida, de conformidad con la Superintendencia Bancaria, sin sobrepasar el interés de usura, sobre la suma de \$ 25.487.367.170.00, entre el 15 de noviembre del 2000 y la fecha del correspondiente pago.

(...)

3.3. Que se ordene a los INVERSIONISTAS PRIVADOS REGISTRADOS demandados a pagar los intereses moratorios debidos sobre la suma de \$ 509.733.000.000, según lo establecido en la cláusula 4.12 del programa de suscripción de acciones, Anexo No. 1 del P. de F., entre el 18 de octubre del 2000, fecha en que debió colocarse los dineros a disposición del Estado y el 15 de noviembre del 2000, fecha en que fueron consignados.

(...)

3.4. Que los intereses moratorios debidos, de conformidad con la petición anterior, se actualicen a la fecha de la respectiva condena, de conformidad con el interés legal y el I.P.C.

3.5. Que se ordene a los INVERSIONISTAS PRIVADOS REGISTRADOS, demandados pagar el valor del impuesto de timbre que le correspondía al 15 de noviembre de 2000, según lo pactado en la cláusula vigésima séptima y por el valor de transferencia ofrecido en la aceptación del P. de F. (\$875.041.598.500.00) y por cuantía igual a \$ 6.562.812.364.00, de noviembre 15 del 2000, fecha en la cual se hacía exigible el pago y se le ordene al mismo a reconocerle al Estado colombiano los intereses debidos de conformidad con la reglamentación tributaria que regula la materia y cuyos intereses son los moratorios promedio de los últimos 4 meses de cada período, menos 5 puntos, según el artículo 435 de la Ley 633 del 2000, hasta la fecha del correspondiente pago.

(...)

3.6. Que se ordene a los INVERSIONISTAS PRIVADOS REGISTRADOS demandados a pagar el valor insoluto del derecho o tasa de publicación a que tiene derecho la Imprenta Nacional de Colombia, de conformidad con el valor de la Tránsito y que debía constar en el contrato suscrito el 15 de noviembre del 2000.

3.7. Que se ordene a Carbocol SA a pagar el valor del impuesto de timbre que le correspondía al 15 de noviembre del 2000 y por el valor de transferencia ofrecido en la aceptación del P. de F. que debía pagar el contratista beneficiario de la adjudicación y concretamente por cuantía igual a \$ 6.562.812.364, a pesos de noviembre 15 de 2000 y se ordene así mismo a reconocerle al Estado colombiano los intereses debidos de conformidad con la reglamentación tributaria que regula la materia y cuyos intereses son los moratorios promedio de los últimos 4 meses y menos 5 puntos, según lo estipulado en la ley 633 del 2000 y hasta la fecha del correspondiente pago.

3.8. Ordenar las diversas investigaciones a que haya lugar en contra de las personas que estime el Tribunal involucradas en el actuar violatorio de los intereses colectivos y solidariamente responsables por hechos de que trata esta litis, según lo expresado por el inciso 2º del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, en concordancia con el art. 52 de la ley 80 de 1993.

(...)

Cuarta. Se concreten en la sentencia los plazos perentorios que corresponden a cada entidad pública y los INVERSIONISTAS PRIVADOS REGISTRADOS para el cumplimiento de las declaraciones precedentes solicitadas y a partir de las cuales se constituirán en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y sujetos a renuncia al cumplimiento de la sentencia para efectos penales.

Quinta: Se determine en la sentencia en forma concreta que la mora en el pago causará intereses moratorios a partir de la fecha que determine la respectiva sentencia para el debido cumplimiento del fallo.

Sexta: Que se condene a los demandados obligados al pago según las pretensiones anteriores y vinculados al proceso de manera solidaria a pagar las sumas de dinero resultantes de esta acción popular.

Séptima: Que se reconozca y se ordene el pago inmediato del incentivo al demandante, a costa de la Nación, en la suma equivalente a 150 salarios mínimos mensuales, que es el máximo legal, para guardar proporción y justicia con la cuantía del negocio, de conformidad con el artículo 39 de la ley 472 de 1998. La mora en el pago causará intereses moratorios, contados a partir de la notificación de esta sentencia.

Octava: Que se reconozca además y se ordene el pago inmediato del incentivo al demandante, a costa de la Nación, en suma equivalente al 15% de todo lo que se recupere para los demandantes con ocasión de esta acción popular, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 472 de 1998. Esta sentencia prestará mérito ejecutivo. La mora en el pago causará intereses moratorios, contados a partir de la notificación de esta sentencia.

(...)

Novena: Que para garantizar el cumplimiento de los pagos aquí ordenados se decreten las medidas cautelares necesarias en contra de los condenados.

Décima: Que se conforme el Comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia de que trata la ley 472 de 1998, y que al menos uno de sus integrantes sea

el representante legal de una ONG cuyo objeto sea la protección de la moralidad pública.

Décima primera: Se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 177 y 178 del CCA y de la ley 472 de 1998.

Décima segunda: Se condene en costas a los demandados.

Primera. Que se proteja el derecho al patrimonio público del Estado y de las entidades territoriales beneficiarias con la enajenación del complejo carbonífero del Cerrejón, C.Z.N., así como el derecho a la moralidad administrativa, amenazados y vulnerados por las entidades demandadas por los diversos hechos citados en esta demanda.

Segunda. Que asimismo las entidades demandadas y la Sociedad encausada eludieron el cumplimiento de expresas normas legales y disposiciones de los términos de referencia del programa de enajenación del proyecto de explotación Carbonífera Cerrejón Zona Norte, con grave afectación de la moralidad administrativa y deterioro de las finanzas públicas del Estado y según la siguiente relación:

2.2. El Comité Técnico integrado por los delegados por los delegados de las entidades señaladas en el numeral anterior, eludieron el cumplimiento estricto del Programa de Enajenación de la Participación del Estado - Carbocol- en el proyecto de explotación Cerrejón Norte, fundamentalmente al certificar y verificar los hechos inexistentes.

2.3. El Promotor del Programa de Fundación FINANCIERA ENERGÉTICA NACIONAL al: a) a) usurpar funciones que no le correspondía en razón de la delegación específica efectuada por el decreto 020 de 2000; b) incumplir sus obligaciones de vigilancia del proceso; c) permitir la participación de consorciados que no habían sido parte del mismo; d) adjudicar el derecho a suscripción de acciones y transferencia en abierta usurpación de funciones; e) en igual forma, por intermedio de su apoderado especial y abogado asesor, al expedir una verificación de facto sobre hechos inexistentes y autorizar indebidamente, en consecuencia, la Asamblea Constitutiva de la Sociedad C.Z.N. S.A., sin el cumplimiento estricto de la oferta de aceptación presentada por los adjudicatarios y en abierta usurpación de funciones, toda vez que era función del

comité de participación privada.

Tercera: Que en razón de los atentados a la moralidad administrativa que se han citado en el numeral anterior se proceda a:

3.1. Ordenar a CZN S.A el cumplimiento de los términos del Decreto No. 020 y el Programa de Fundación y concretamente al pago al Estado - Carbocol SA- de la suma total propuesta por la aceptación del programa de fundación y transferencia del complejo carbonífero CZN por cuantía igual a \$ 875.041.598.00, de la cual adeuda aún según los hechos de la demanda, una cuantía de \$ 25.487.367.179.00 del 15 de noviembre del 2000.

3.2. Que se ordene a CZN SA a pagar los intereses moratorios a la tasa máxima permitida, de conformidad con la Superintendencia Bancaria, sin sobrepasar el interés de usura, sobre la suma de \$ 25.487.367.170.00, entre el 15 de noviembre del 2000 y la fecha del correspondiente pago.

3.3. Que se ordene a CZN S.A. a pagar los intereses moratorios debidos sobre la suma de \$ 509.733.000.000, según lo establecido en la cláusula 4.12 del programa de suscripción de acciones, Anexo No. 1 del P. de F., entre el 18 de octubre del 2000, fecha en que debió colocarse los dineros a disposición del Estado y el 15 de noviembre del 2000, fecha en que fueron consignados.

(...)

3.4. Que los intereses moratorios debidos, de conformidad con la petición anterior, se actualicen a la fecha de la respectiva condena, de conformidad con el interés legal y el I.P.C.

3.5. Que se ordene a CZN SA pagar el impuesto de timbre que le correspondía al 15 de noviembre de 2000, según lo pactado en la cláusula vigésima séptima y por el valor de transferencia ofrecido en la aceptación del P. de F. (\$875.041.598.500.00) y por cuantía igual a \$ 6.562.812.364.00, de noviembre 15 del 2000, fecha en la cual se hacía exigible el pago y se le ordene al mismo a reconocerle al Estado colombiano los intereses debidos de conformidad con la reglamentación tributaria que regula la

materia y cuyos intereses son los moratorios promedio de los últimos 4 meses de cada período, menos 5 puntos, según el artículo 435 de la Ley 633 del 2000, hasta la fecha del correspondiente pago.

(...)

3.7. Que se ordene a Carbocol SA a pagar el valor del impuesto de timbre que le correspondía al 15 de noviembre del 2000 y por el valor de transferencia ofrecido en la aceptación del P. de F. que debía pagar el contratista CZN SA y concretamente por cuantía igual a \$ 6.562.812.364, a pesos de noviembre 15 de 2000 y se ordene así mismo a reconocerle al Estado colombiano los intereses debidos de conformidad con la reglamentación tributaria que regula la materia y cuyos intereses son los moratorios promedio de los últimos 4 meses y menos 5 puntos, según lo estipulado en la ley 633 del 2000 y hasta la fecha del correspondiente pago.

3.8. Ordenar las diversas investigaciones a que haya lugar en contra de las personas que estime el Tribunal involucradas en el actuar violatorio de los intereses colectivos y solidariamente responsables por hechos de que trata esta litis, según lo expresado por el inciso 2º del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, en concordancia con el art. 52 de la ley 80 de 1993.

(...)

Cuarta. Se concreten en la sentencia los plazos perentorios que corresponden a cada entidad pública y a CZN SA para el cumplimiento de las declaraciones precedentes solicitadas y a partir de las cuales se constituirán en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y sujetos a renuncia al cumplimiento de la sentencia para efectos penales.

Quinta: Se determine en la sentencia en forma concreta que la mora en el pago causará intereses moratorios a partir de la fecha que determine la respectiva sentencia para el debido cumplimiento del fallo.

Sexta: Que se condene a los demandados obligados al pago según las pretensiones anteriores y vinculados al proceso de manera solidaria a pagar las sumas de dinero

resultantes de esta acción popular.

Séptima: Que se reconozca y se ordene el pago inmediato del incentivo al demandante, a costa de la Nación, en la suma equivalente a 150 salarios mínimos mensuales, que es el máximo legal, para guardar proporción y justicia con la cuantía del negocio, de conformidad con el artículo 39 de la ley 472 de 1998. La mora en el pago causará intereses moratorios, contados a partir de la notificación de esta sentencia.

Octava: Que se reconozca además y se ordene el pago inmediato del incentivo al demandante, a costa de la Nación, en suma equivalente al 15% de todo lo que se recupere para los demandantes con ocasión de esta acción popular, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 472 de 1998. Esta sentencia prestará mérito ejecutivo. La mora en el pago causará intereses moratorios, contados a partir de la notificación de esta sentencia.

(...)

Novena: Que para garantizar el cumplimiento de los pagos aquí ordenados se decreten las medidas cautelares necesarias en contra de los condenados.

Décima: Que se conforme el Comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia de que trata la ley 472 de 1998, y que al menos uno de sus integrantes sea el representante legal de una ONG cuyo objeto sea la protección de la moralidad pública.

Décima primera: Se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 177 y 178 del CCA y de la ley 472 de 1998.

Décima segunda: Se condene en costas a los demandados.

Una lectura integral de la petición de amparo presentada por la O.N.G. Corporación Colombia Transparente evidencia que, si bien se alega la existencia de “defecto sustantivo”, lo que realmente se argumenta es una vulneración de los precedentes sentados por el Consejo de Estado en materia de agotamiento de jurisdicción. En palabras del accionante:

“2.1.1. Las providencias acusadas quiebran la naturaleza del agotamiento de jurisdicción.

(...)

“En relación con los requisitos que se exigen para que proceda el rechazo de una demanda de acción popular la jurisprudencia ya decantada del Consejo de Estado ha señalado:

Existe identidad de demandas sólo cuando las partes, el objeto y la causa son los mismos”.

Las anteriores afirmaciones se soportan en los siguientes pronunciamientos del Consejo de Estado: (i) Sección Tercera, auto del 5 de febrero de 2004; (ii) Sección Tercera, auto del 12 de diciembre de 2005; (iii) Sección Tercera, auto del 15 de marzo de 2006; (iv) Sección Tercera, auto del 23 de julio de 2007; (v) Sección Tercera, auto del 13 de agosto de 2008, entre otros.

Así las cosas, aplicando el principio *iura novit curia*, la Corte considera que el problema jurídico planteado es el siguiente:

¿Los jueces de acción popular incurrieron, en sus respectivas providencias, en un defecto por aplicación indebida de los precedentes sentados por el Consejo de Estado en el tema del agotamiento de jurisdicción?

Adicionalmente, los hechos en los cuales se enmarca el caso sub examine, permiten identificar una cuestión adicional, que si bien no será resuelta por la Corte en la medida en que no fue alegada por el accionante en su solicitud de amparo, será explorada en esta providencia. Como consecuencia, sin buscar que con su análisis se genere algún efecto jurídico en la decisión del proceso de tutela revisado, exclusivamente por razones de pedagogía constitucional, la Sala estudiará si la decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado de anular la sentencia de tutela del 30 de julio de 2009 proferida por ésta misma, tiene fundamento constitucional o no, dando respuesta al siguiente interrogante:

¿Es procedente la declaración de nulidad decretada por el Consejo de Estado, de una acción de tutela fallada tres años atrás, en la que no se notificaron a los terceros interesados?

Persiguiendo ese fin, esta Corporación resolverá tres problemas parciales:

- ¿El Consejo de Estado tiene competencia para decretar la nulidad de un proceso de tutela que no fue seleccionado por la Corte y en el que no se integró debidamente el contradictorio?
- ¿Son aplicables a las nulidades de fallos de tutela decretadas por el Consejo de Estado, las reglas jurisprudenciales desarrolladas en el marco de incidentes de nulidad, contra fallos de esa naturaleza de la Corte Constitucional?
- ¿La solicitud de nulidad contra el fallo de tutela fue presentada en término?

Con el propósito de resolver el problema jurídico planteado y de realizar el análisis de la segunda cuestión, esta Corporación: (i) reiterará sus pronunciamientos sobre causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; (ii) analizará la figura jurisprudencial del agotamiento de jurisdicción; (iii) hará referencia a sus pronunciamientos sobre el trámite de solicitudes de nulidad de fallos de tutela de la Corte Constitucional y (iv) resolverá el caso concreto.

### 3. Consideraciones

#### 3.1. Criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales – Reiteración de jurisprudencia-

A la luz del artículo 86 de la Carta sobre la procedencia de la acción de tutela respecto de las conductas desplegadas por autoridades públicas, inicialmente en la sentencia C-543 de 1992 esta Corte examinó la constitucionalidad del Decreto 2591 de 1991 que regula el ejercicio de la acción de tutela. En dicha decisión, esta Corporación declaró la inconstitucionalidad de las normas que desarrollaban el ejercicio de la acción de tutela contra providencias judiciales y en su lugar dispuso que existe la posibilidad extraordinaria de controvertir asuntos relacionados con decisiones judiciales cuando ello implique la violación de derechos fundamentales. En tal sentido, la Corte precisó que los jueces tienen la calidad de autoridades públicas en virtud de su función en la administración de justicia, de tal manera que:

“[N]o están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o

amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente. En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia. Pero, en cambio, no está dentro de las atribuciones del juez de tutela la de inmiscuirse en el trámite de un proceso judicial en curso, adoptando decisiones paralelas a las que cumple, en ejercicio de su función, quien lo conduce, ya que tal posibilidad está excluida de plano en los conceptos de autonomía e independencia funcionales, a los cuales ya se ha hecho referencia. De ningún modo es admisible, entonces, que quien resuelve sobre la tutela extienda su poder de decisión hasta el extremo de resolver sobre la cuestión litigiosa que se debate en un proceso, o en relación con el derecho que allí se controvierte”.

A partir de dicho pronunciamiento, la Corte ha sostenido que los operadores judiciales podrían llegar a vulnerar derechos fundamentales en desarrollo de sus funciones judiciales, de manera que no pueden ser excluidos del escrutinio correlativo a las garantías constitucionales de los ciudadanos. Con base en ello, se desarrolló la tesis de procedencia excepcional de las acciones de tutela contra providencias judiciales cuando ocurriesen “vías de hecho”, que tenían lugar cuando se presentaban violaciones flagrantes de la Constitución por cuenta de actuaciones arbitrarias de los jueces.[6]

Con el paso del tiempo, la jurisprudencia constitucional ha ido estableciendo una serie de requisitos específicos para determinar la presencia de una vía de hecho, llevando a que la acción de tutela sea procedente. Así, en la sentencia T-462 de 2003 se inició la cristalización de supuestos en los que resulta procedente la tutela contra providencias judiciales, afirmando que:

“El pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible solamente cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad, es decir una vez haya constatado la existencia de alguno de los cinco eventos (i) defectos sustantivo, orgánico, procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión inmotivada, desconocimiento del precedente; (v) violación directa de la Constitución. Para la Corte, un análisis previo de procedibilidad de la acción de tutela cuando la misma se instaura contra decisiones judiciales es más que constitucionalmente razonable, ya que con la misma se pueden armonizar la necesidad de proteger los intereses constitucionales que involucran la autonomía de la actividad jurisdiccional y la seguridad jurídica, sin que estos valores puedan desbordar su ámbito de irradiación y cerrar las puertas a la necesidad de proteger los derechos fundamentales que pueden verse afectados eventualmente con ocasión de la actividad jurisdiccional del Estado.[7]

Posteriormente, dichos supuestos fueron confirmados por decisión de la Sala Plena en Sentencia C-590 de 2005, manifestando que el amparo contra providencias judiciales es un eje del sistema de garantía de los derechos fundamentales y constituye un mecanismo de actualización del derecho para permearlo con los valores y principios que identifican a un Estado social y democrático de derecho.

Adicionalmente, se aclaró que el hecho de que se permitiera dicha acción no ponía en peligro el principio de seguridad jurídica, toda vez que tanto éste como el de cosa juzgada parten de la base de que los fallos son conforme a derecho. Por el contrario, sugiere la presencia de inseguridad jurídica en las interpretaciones de los operadores judiciales que resultan contrarias a los estándares constitucionales de protección de derechos.

Se justifica, entonces, la procedencia del amparo contra sentencias como medida para garantizar la uniformidad de las reglas y alcance de los derechos, contribuyendo con ello a la garantía de la mencionada seguridad jurídica. En concepto de la Sala Plena: “[E]n lo que atañe a la autonomía e independencia de los jueces y tribunales, ellas deben entenderse en el marco de la realización de los fines estatales inherentes a la jurisdicción y, en especial, de cara al cumplimiento de su deber de garantizar la efectividad de los derechos a todas las

personas”.[8]

Asimismo, en la referida providencia, la Corte resaltó la importancia del amparo como mecanismo de protección judicial, que debe ser un recurso adecuado y efectivo que en la práctica pueda garantizar los fines de protección para los que fue creado frente a acciones de las autoridades o determinados particulares.

En consecuencia, la Sala Plena determinó dos tipos de requisitos para la procedencia de dichas acciones. En primer lugar, unos requisitos generales de procedencia de la acción de tutela y en segundo, una lista de los defectos que la providencia judicial debe tener para considerar que vulnera derechos fundamentales.

Los requisitos generales de procedencia de una acción de tutela para controvertir una providencia judicial son:

- a. Relevancia constitucional de la cuestión a resolver: “El juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.”
- b. Agotamiento de otros medios de defensa judicial, salvo un perjuicio irremediable: “De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.”
- c. Inmediatez: “Que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración0<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-590-05.htm> -\_ftn6. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.”

d. Efecto decisivo de la irregularidad procesal en la sentencia impugnada que afecte los derechos de la parte actora: “No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.”

e. Identificación de los hechos generadores de las vulneraciones por parte de la parte actora: Debe haberse alegado dicha vulneración en el trámite del proceso cuando ello fuere necesario, pues “sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.”

Una vez cumplidos dichos requisitos, debe probarse la existencia de alguno de los siguientes defectos para que haya una causal de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales[9]:

“(i) Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que dicta la decisión carece, de manera absoluta, de competencia para ello.

(ii) Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

(iii) Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

(iv) Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

(v) Error inducido, cuando la autoridad judicial ha sido engañada por parte de terceros y ese engaño lo ha llevado a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales.

(vi) Decisión sin motivación, que se configura cuando el funcionario judicial no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos en los que se apoya su decisión.

(vii) Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

(viii) Violación directa de la Constitución". "se presenta cuando una decisión judicial desconoce el contenido de los derechos fundamentales de alguna de las partes, realiza interpretaciones inconstitucionales o no utiliza la excepción de inconstitucionalidad ante vulneraciones protuberantes de la Carta, siempre y cuando haya sido presentada solicitud expresa al respecto".[10]

Comprobada la presencia tanto de todos los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, así como de alguna de las causales específicas, es deber del juez constitucional la invalidación de la misma, concediendo el amparo para proteger los derechos vulnerados.

Adicionalmente, en la misma Sentencia C-590 de 2005, la Sala Plena de la Corte Constitucional aclaró que en la Sentencia C-543 de 1992, la Corte no excluyó la posibilidad que procediera la acción de tutela contra providencias judiciales, sino de que éstas fueran consideradas como una regla general y no como una situación excepcional.

En conclusión, una vez cumplidos los requisitos de procedibilidad y probada la presencia de una de las causales específicas de tutela contra sentencias, el juez constitucional debe proceder a invalidar la providencia vulneradora y conceder el amparo de los derechos que han sido desconocidos.

### 3.2. La teoría del agotamiento de jurisdicción: concepto y alcance

La figura del agotamiento de la jurisdicción fue creada jurisprudencialmente por el Consejo de Estado en 1986, en una decisión en la que la Sección Quinta negó la acumulación de dos procesos electorales por tener la misma causa petendi e idénticas pretensiones.

Adicionalmente, expresó que en situaciones en que los particulares acuden al juez para que haga operar el servicio de justicia en un caso concreto, con la puesta en marcha del respectivo proceso que se promueva, se agota la jurisdicción frente a dicho asunto o controversia[11].

Al respecto ha afirmado el Consejo de Estado que:

“Para estos efectos la jurisdicción es entendida como la activación del aparato de justicia. Significa que llevarle de nuevo el mismo reclamo de protección de iguales derechos, en el caso de la nulidad electoral, derechos a la preservación de la legalidad en abstracto, afectados por causa idéntica, no es un racional ejercicio del derecho de acción. Que en tal caso el proceso que se inicie con posterioridad a otro que ya se encuentra en curso y que se instauró por los mismos hechos y derechos está viciado de nulidad “por agotamiento de jurisdicción”. Que a tal conclusión se arriba porque si el proceso es nulo cuando corresponde a distinta jurisdicción, también lo es cuando la jurisdicción se ha consumado por haberse aceptado dar trámite a la demanda y estar ya en trámite otro proceso sobre la misma materia2.”[12]

En principio, la Sección Tercera del Consejo de Estado adoptó la postura de aplicar la acumulación en aquellas acciones populares que promovieran los mismos hechos y buscaran la protección de los mismos derechos colectivos. [13] Posteriormente, a partir de la providencia del 5 de agosto de 2004, dictada en el radicado 2004-00979, esa misma Sección comenzó a aplicar la figura de agotamiento de jurisdicción.

En providencias del 16 de septiembre de 2004, rad. 2004-0326 C.P. María Elena Giraldo Gómez y del 12 de octubre de 2007, rad. 2005-1856, C.P. Enrique Gil Botero, el Alto Tribunal Contencioso expresó que el agotamiento de jurisdicción procede ante la imposibilidad de acumular dos o más procesos simultáneos. Por otra parte, aclaró que cuando ya existe un fallo por los mismos hechos y derechos, opera es la figura de la cosa juzgada (8 de julio de 2009, rad. 2005-1006, MP. Enrique Gil Botero). En el siguiente extracto de la providencia del 23 de julio de 2007 de la Sección Tercera se marca la distinción entre esas dos figuras:

“(…) la diferencia entre el agotamiento de jurisdicción y la cosa juzgada, radica en que con el primero se busca evitar un desgaste de la administración de justicia, de tal suerte que

ante la existencia de dos procesos en curso, que versan sobre hechos, objeto y causa similares, el juez debe establecer cuál de ellos agotó la jurisdicción y, para ello, debe constatar en qué procedimiento fue notificada primero la demanda a los demandados, pues es a partir de dicho momento que se habla propiamente de la existencia del proceso como tal, en tanto en dicho instante se traba la litis. Ahora bien, en la cosa juzgada, el operador judicial constata que un proceso sobre los mismos o similares hechos, objeto y causa ya fue fallado por la jurisdicción, situación que lo lleva a declarar, en la sentencia, la imposibilidad de acceder a las pretensiones, puesto que el asunto ya fue ventilado y decidido ante los órganos jurisdiccionales respectivos.”.[14]

Como tesis contraria, la Sección Primera del Consejo de Estado planteó la de acumulación de las acciones populares, teniendo como fundamento normativo la remisión expresa realizada por el artículo 44 de la Ley 472 de 1998, bajo el cual resulta aplicable el artículo 145 del Código Contencioso Administrativo, que dispone que en los procesos regulados por él, procede la acumulación de pretensiones, tal y como lo establece el Código de Procedimiento Civil[15]: “(...) así como la acumulación de procesos a instancia de cualquiera de las partes o de oficio, en los casos establecidos por el mismo código; y por tal razón no aplica la figura del agotamiento de jurisdicción”.[16]

Con el fin de afianzar la seguridad jurídica y la igualdad, afectadas por la existencia de las dos posiciones opuestas (agotamiento de jurisdicción y acumulación de acciones populares), mediante sentencia del 11 de septiembre de 2012, la Sala Plena del Consejo de Estado decidió unificar la jurisprudencia adoptando la tesis del agotamiento de jurisdicción en las acciones populares, y sobre sus consecuencias. [17]

La Sala Plena partió del análisis del artículo 5° de la Ley 472 de 1998 acorde con el cual las acciones populares se tramitarán atendiendo a los principios de economía, celeridad y eficacia. Manifestó que la razón para negar la acumulación de una nueva demanda a otra ya en curso, descansa en esos principios, en tanto propende por racionalizar la justicia en demandas de acción popular que se refieran a los mismos hechos, objeto y causa, dirigidas contra igual demandado.

En palabras del Consejo de Estado:

“Con la primera persona que ejerce el derecho de acción en calidad de miembro de la

comunidad, no para propender por derechos subjetivos sino de los que incumben a todos los habitantes, iniciado el trámite de este proceso a partir de la admisión de la demanda, se garantiza el acceso a la justicia, a través del control judicial que se impartirá a la actividad o a la omisión de la autoridad pública y/o del particular, respecto de la protección de los derechos colectivos que se consideran amenazados o vulnerados por los mismos hechos y respecto de los mismos demandados.

El actor popular que demanda lo que otra persona ya trajo a la justicia, es decir “que repite” lo ya “denunciado”, bien puede constituirse en coadyuvante de ese primer proceso en trámite. Porque carece de sentido lógico y no consulta la racionalización de recursos integralmente considerados que implica la tramitación de un proceso, ni consulta el principio de eficacia que también rige la función judicial, el que paralela y simultáneamente se adelanta hasta cierta etapa un nuevo proceso, otro proceso, siendo que deriva de una demanda popular que se funda en los mismos hechos, contra el mismo demandado y que aspira a amparar iguales derechos de naturaleza colectiva, y que si el primero va más avanzado, deba esperar a que los demás se hallen en la misma etapa para poderlos acumular al inicial.

Como se sabe, en estas acciones cualquier persona en defensa del derecho “difuso”, denominado así por la doctrina por ser el que no se radica en específico en nadie, sino que pertenece a todos, está habilitado para promover esta acción que, por tanto, no tiene exigencia de legitimación en la causa por activa, más que el ser persona. Esta acción o mecanismo judicial de protección de derechos colectivos, se insiste, no opera por la amenaza o la lesión de un derecho subjetivo.

El proceso de acción popular no consiste en estricto sentido en una controversia con presencia de “partes” opuestas entre sí y donde exista “litis”. Es más un reclamo de protección para la garantía de derechos colectivos cuya existencia no es materia de debate, lo que discute el actor popular es que dichos derechos están siendo amenazados o vulnerados por la accionada”.

Concluye esa Corporación que, en aquellos supuestos en que se esté ante demandas de acción popular en las cuales se persigan las mismas pretensiones, estén basadas en la misma causa petendi, y dirigida contra iguales demandados, lo que procede es dar

aplicación a la figura del agotamiento de jurisdicción.

### 3.3. Trámite de solicitudes de nulidad de sentencias de tutela en la Corte Constitucional

La improcedencia de recursos contra sentencias proferidas por la Corte Constitucional, en su calidad de Tribunal de cierre, ha sido una regla generalizada desde el inicio de actividades de esta Corporación. Sin embargo, en su deber de protección de los derechos fundamentales y la Constitución, se ha admitido la posibilidad de presentar una solicitud de nulidad en casos excepcionales en que sin haber una sentencia final, haya violaciones al debido proceso.[18]

Cuando la irregularidad se da como consecuencia de la sentencia misma, se puede solicitar la nulidad de un fallo de tutela después de proferido, en aquellas situaciones en que se compruebe una afectación al debido proceso.[19] Dicha declaratoria de nulidad podrá ser de oficio o a solicitud de parte interesada. [20]

La señalada facultad no se convierte, en modo alguno, en un recurso adicional contra dichas decisiones, ni crea una nueva instancia, pues no está permitido reabrir el debate con el objeto de examinar nuevamente controversias que han sido dirimidas previamente mediante sentencia.[21] En consecuencia, sólo mediante la demostración de elementos de violación flagrante del derecho al debido proceso que es posible que proceda dicha solicitud.

Con el fin de salvaguardar los principios de seguridad jurídica y legalidad, la declaratoria de una sentencia de tutela como nula tiene características específicas por tratarse de “situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales, que tan sólo pueden provocar la nulidad del proceso cuando los fundamentos expuestos por quien la alega muestran, de manera indudable y cierta que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales, que no son otras que las previstas en los Decretos 2067 y 2591 de 1991, han sido quebrantadas, con notoria y flagrante vulneración del debido proceso. Ella tiene que ser significativa y trascendental en cuanto a la decisión adoptada, es decir, debe tener unas repercusiones sustanciales, para que la petición de nulidad pueda prosperar”.[22]

La jurisprudencia de esta Corporación ha manifestado que la solicitud de nulidad de una sentencia de amparo, debe acreditar el cumplimiento de unos requisitos de procedibilidad,

además de invocar y sustentar la violación al debido proceso la cual puede residir en las causales de procedencia de nulidad de las sentencias que han sido señaladas por la jurisprudencia constitucional.

### 3.3.1. Presupuestos formales

Esta Corporación ha señalado como requisitos de procedibilidad de la solicitud de nulidad de las sentencias de tutelas, los siguientes[23]:

(i) Quien proponga el incidente de nulidad debe contar con legitimación activa para tal efecto, es decir, ser incoado por quien haya sido parte en el trámite del amparo constitucional o por un tercero que resulte afectado por las órdenes proferidas en sede de revisión.

(ii) Que el incidente de nulidad se proponga de manera oportuna, esto es, dentro de los tres (3) días contados a partir de la notificación de la sentencia[24]. Si la nulidad tiene origen en un vicio anterior al fallo “sólo podrá ser alegada antes de proferido el fallo” (Art. 49 Decreto 2067 de 1991); de lo contrario, quienes hayan intervenido durante el trámite de la acción pierden, a partir de ese momento, toda legitimidad para invocarla.[25] De la misma forma, vencido en silencio el término de ejecutoria cualquier eventual nulidad queda automáticamente saneada.[26]

(iii) Quien alega la existencia de una nulidad debe cumplir con una exigente carga argumentativa, en el sentido de explicar de forma clara y expresa la violación al debido proceso y la incidencia en la decisión proferida. Lo expuesto, significa que no es suficiente el expresar razones o interpretaciones diferentes a las de la Sala que obedezcan al disgusto o inconformismo del solicitante con la decisión adoptada.

La Corte ha fijado condiciones y limitaciones a los argumentos para sustentar los cargos contra la sentencia que se busca anular. Deben estar determinados cualitativamente para demostrar una efectiva afectación al debido proceso por parte de quien la expide, vulneración que debe ser “ostensible, probada, significativa y trascendental, es decir, que tenga repercusiones sustanciales y directas en la decisión o en sus efectos (Subraya la Corte)”.[27]

Con base en ello, la jurisprudencia ha identificado algunas circunstancias en las cuales la vulneración reúne esas características:[28]

-Cuando una Sala de Revisión, genera un cambio de jurisprudencia fijada por la Sala Plena. Puesto que dichos cambios deben ser decididos por la misma Sala Plena, de conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991. [29]

-En aquellos casos en que las decisiones no sean adoptadas por las mayorías legalmente establecidas en el Decreto 2067 de 1991, el Acuerdo No. 05 de octubre 15 de 1992 y la Ley 270 de 1996.[30]

-Siempre que se presente una incongruencia entre la parte motiva y la resolutive de la sentencia, que genere incertidumbre sobre el alcance de la decisión proferida. Ello puede derivar en decisiones ininteligibles, contradictorias o con una carencia absoluta de motivación. Deberá tenerse en cuenta que el estilo de las sentencias en cuanto puedan ser más o menos extensas en el desarrollo de la argumentación no incide en nada para una presunta nulidad. [31]

-Si no se notificó a la parte demandada o faltó la citación de los terceros con interés legítimo en el proceso de tutela[32], o cuando en la parte resolutive de la sentencia se profieran órdenes a particulares que no fueron vinculados al proceso y que no tuvieron la oportunidad procesal para intervenir en su defensa. [33]

-Cuando la Sala de Revisión desconoce la existencia de la cosa juzgada constitucional respecto de cierto asunto, caso en el cual lo que se presenta de parte de ésta es una extralimitación en el ejercicio de las competencias que le son atribuidas por la Constitución y la ley.[34]

- En los casos en que “la omisión del examen de ciertos argumentos y pretensiones de la demanda, o de defensas propuestas por la parte accionada, llegue a configurar violación al debido proceso, si de haber sido analizados esos puntos se hubiese llegado a una decisión o trámite distintos, o si por la importancia que revestía en términos constitucionales para la protección de derechos fundamentales, su estudio no podía dejarse de lado por la respectiva Sala”. [35]

De esta forma se demuestra que, la nulidad tiene naturaleza excepcional y está sometida a estrictos requisitos materiales de procedencia, los cuales versan sobre la acreditación suficiente de circunstancias ostensibles y trascendentales que afecten de manera cierta el derecho al debido proceso.[36] Por tanto, cualquier inconformidad con la interpretación realizada por esta Corporación, con la valoración probatoria o con los criterios argumentativos que apoyan la sentencia no constituyen fundamentos suficientes para solicitar su nulidad pues esta clase de situaciones no implican la vulneración del debido proceso, sino que constituyen meras apreciaciones “connaturales al desacuerdo e inconformismo del solicitante con la decisión”.[37]

### 3.4. Resolución del caso concreto

#### 3.4.1. Análisis del cumplimiento de los requisitos generales de la tutela contra providencia judicial

La Sala coincide con las decisiones de los jueces constitucionales de instancias que, en materia de requisitos generales, sostuvieron que la acción de tutela sometida a revisión cumple con todos ellos, como se evidencia a continuación:

##### 3.4.1.1. Relevancia constitucional de la cuestión a resolver

La Sala constata que los problemas jurídicos derivados de la acción interpuesta por la Corporación Colombia Transparente O.N.G. versan sobre la afectación a sus derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, derechos que gozan de protección constitucional, de conformidad con la Carta y con las exigencias derivadas de los instrumentos internacionales sobre la materia antes referidos.

##### 3.4.1.2. Principio de subsidiariedad

El numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela no procederá “[c]uando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. El principio de subsidiariedad, al que hace referencia dicha disposición, demuestra que la acción de tutela es un mecanismo con naturaleza residual, que procede ante la inexistencia de medios de defensa para la protección de los derechos fundamentales alegados, la

ineficacia de otros mecanismos judiciales para contrarrestar su inminente vulneración o la necesidad de evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable para el actor.

En el caso concreto, el auto interlocutorio del Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá, que decidió la nulidad del auto admisorio que acumulaba la acción popular 2002-1032 con la 2002-1029, y rechazaba esta última, fue apelado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, autoridad judicial que resolvió desfavorablemente al actor.

Fue así como la Corporación presentó acción de tutela por considerar que los jueces ordinarios, con su decisión, incurrieron en vías de hecho, que conllevan a una vulneración a sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, agotando en su totalidad los medios de defensa judicial con los que contaba para la protección de los mismos.

En conclusión, se cumple con el requisito de subsidiariedad.

#### 3.4.1.3. Principio de inmediatez

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterativa en establecer que el principio de inmediatez, como requisito de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, busca que el amparo de derechos vulnerados o en riesgo de serlo, sea presentado tan pronto como sea posible, teniendo en cuenta las particularidades de los hechos y el contexto en el que surge la vulneración, dejando claro que no existe un estándar específico de tiempo, que bajo la forma de un plazo, imponga un límite para la interposición de la acción. [38]

En el caso sometido a revisión, la providencia judicial, que decide la apelación en contra del auto de nulidad y rechazo de la acción popular 2002-1029, es del 28 de noviembre de 2008, y la acción de tutela fue interpuesta el 17 de marzo de 2009, lo que demuestra la existencia de un tiempo prudencial entre la presunta vulneración de derechos y la solicitud de amparo.

La tiempo entre el alegado hecho vulneratorio generado por los autos del Juzgado y el Tribunal Administrativo y la revisión del caso por parte de la Corte Constitucional, obedece a que el proceso de tutela inicial que concluyó el 30 de julio de 2009 con decisión favorable a

las pretensiones de la parte actora y que no fue seleccionado para revisión por esta Corporación, fue anulada mediante providencia del 4 de julio de 2013, lo que generó que el proceso de tutela se repitiera, siendo estas nuevas decisiones de instancia del 4 de diciembre de 2013 y del 10 de abril de 2014, sobre las que se pronunciará la Sala de Revisión.

Que la sentencia accionada no sea una tutela

La razón de ser de este requisito es la no prolongación de manera indefinida de los debates sobre la protección de derechos fundamentales, justificada adicionalmente por el hecho de que se considera que si una decisión de tutela no fue seleccionada para su revisión por parte de esta Corporación, la decisión se entiende definitiva.

En este caso, la acción de tutela instaurada se dirige contra las providencias judiciales proferidas por el Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá el 15 de febrero de 2007 y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 27 de noviembre de 2008, y no contra una tutela.

Del anterior análisis, concluye la Sala que la acción de tutela sometida a revisión cumple con los requisitos generales de procedibilidad contra providencias judiciales. En razón a ello, la Corte pasará a analizar los requisitos específicos para establecer si se presentó un defecto en la actuación de las autoridades judiciales que genere la vulneración de los derechos de la accionada.

3.4.2. Análisis sobre el defecto de desconocimiento de los precedentes del Consejo de Estado sobre la figura del agotamiento de jurisdicción

La Corte Constitucional ha sostenido en su jurisprudencia que el desconocimiento del precedente jurisprudencial como causal específica de procedibilidad se configura “cuando por vía judicial se ha fijado un alcance sobre determinado tema, y el funcionario judicial, desconoce la regla jurisprudencial establecida. En estos casos eventos, la acción de tutela busca garantizar la eficacia jurídica del derecho fundamental a la igualdad”.

En este mismo sentido, cita las sentencias T-292 de 2006, SU-047 de 1999 y C-104 de 1993, donde se define el precedente como “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un

caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”.

Se explica que la importancia de respetar el precedente radica en la protección del derecho a la igualdad de las personas que acuden a la administración de justicia, en la salvaguarda de los principios de seguridad jurídica y de buena fe, y también se justifica a partir del reconocimiento del carácter vinculante de las decisiones judiciales adoptadas por los jueces encargados de unificar jurisprudencia.

Frente a la obligatoriedad del precedente jurisprudencial de las altas cortes, esta Corporación ha señalado que:

“Según se desprende de lo sostenido de manera progresiva por la jurisprudencia constitucional desde los inicios de este tribunal, el precedente contenido en sus sentencias, así como en las emitidas por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado, también en lo relativo a su función de órganos de cierre, tiene carácter obligatorio frente a la toma de futuras decisiones, y no meramente indicativo como antaño se entendía (...)”

“Recapitulando, en desarrollo de lo previsto en las normas superiores aplicables, particularmente los artículos 228 y 230 de la carta política, a la fecha es claro en Colombia el carácter obligatorio de la jurisprudencia de los órganos de cierre, esto es la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, deber que se entiende referido a la necesidad de tomar en cuenta los precedentes existentes y relevantes en relación con el tema de que se trate, en principio para efectos de seguirlos y aplicarlos, quedando en todo caso abierta la posibilidad de decidir en un sentido diferente, siempre que el juez o tribunal que así lo hiciere, o el propio órgano de cierre autor del precedente, justifique debidamente las razones del cambio.”[39]

En reiteradas oportunidades, la Corte ha revisado providencias judiciales frente a las cuales se formula una acción de tutela que tiene como fundamento, la configuración de un defecto por desconocimiento del precedente[40]. Al respecto ha sostenido, que “para garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima, el desconocimiento del precedente es una causal especial de procedencia de la tutela contra providencias judiciales”[41].

En el mismo sentido, y con la finalidad de darle alcance a la aplicación del mencionado defecto, la jurisprudencia constitucional señala unos pasos a seguir para establecer si prospera o no la causal específica de procedencia de una acción de tutela contra una providencia judicial por el desconocimiento del precedente, indicando que es preciso:

“i) Determinar la existencia de un precedente o de un grupo de precedentes aplicables al caso concreto y distinguir las reglas decisionales contenidas en los mismos. ii) Comprobar que el fallo judicial impugnado debió tomar en cuenta necesariamente tales precedentes pues de no hacerlo incurriría en un desconocimiento del principio de igualdad. iii) Verificar si el juez tuvo razones fundadas para apartarse del precedente judicial bien sea por encontrar diferencias fácticas entre el precedente y el caso analizado, o por considerar que la decisión debería ser adoptada de otra manera para lograr una interpretación más armónica en relación con los principios constitucionales, y más favorable a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, de acuerdo con el principio pro hómīne”[42].

Aunque la línea de la Corte permite indicar con claridad que, el desconocimiento del precedente se configura cuando un operador judicial no atiende las reglas, sub-reglas y principios decisorios desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación, no resulta menos acertado afirmar que el desconocimiento del precedente se extiende a los pronunciamientos realizados por otras altas corte como lo son la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Precisamente frente a este último, el Tribunal Constitucional colombiano se ha pronunciado, aplicando el citado defecto en casos en los que una autoridad judicial se aparta, sin ninguna justificación y sin cumplir con la carga argumentativa obligatoria para ello, de los precedentes sentados por el Consejo de Estado.

Así, por ejemplo, en la Sentencia T-446 de 2013, la Corte revisó una acción de tutela formulada contra el Juzgado 1º Administrativo de Tunja y la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Boyacá, en la que la accionante alegaba que en sus providencias, las autoridades desconocieron los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado en materia de nulidad de actos administrativos de desvinculación de servidores de al CARC. Sostuvo esta Corporación en esa oportunidad:

“(…) la Sala evidencia la ocurrencia de una falencia por parte de los jueces ordinarios al

desconocer el precedente que el Consejo de Estado ha sentado específicamente en el caso de la desvinculación de servidores públicos en virtud del proceso de reestructuración administrativa de la CARC, que se surtió con fundamento en el Acuerdo 016 de 2002, el cual fue descrito en los fundamentos de esta sentencia. El desconocimiento del precedente se configura al desatender las reglas específicas que sentó la jurisprudencia de esa alta Corporación en este tipo de casos y comporta la vulneración de los derechos al acceso a la administración de justicia y a la igualdad de la accionante (...)

(...) [L]a Sala considera que en el asunto sub examine era exigible el conocimiento del precedente, tanto por el juez de primera instancia como por su superior jerárquico, los cuales desconocieron lo establecido por los pronunciamientos judiciales de la máxima Corporación de su jurisdicción. Situación que a su vez implica la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, a la igualdad en primer lugar, al apartarse sin justificación válida y sin el cumplimiento de los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional del precedente vertical, (ver apartado 4.11 de esta providencia), con lo cual dio un tratamiento diferenciado e injustificado entre la accionante y las personas que sí pudieron acceder a la administración de justicia, con lo que entonces se vulnera el mandato fundamental de igualdad ante la ley y de trato por las autoridades; y de otra parte, se vulnera el derecho al acceso a la administración de justicia toda vez que la declaratoria de inhibición con base en la equívoca declaratoria de ineptitud de la demanda, constituye un obstáculo que afecta la justicia material en el caso de la demandante y, en consecuencia, vulnera sus derechos fundamentales al trabajo y al debido proceso.

Así las cosas la Sala encuentra acreditado que las decisiones de los jueces ordinarios de instancia contrariaron el precedente sentado por el Consejo de Estado al evadir el estudio de fondo respecto a la legalidad del acto demandado por la demandante, y al declararse en consecuencia inhibidos para fallar el asunto, razón por la cual se dejará sin efecto la decisión de segunda instancia del Tribunal Administrativo de Boyacá, para que en su lugar subsane los yerros evidenciados en esta providencia. (...)"

En la Sentencia T-146 de 2014, se formuló una acción de tutela contra el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá - Sala de Descongestión - y el Juzgado 13 Administrativo de Tunja, alegando que se desconocía la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre actos administrativos de retiro de funcionario de la CAR en 2002. A juicio de

la Corte, los jueces ordinarios desconocieron el precedente sentado por el Consejo de Estado, ante lo cual consideró que:

“(…) cualquier decisión judicial que omita toda referencia al precedente vigente y que, por lo tanto, contiene una respuesta contraria a la que surgiría del precedente aplicable, es una decisión que, en principio, se muestra irrazonable e incurre en arbitrariedad, porque carece de la debida justificación o comporta el desconocimiento de normas de mayor jerarquía, dentro de las cuales se encuentran los postulados constitucionales y las sentencias con efectos erga omnes de la Corte Constitucional, así como la doctrina probable adoptada por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado en su labor de unificación de la jurisprudencia constitucional”

En consecuencia, la Sala encontró probado que los jueces de instancia infringieron el precedente sentado por el Consejo de Estado, al no realizar el estudio de fondo respecto de la legalidad del acto acusado, y al declararse inhibidos para fallar el asunto. Por esa razón, decidieron dejar sin efectos la decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá, para que en su lugar subsane los yerros evidenciados en esta providencia.

Como último ejemplo de los casos en que la Corte ha reconocido el desconocimiento de los precedentes del Consejo de Estado, como una causal de procedibilidad de la tutela contra providencia judicial, en la Sentencia T-664 de 2014, en el que se advertía que en el caso sometido a revisión, el Tribunal accionado, “(…) no atendió los lineamientos de la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad estatal por actos terroristas.”. Como consecuencia concluyó la Sala:

“Así las cosas, el Tribunal Administrativo del Cesar obvió las directrices trazadas por la jurisprudencia contencioso administrativa en materia de responsabilidad del Estado en casos de actos terroristas, pues no aplicó las subreglas decisionales vigentes en la materia, sino que simplemente citó pronunciamientos que no hacían referencia vigente a los casos similares al que se analizaba, constituyendo un claro yerro por desconocimiento del precedente jurisprudencial en la materia.

(…) En estas condiciones, la Sala encuentra igualmente constatada la ocurrencia de un defecto por desconocimiento del precedente jurisprudencial en la sentencia que se impugnó mediante tutela.”.

En el caso concreto, la O.N.G. Corporación Colombia Transparente presentó el 17 de marzo de 2009, una acción de tutela contra dos providencias judiciales: (i) auto del 7 de febrero de 2007, proferido por el Juzgado 5º Administrativo de Bogotá, mediante el cual se declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso de acción popular 2002-1029, por agotamiento de jurisdicción; y (ii) auto del 27 de noviembre de 2008 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, que confirmó la anterior decisión.

El problema central consiste en determinar si, como lo alega el accionante, los jueces de acción popular desconocieron los precedentes del Consejo de Estado en materia de agotamiento de jurisdicción, según los cuales debe existir identidad de hechos, partes y pretensiones.

La Corte considera que no le asiste la razón al peticionario, por las siguientes razones:

En relación con las entidades demandadas, en el proceso 2002-1032 lo fueron las siguientes: (i) el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; (ii) Energética Nacional FEN; (iii) la Dirección Nacional de Planeación; (iv) el Ministerio de Minas y Energía; (v) CARBOCOL; (vi) Cerrejón Zona Norte; y (vii) MINERCOL.

En el proceso 2002-1029 la parte demandada estuvo conformada por: (i) el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; (ii) la señora Esperanza Rojas Jiménez; (iii) Energética Nacional FEN; (iv) la Dirección Nacional de Planeación; (v) el Ministerio de Minas y Energía; (vi) CARBOCOL; (vii) Glencore International A.G.; (viii) Anglo American PLC; y (ix) Billinton Company BV.

Encuentra la Corte que, como lo evidencian las entidades accionadas, las sociedades Glencore International A.G., Anglo American PLC y Billinton Company BV, hacen parte de “Cerrejón Zona Norte”, que figura como demandada por el actor popular en el proceso 2002-1032. En consecuencia: (i) no se trata de sujetos procesales diferentes y (ii) se integró adecuadamente el litisconsorcio necesario.

Aunado a lo anterior, en ejercicio de la atribución consagrada en el artículo 2º del artículo 18 de la Ley 472 de 1998, el juez de acción popular puede oficiosamente integrar el contradictorio, “cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables”. [43]

De igual manera, encuentra esta Corporación que los procesos 2002-1029 y 2002-1032, comparten las mismas pretensiones. En efecto, ambas acciones populares buscan la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público. Para tales fines, en las respectivas demandas se consignan unas pretensiones - redactadas de forma idéntica o muy semejante, según el caso-, encaminadas a obtener unas declaraciones y condenas relacionadas con el proceso de enajenación del complejo carbonífero Cerrejón Zona Norte. En tal sentido, la única diferencia que, prima facie, resultaría relevante sería que mientras que en proceso AP 2002-1029 se alude a los "inversionistas privados", en el radicado AP 2002-1032 la referencia es al proyecto "Cerrejón Zona Norte". Sin embargo, como se ha explicado, en la práctica resultan ser el mismo sujeto procesal.

Las señaladas semejanzas relevantes, entre los procesos AP 2002-1029 y AP 2002-1032, y en especial, la coincidencia en punto a las pretensiones, hacen que el referido defecto alegado por el accionante no sea tal, y por ende, el amparo debe ser negado.

3.4.3. Análisis frente a la nulidad decretada el 4 de julio de 2013 por la Sección Primera del Consejo de Estado de la Sentencia de Tutela del 30 de julio de 2009, dictada por esa misma Corporación, en la que se concedió el amparo de los derechos de la Corporación Colombia Transparente

Aunque la cuestión relacionada con la nulidad decretada por el Consejo de Estado de su propia sentencia adoptada en sede de tutela, no fue alegada por el representante de la Corporación Colombia Transparente como uno de los problemas que deberán ser resueltos por la Corte, la Sala Plena considera pertinente pronunciarse al respecto con el fin de cumplir una función pedagógica que, a su vez, sienta los parámetros jurídico-constitucionales bajo los cuales se deberán juzgar casos similares, a futuro.

En ese orden de ideas, la Corte dará respuesta al siguiente problema jurídico: ¿Es procedente la declaración de nulidad decretada por el Consejo de Estado, de una acción de tutela fallada tres años atrás, en la que no se notificaron a los terceros interesados? Para ello, se dividirá el análisis de la cuestión en tres problemas específicos, a saber: (i) ¿El Consejo de Estado tiene competencia para decretar la nulidad de un proceso de tutela que no fue seleccionado por la Corte y en el que no se integró debidamente el contradictorio?

(ii) ¿Son aplicables a las nulidades de fallos de tutela decretadas por el Consejo de Estado, las reglas jurisprudenciales desarrolladas en el marco de incidentes de nulidad, contra fallos de esa naturaleza de la Corte Constitucional? (iii) Frente a los hechos que enmarcan el caso concreto sometido a revisión, ¿La solicitud de nulidad contra el fallo de tutela del 30 de julio de 2009 de la Sección Primera del Consejo de Estado fue presentada en término?

Finalmente, si la Corte llegase a encontrar que la nulidad de la acción de tutela decretada por el Consejo de Estado, era improcedente, toda vez que no respetó los estándares previstos en la jurisprudencia de esta Corporación para ese tipo de solicitudes, entrará a determinar cuáles son los efectos jurídico-prácticos que esa conclusión tiene en la resolución del caso sub examine.

A continuación, la Corte pasará a resolver la cuestión relacionada con la nulidad decretada por el Consejo de Estado, entrando a resolver cada uno de los problemas específicos antes descritos:

3.4.3.1. ¿El Consejo de Estado tiene competencia para decretar la nulidad de un proceso de tutela que no fue seleccionado por la Corte y en el que no se integró debidamente el contradictorio?

El 26 de octubre de 2012, el apoderado del señor Juan Manuel Ricardo Convers Ortega y de las Sociedades ANGLO AMERICAN PLC, GLENCORE INTERNATIONAL AG, BHP BILLINTON COMPANY B.V. solicitó la nulidad del trámite de la acción de tutela que concluyó en la sentencia del 30 de julio de 2009, toda vez que alegaba que en dicho proceso se vinculó como tercero interesado solamente al Ministerio de Minas y Energía, y no a los demás demandados en la acción popular, donde se encuentran los sujetos por él representados.

El auto del 24 de marzo de 2009, bajo el cual el juez constitucional de primera instancia admitió la tutela instaurada por la Corporación, dispuso: “3. NOTIFÍQUESE el presente auto a los demandados en el proceso de acción popular Nación – Ministerio de Energía y otros como terceros interesados en las resultas del proceso”. (Negrilla fuera del texto original).

Del análisis del acervo probatorio realizado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, para dar respuesta a la solicitud de

nulidad, se logró concluir que efectivamente los solicitantes no fueron notificados del inicio del proceso de tutela, y que tampoco actuaron durante el trámite de la misma.

Frente a la necesidad de notificar el inicio de trámites de tutelas contra providencias judiciales a los terceros interesados, la Corte ha sostenido que: “(...) se ha considerado que si no se notifica a un tercero que podría quedar afectado por el fallo de tutela, se configura una violación del debido proceso y el derecho de defensa de las personas naturales y jurídicas que podrían llegar a afectarse con la decisión, por lo que es necesario tomar las medidas tendientes a superar dicha transgresión”. [44]

Asimismo, ha entendido esta Corporación que cuando se omite la notificación del auto admisorio de la demanda a aquellos que tienen un interés legítimo en ella, surge un vicio saneable, el cual se debe poner en conocimiento del interesado para que alegue la correspondiente nulidad, si no lo hace en su momento, la misma se entenderá subsanada. [45] Al respecto ha explicado la jurisprudencia que:

“[C]uando no se ha notificado el auto admisorio de la demanda a las personas que tienen un interés legítimo en la actuación procesal, se está en presencia de una nulidad saneable, de acuerdo a lo previsto en los numerales 8° y 9° del artículo 140 del C.P.C. En estos casos, la Corporación ha optado por devolver el expediente a los despachos judiciales de origen, para que a través de ellos, se ponga en conocimiento del afectado la causal de nulidad y, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 145 del CPC., si a bien lo tiene, la alegue dentro de los tres (3) días siguientes, indicándole que si no lo hace, quedará saneada la nulidad y el proceso continuará su curso.” [46]

Por otra parte, si la falta de notificación de los interesados en el proceso, no se presenta solamente de la admisión de la tutela, sino del fallo que resuelve la acción, la jurisprudencia constitucional ha considerado en esos casos que se presenta un vicio insubsanable que genera una vulneración del derecho fundamental al debido proceso:

“[S]i lo que ocurre es que la falta de notificación a los interesados en la actuación procesal se predica del fallo de tutela -o del auto admisorio y del fallo de tutela-, tal irregularidad da lugar a una nulidad insubsanable, conforme con el artículo 144 del C.P.C., cual es la derivada de haberse pretermitido íntegramente la instancia, es decir, no haberse dado la oportunidad a los interesados de conocer desde su inicio el proceso y de impugnar las

decisiones proferidas en él. En esos eventos de abierta vulneración del debido proceso, la Corte ha declarado la nulidad de todas las actuaciones surtidas en el proceso y enviado el expediente al despacho correspondiente para que imparta el trámite adecuado.”[47] (Negrilla fuera del texto original).

De lo anterior, concluye la Corte que efectivamente se presentó en el trámite de tutela un detrimento del derecho al debido proceso de las sujetos interesados que por medio de apoderado presentaron la solicitud de nulidad, toda vez que se les negó la oportunidad de participar en un proceso, en el que, si bien ellos no eran los demandados pues se trataba de una acción formulada contra las autoridades judiciales que rechazaron la admisión de la acción popular 2002-1029 por agotamiento de jurisdicción, era evidente que la decisión a la que se llegara como resultado del proceso de amparo los afectaría directamente.

Existiendo una causal de nulidad de un fallo de tutela, como lo es la falta de notificación a terceros que se verán afectados por la decisión, la cual redundaría en una violación de sus derechos al debido proceso, ¿se debe entender que el vicio fue subsanado por la no selección del caso para revisión por parte de la Corte Constitucional? y que, en ese orden de ideas, ¿el fallo de tutela hizo tránsito a cosa juzgada, sin que el mismo pudiese ser impugnado?, lo que implicaría en el caso concreto sometido a estudio en esta oportunidad que, ¿el Consejo de Estado carecería de competencia para decretar dicha nulidad?

Frente al tránsito a cosa juzgada de un fallo de tutela ejecutoriado, se pronunció la Corte Constitucional en sede de tutela sobre el caso de un accionante que solicitaba el amparo de sus derechos al debido proceso y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, en consideración a que mediante un nuevo fallo de tutela la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dejó sin efecto la decisión de otro Juez de tutela que restablecía sus derechos fundamentales.

La Corte consideró que la decisión del Consejo de Estado vulneraba los derechos del accionante, toda vez que ante una sentencia de tutela ejecutoriada, la única con facultad de revisión por mandato constitucional era esta Corporación. Sostuvo en esa ocasión el Tribunal Constitucional colombiano:

“Ahora bien, es claro que solo a esta Corte, como intérprete autorizado de la Constitución Política y por expresa disposición de este ordenamiento, compete revisar las sentencias

ejecutoriadas de amparo o decidir no hacerlo. Igualmente que “En caso de que un asunto no sea seleccionado, se surte el fenómeno de la cosa juzgada constitucional -“inmutable y definitiva”- quedando ejecutoriada formal y materialmente la sentencia. Frente a esta situación, en materia de tutela, la Corte adquiere la naturaleza de “órgano de cierre”. En consideración de la Corte, la cosa juzgada constitucional (art. 243 numeral 1º C.P.) opera una vez es decidido el caso por la sala de revisión, si el caso fue seleccionado, o una vez precluida la oportunidad para insistir en la selección para revisión, en caso contrario. Frente a esta cosa juzgada de naturaleza inmutable sería errado permitir la tutela contra tutela so pena de vulnerar la seguridad jurídica al reabrir un debate concluido.”[48]. En ese sentido es evidente entonces que frente al expediente T-579.617 y a la decisión de tutela allí adoptada solamente a esta Corte correspondía eventualmente examinar la sentencia proferida por el juez Primero Penal del Circuito de Santander de Quilichao -que no fue objeto de impugnación y por tanto fue enviada a la Corte para revisión la cual no se efectuó pues fue excluida de selección- y en caso de encontrar que con dicha decisión se había incurrido en una vía de hecho por el desconocimiento de los derechos de quienes no hubieran sido convocados al proceso T-579.617 -argumento que se invocó en el proceso T-651.901 donde se profirió la sentencia que se ataca por el actor - solo a ella correspondía tomar una decisión.

En ese orden de ideas, como se desprende de las consideraciones hechas en la Sentencia SU-1219 de 2001 y en la jurisprudencia que la ha constantemente reiterado[49] no cabe duda que la Sección Primera del Consejo de Estado actuando como juez de tutela incurrió en una vía de hecho, no solo al decidir una acción de tutela instaurada contra un fallo de tutela en clara oposición a la jurisprudencia constitucional de Unificación sentada en la sentencia SU-1219 de 2001 sino además al anular sin competencia para ello la decisión de tutela adoptada en el primer proceso que no había sido objeto de selección por la Corte, desconociendo así tanto la cosa juzgada constitucional como la competencia exclusiva de la Corte en este campo”.[50] (Negrilla fuera del texto original).

A la luz de la línea jurisprudencial recogida en la Sentencia T-104 de 2007 antes citada, la Sección Primera del Consejo de Estado carecería de competencia para haber anulado el fallo de tutela proferido el 30 de julio de 2009, por ella misma, toda vez que esa sentencia no fue seleccionada para revisión por parte de esta Corte, configurándose así la cosa juzgada constitucional que tornaba en inmutable y definitiva la primera decisión del

Consejo de Estado.

Sin embargo, la Corte ha reconocido que la cosa juzgada constitucional sede ante la presencia de un vicio insubsanable del cual se desprende una flagrante violación al debido proceso, estableciendo la figura de la nulidad de los fallos de tutela como el remedio idóneo para ello. Así, la Sala Plena de esta Corporación se pronunció en Sentencia de Unificación sobre este aspecto de la cosa juzgada en los siguientes términos:

“[L]a decisión de la Corte Constitucional consistente en no seleccionar para revisión una sentencia de tutela tiene como efecto principal la ejecutoria formal y material de esta sentencia, con lo que opera el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Salvo la eventualidad de la anulación de dicha sentencia por parte de la misma Corte Constitucional de conformidad con la ley, la decisión de excluir la sentencia de tutela de la revisión se traduce en el establecimiento de una cosa juzgada inmutable y definitiva. De esta forma se resguarda el principio de la seguridad jurídica y se manifiesta el carácter de la Corte Constitucional como órgano de cierre del sistema jurídico.”[51]

Cuando se está en presencia de una causal de nulidad, como es el caso de la falta de citación de los terceros con interés legítimo en el proceso de tutela[52], la Corte Constitucional tiene la competencia de anular una sentencia que ya ha hecho tránsito a cosa juzgada, competencia que hasta ahora ha sido ejercida por esta Corporación de oficio o por solicitud de partes frente a sus propios pronunciamientos –sean de Sala de Revisión o Sala Plena–.

Con el fin de dar respuesta al problema específico que plantea el caso sub examine, la Corte considera que si una sentencia de tutela adolece de un vicio insubsanable como el mencionado en el párrafo anterior, la nulidad de esa providencia no sólo es viable, sino necesaria para garantizar el derecho al debido proceso de la parte afectada. La pregunta que sigue sin respuesta, es a quien corresponde decretar esa nulidad, y más específicamente si esa es una competencia que tenía el Consejo de Estado.

La Corte considera al respecto: (i) en primer lugar, que la falta de notificación o citación a un tercero con interés legítimo para que participe en un proceso de tutela, es un vicio insubsanable, que no se sana con la no selección del fallo por la Corte Constitucional, (ii) que la solicitud de nulidad del fallo de tutela resultaba idóneo para corregir una flagrante

violación al derecho al debido proceso de los afectados por la falta de vinculación, (iii) que la existencia de esa causal de nulidad debe ser alegada en el trámite de revisión ante la Corte Constitucional, pero si, como sucedió en el caso concreto, el desconocimiento del trámite de tutela que se estaba desarrollando le impidió participar en la fase de estudio surtida en esta Corporación para determinar si se seleccionaba o no, una vez en firme la decisión de amparo como consecuencia de no haber sido seleccionada, era viable la presentación de la nulidad ante la Sección Primera del Consejo de Estado, autoridad judicial que profirió la sentencia sin el cumplimiento del pleno de sus requisitos procesales.

En conclusión, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido que la falta de citación al proceso de tutela, de terceros que tienen un interés legítimo y directo en su resolución, constituye un vicio insubsanable del trámite de la acción y una vulneración al derecho al debido proceso. El hecho de que esa acción de tutela no hubiese sido seleccionada por la Corte Constitucional, no sana el vicio por ausencia de notificación. Por esa razón, el Consejo de Estado sí era competente para declarar la nulidad de lo actuado en sede de tutela.

3.4.3.2. ¿Son aplicables a las nulidades de fallos de tutela decretadas por el Consejo de Estado, las reglas jurisprudenciales desarrolladas en el marco de incidentes de nulidad, contra fallos de esa naturaleza de la Corte Constitucional?

La Corte Constitucional es el órgano de cierre en materia de tutela, por esa razón, ante la ausencia de disposiciones legales que establezcan los requisitos procesales y materiales del incidente de nulidad contra decisiones de tutela, el Consejo de Estado debía aplicar por analogía las reglas desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de nulidad de sentencias de tutela falladas por esta Corporación.

La decisión del Consejo de Estado de anular su sentencia del 30 de julio de 2009, debía cumplir con los presupuestos formales y materiales desarrolladas en la jurisprudencia de la Corte y consignados en detalle en el capítulo 3.3. de esta providencia. En sentido material, correspondía al Consejo de Estado demostrar que efectivamente se generó una afectación al debido proceso como consecuencia de la falta de vinculación de terceros interesados en el proceso de amparo, la cual debía ser ostensible, probada, significativa y trascendental.

La Sala encuentra que efectivamente, no haber vinculado al trámite de tutela a todos los demandados en la acción popular, cuando la finalidad del amparo solicitado era dejar sin

efectos las decisiones que rechazaron dicha acción popular por agotamiento de jurisdicción, genera una sustancial y directa transgresión a sus derechos a la defensa y al debido proceso.

No obstante lo anterior, y en virtud de la obligación del Consejo de Estado de atender, en sede de tutela, los estándares desarrollados jurisprudencialmente por la Corte Constitucional, como órgano de cierre en esa materia, deberá comprobarse si efectivamente la solicitud de nulidad presentada por el representante de los sujetos no vinculados al proceso de amparo, cumplía con los presupuestos formales, especialmente con el de presentar en término dicho incidente.

3.4.3.3. ¿La solicitud de nulidad contra el fallo de tutela fue presentada en término?

Encuentra la Corte que la solicitud de nulidad era improcedente toda vez que fue presentada de forma extemporánea, pues la nulidad debía haber sido presentada dentro de los tres (3) días siguientes contados a partir de la notificación de la Sentencia.[53]

Si bien es cierto que los solicitantes de la nulidad no fueron notificados del inicio del trámite de la tutela y que con posterioridad a la decisión que se adoptó el 30 de julio de 2009, el 29 de septiembre del mismo año el Juzgado Quinto expidió Auto de obedéscase y cúmplase, ordenando así continuar con el proceso de acción popular en la etapa en que se encontraba. Este Auto fue notificado en estados del 30 de septiembre de 2009.

El 29 de agosto de 2012 el Juzgado fijó la fecha en la que se celebraría la audiencia de pacto de cumplimiento para el 3 de octubre de 2012 en el marco del proceso de acción popular. Ordenó citar a las partes y mediante telegramas del 6 de septiembre de 2012 fueron citados los apoderados de Juan Manuel Ricardo Convers Ortega, ANGLO AMERICAN PLC, GLENCORE INTERNATIONAL AG, y BHP BILLITON COMPANY B.V.

Con conocimiento de que se había reanudado el proceso de acción popular 2002-1029 y que ello era consecuencia de la decisión adoptada por la Sección Primera en sede de tutela, mediante escrito del 26 de septiembre de 2012, el apoderado del señor Juan Manuel Ricardo Convers Ortega, y de ANGLO AMERICAN PLC, GLENCORE INTERNATIONAL AG y BHP BILLITON COMPANY B.V. promovió incidente de nulidad de todo lo actuado por el Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá a partir del auto mediante el cual se estuvo a lo resuelto

en providencia del 27 de noviembre de 2008 que ordenó dar continuidad al trámite de la acción popular. Asimismo, en comunicación del 27 de septiembre de 2012 presentó solicitud de aplazamiento de la audiencia de pacto de cumplimiento.

Como resultado de la secuencia de hechos antes narrados, está demostrado en el expediente que el 26 de septiembre de 2012 el solicitante de la nulidad se notificó por conducta concluyente, toda vez que en su petición de dejar sin efectos todo lo actuado en el proceso de acción popular, demostró conocer el fallo de tutela del 30 de julio de 2009 en el que se ordenó continuar con el trámite de la acción popular AP-2002-1029. Se lee en el escrito en cuestión:

“6. SIN QUE SE NOTIFICARA DE DICHO PROCESO A MIS PODERDANTES, el actor popular tramitó acción de tutela contra el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito y contra la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que se dejaran sin efecto sus autos de 9 de febrero de 2.007 y 27 de febrero de 2.007 (SIC), con los cuales se rechazó la demanda.

7. El Consejo de Estado concedió la acción de tutela promovida (sin intervención en el proceso de mis representados en tanto nunca se les enteró del proceso), y ordenó al Juzgado Quinto continuar con el proceso de acción popular.”[54]

A pesar de ello, sólo un mes después, el 26 de octubre de 2012 presentó incidente de nulidad contra la decisión de amparo.

Esa solicitud era extemporánea y debía ser rechazada por el Consejo de Estado, toda vez que se formuló por fuera del término de tres (3) días que tenía el peticionario para hacerlo, de acuerdo con la posición uniforme de la jurisprudencia de esta Corporación, que aplica por analogía lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991[55].

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional también ha sostenido que, “En relación con la oportunidad para promover el incidente de nulidad cuando éste se origina en la ausencia de vinculación de una de las partes en el trámite de tutela, o de un tercero con interés legítimo en su decisión, la Corte ha sido enfática en sostener que la nulidad puede ser alegada por el afectado “una vez tenga conocimiento efectivo de la existencia de la acción o de la sentencia que la decide, sin que le sea oponible su saneamiento por efecto

automático de la expedición de esta última”, conocimiento que se demuestra en el expediente, se tenía desde la presentación de la solicitud de nulidad de todo lo actuado en el trámite de la acción popular el 26 de septiembre de 2012.

3.4.3.4. Efectos jurídico-prácticos de la improcedencia de la nulidad de la Sentencia de tutela del 30 de julio de 2009 decretada por la Sección Primera del Consejo de Estado, para el caso concreto

Si bien es cierto que la Corte podría resolver de oficio -basados en el principio *iura novit curia*- el problema jurídico relativo a la nulidad de la sentencia del Consejo de Estado antes referenciada, que amparó el derecho de acceso a la administración de justicia de la Corporación Colombia Transparente, y en virtud de lo discutido en los acápites inmediatamente anteriores podría dejar sin efectos la decisión del 4 de julio de 2013 que decretó la nulidad, esa medida no tendría ninguna consecuencia práctica, más allá de generar un desgaste mayor e innecesario en el sistema judicial, así como en las partes.

A continuación se expondrán las razones por las cuales la Corte estima que, con la decisión de anular la sentencia del 4 de julio de 2013, no se produciría ningún efecto.

Por un lado, en la Sentencia del 30 de julio de 2009 -que sería a la postre declarada nula- la Sección primera del Consejo de Estado afirmó que los jueces ordinarios que decidieron el rechazo de la acción popular 2002-1029 por agotamiento de jurisdicción, incurrieron un defecto sustantivo porque lo que debían haber aplicado a la luz de las normas administrativas y civiles, era la acumulación de ese proceso con el AP-2002-1032.

Mediante fallo del 4 de febrero de 2011, el Juzgado 27 Administrativo del Circuito de Bogotá negó las pretensiones de la acción popular de referencia 2002-1032, decisión que fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 28 de enero de 2013. Ello implicaría que la acumulación de los dos procesos en este momento, sería un imposible.

Por otra parte, de acuerdo con el análisis realizado en el capítulo anterior de esta providencia, la Sala Plena concluyó que las dos acciones populares (AP-2002-1029 y AP-2002-1032) tenían identidad de partes, hechos y pretensiones, motivo por el cual no se configuraba un defecto derivado de la aplicación errónea de la teoría del agotamiento de

jurisdicción, como lo alegaba el accionante.

Al existir identidad de partes, causa petendi y pretensiones entre la AP-2002-1032, cuyas pretensiones ya fueron negadas, y la AP-2002-1029, frente a la cual la Corte podría dar la orden de reiniciar el trámite de la acción popular en el punto en el que se quedó antes de la declaración de nulidad del proceso de tutela mediante la Sentencia del 4 de julio de 2013, el resultado sería una declaración de cosa juzgada, pues se configura la triple identidad entre los dos procesos, el ya fallado y el que se reanudaría, generando un desgaste innecesario.

Considerando lo anteriormente expuesto, si bien la Corte identifica que la decisión de la Sección del Consejo de Estado de anular de todo lo actuado en el proceso de tutela que concluyó con la Sentencia del 30 de julio de 2009 era improcedente, toda vez que, la solicitud de nulidad presentada por el representante de algunos de los sujetos pasivos de la acción popular fue extemporánea, la Sala Plena encuentra que dejar sin efectos esa decisión, obligando con ello a reanudar un proceso, cuando ya fue fallado otro con el que comparte identidad de partes, hechos y pretensiones, generará un desgaste innecesario que sólo llevará, a la luz de lo considerado en esta Sentencia, a una declaratoria de cosa juzgada.

#### 4. Síntesis

La Corte considera que el Juzgado 5º Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", en sus autos de 9 de febrero de 2007 y 27 de noviembre de 2008, respectivamente, mediante los cuales decretaron la nulidad del proceso 2002-1029 por agotamiento de jurisdicción, no incurrieron en un defecto por vulneración de los precedentes del Consejo de Estado en la materia.

El Tribunal Constitucional luego de comparar, con todo detenimiento, los contenidos iniciales de las demandas de acción popular radicadas AP 2002-1029 y AP 2002-1032, sobre las cuales se fundaron las providencias judiciales atacadas en sede de amparo, concluyó que, si bien no existe una coincidencia plena entre los demandados, en uno y otro caso, tales diferencias son aparentes, por cuanto, en la práctica, se trata de los mismos sujetos procesales. Adicionalmente, la causa petendi y las pretensiones en ambos procesos son las mismas, razón por la cual procedía aplicar la figura del agotamiento de jurisdicción,

y no la acumulación de expedientes, en los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado vigente al momento de adoptarse las decisiones por los jueces administrativos.

Así las cosas, no se configuró el defecto alegado por el accionante, tanto menos y en cuanto la comparación que aquél realizó entre los contenidos de las demandas referentes a los procesos AP 2002-1029 y AP 2002-1032, no se adelantó respecto al texto inicial de la primera, sino que acudió a la reforma de la demanda, la cual sólo vino a ser admitida en 2010, en tanto que las providencias judiciales atacadas datan de 2007 y 2008.

Por lo anterior, procede confirmar la sentencia del diez (10) de abril de dos mil catorce (2014) de la Sección Primera del Consejo de Estado, que confirmó el fallo de la Sección Quinta de esa misma Corporación del cuatro (4) de diciembre de dos mil trece (2013), que negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la organización accionante.

En cuanto a la cuestión ¿Es procedente la declaración de nulidad decretada por el Consejo de Estado, de una acción de tutela fallada tres años atrás, en la que no se notificaron a los terceros interesados?, estudiada por la Corte con el fin de hacer pedagogía constitucional, esta Corporación consideró, que la falta de citación al proceso de tutela, de terceros que tienen un interés legítimo y directo en su resolución, constituye un vicio insubsanable del trámite de la acción y una vulneración al derecho al debido proceso. El hecho de que esa acción de tutela no hubiese sido seleccionada por la Corte Constitucional, no sana el vicio por ausencia de notificación. Por esa razón, el Consejo de Estado era competente para declarar la nulidad de lo actuado en sede de tutela.

No obstante, en virtud de la obligación que tenía el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo de respetar los presupuestos formales para la solicitud de nulidad de fallos de tutela, exigidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como órgano de cierre en esa materia, la Sala Plena encontró que el incidente presentado por el solicitante el 26 de octubre de 2012 era extemporáneo, toda vez que en el expediente se logró demostrar que él se había notificado por conducta concluyente el 26 de septiembre de ese mismo año, no respetando con su petición de nulidad de la sentencia de amparo, el término de tres (3) días reconocido de manera uniforme por la jurisprudencia de esta Corporación.

Por esa razón, la declaración de nulidad decretada por la Sección Primera del Consejo de Estado mediante providencia del 4 de julio de 2013, era improcedente, por ser

extemporánea su solicitud.

Cómo último elemento de su análisis, la Corte consideró que dejar sin efectos la decisión del 4 de julio de 2013 que decretó la nulidad, no tendría ninguna consecuencia práctica, más allá de generar un desgaste mayor e innecesario en el sistema judicial, así como en las partes, con base en dos razones:

(i) Mediante fallo del 4 de febrero de 2011, el Juzgado 27 Administrativo del Circuito de Bogotá negó las pretensiones de la acción popular de referencia 2002-1032, decisión que fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 28 de enero de 2013. Ello implicaría que la acumulación del proceso 2002-1029 al 2002-1032 en este momento, sería un imposible.

(ii) Dejar sin efectos la citada decisión de 2013, obligando con ello a reanudar un proceso (el 2002-1029), cuando ya fue fallado otro (el 2002-1032) con el que comparte identidad de partes, hechos y pretensiones, sólo llevaría a una declaratoria de cosa juzgada.

### III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR los términos para fallar.

Segundo.- CONFIRMAR la Sentencia del diez (10) de abril de dos mil catorce (2014) del Consejo de Estado, Sección Primera, que confirmó el fallo de la Sección Quinta de esa misma Corporación del cuatro (4) de diciembre de dos mil trece (2013), que negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la organización accionante.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta (e)

Con salvamento de voto

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada (e)

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con aclaración de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Ausente con excusa

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con aclaración de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA SU658/15

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Abordar asuntos innecesarios en las sentencias de la Corte Constitucional genera confusiones en la definición de la ratio decidendi de las mismas, y su diferencia con las consideraciones obiter dicta (Aclaración de voto)

RATIO DECIDENDI-Concepto (Aclaración de voto)

PROBLEMA JURIDICO-Determinar su alcance permite identificar ratio decidendi de decisión previa (Aclaración de voto)

Metodológicamente se ha establecido que la ratio decidendi de las sentencias son aquellas reglas judiciales con las que se responde a los problemas jurídicos planteados a partir del caso que debe resolver la Corte. Por ello, resulta contradictorio establecer que la Corte Constitucional se propone un problema jurídico, pero que su resolución no va a generar efectos jurídicos pues se aborda sólo por razones pedagógicas. Esta consecuencia atiende claramente al concepto de obiter dicta, lo que evidencia que la propuesta de este segundo problema jurídico fue un desacierto de la Sala Plena, que no comparto

Referencia: Expediente T-4.480.896

Acción de tutela incoada por la Corporación Colombia Transparente contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A y el Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá.

Asunto: Importancia de la identificación del problema jurídico relevante.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento a continuación las razones por las cuales aclaro mi voto en la decisión adoptada por la Sala Plena, en sesión del 22 de octubre de 2015, en la cual se profirió la sentencia SU-658 de 2015.

En esta decisión la Sala confirmó la sentencia de segunda instancia en la acción de tutela dictada por la Sección Primera del Consejo de Estado, que a su vez, confirmó el fallo de primera instancia dictado por la Sección Quinta de la misma Corporación, el cual había negado el amparo de los derechos fundamentales invocados por la organización demandante.

2. Teniendo en cuenta los hechos del presente caso reseñados en el acápite fáctico de esta sentencia, la Sala Plena determinó la necesidad de resolver dos problemas jurídicos. El primero relacionado con las afirmaciones y las pretensiones realizadas en la acción de tutela, en torno al debate de la aplicación o no de los precedentes establecidos por el Consejo de Estado frente a las figuras de “agotamiento de jurisdicción” y “acumulación de procesos” en acciones populares presentadas por una misma causa petendi[56]. Frente a este primer planteamiento estoy de acuerdo con la argumentación y la solución dada en este caso concreto por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

Ahora bien, en relación con el segundo problema jurídico, mediante el cual la Sala se propuso determinar si “¿es procedente la declaración de nulidad decretada por el Consejo de Estado de una acción de tutela fallada tres años atrás, en la que no se notificaron a los terceros interesados?”, considero que no era un problema jurídico a resolver.

La Corte indica que el presente caso propone una cuestión adicional “que si bien no será resuelta por la Corte en la medida en que no fue alegada por el accionante en su solicitud de amparo, será explorada en este providencia. Como consecuencia, sin buscar que con su análisis se genere algún efecto jurídico en la decisión del proceso de tutela revisado,

exclusivamente por razones de pedagogía constitucional, la Sala estudiará si la decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado de anular la sentencia de tutela del 30 de julio de 2009 proferida por ésta misma, tienen fundamento constitucional o no”[57].

Este precisamente es el motivo de mi aclaración de voto en tanto considero que abordar asuntos innecesarios en las sentencias de la Corte Constitucional genera confusiones en la definición de la ratio decidendi de las mismas, y su diferencia con las consideraciones obiter dicta. Recuérdese que la ratio decidendi de las sentencia de la Corte Constitucional se presenta como una regla judicial relacionada con el caso a resolver, por ello, tienen la virtualidad de ser vinculantes a casos futuros que resuelvan las mismas situaciones fácticas, cosa que no sucede con las consideraciones obiter dicta.

En efecto, la sentencia SU-047 de 1999[58], explicó que debía reconocerse por ratio decidendi, aquella que contenía “la formulación general... del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. [o] si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive” y, por el contrario, por el obiter dictum o dicta, “toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión; [esto es, las] opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario”.

Ahora bien, ¿por qué genera confusión? Como se indicó, metodológicamente se ha establecido que la ratio decidendi de las sentencias son aquellas reglas judiciales con las que se responde a los problemas jurídicos planteados a partir del caso que debe resolver la Corte[59]. Por ello, resulta contradictorio establecer que la Corte Constitucional se propone un problema jurídico, pero que su resolución no va a generar efectos jurídicos pues se aborda sólo por razones pedagógicas. Esta consecuencia atiende claramente al concepto de obiter dicta, lo que evidencia que la propuesta de este segundo problema jurídico fue un desacierto de la Sala Plena, que no comparto.

Esta reflexión conlleva implícita otra sobre la importancia de identificar los problemas jurídicos realmente relevantes en cada caso concreto. En efecto, como regla general, los jueces, incluido este Tribunal Constitucional, están subordinados a resolver los asuntos que son verdaderamente sometidos a su consideración, y sólo de forma excepcional puede hacer uso de facultades extra o ultra petita. Lo anterior, atiende una lógica que irriga

nuestro sistema constitucional, que es la separación de poderes. Así, es sabido que desde esta clásica división de los poderes públicos (que incluye variaciones derivadas del Estado Constitucional), existe una marcada diferencia entre la función del juez y la del Legislador.

Como se indicó, el juez debe dirimir los asuntos que son sometidos a su jurisdicción y competencia, mientras que el Legislador goza de lo que se ha llamado la cláusula general de competencia legislativa. Es decir, la materia de estudio del juez constitucional está, en principio, limitada a dar soluciones a los problemas que la sociedad en su conjunto le presenta a consideración y decisión. Si no lo hace se extralimita y puede llegar a invadir terrenos jurídicos cuya definición y molde están en cabeza del Legislador. Recuérdese que el poder legislativo está facultado para expedir leyes “en todos aquellos asuntos que puedan ser materia de legislación y cuya regulación no haya sido atribuida a otra rama u órgano independiente, incluso cuando esos temas no están comprendidos dentro de las funciones que han sido asignadas expresamente al Congreso en la Carta”[60].

Por ello, permitirse abordar asuntos sólo por razones pedagógicas, hace que la Corte Constitucional se aleje de su función constitucional. No siendo otro el motivo de mi aclaración de voto reitero que, a pesar del punto señalado, comparto la decisión adoptada.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA Y

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA SU658/15

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Se aplicó retroactivamente unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado, a un caso que ya había sido decidido (Salvamento de voto)

Los motivos que nos llevan a salvar el voto a la providencia SU-658 de 2015 inician con la admisión equivocada de un incidente de nulidad por parte del Consejo de Estado - Sección Primera, cuya procedencia determinó la expedición de las dos decisiones de tutela que ahora se revisan, las cuales, además, lesionan el ordenamiento constitucional vigente

INCIDENTE DE NULIDAD CONTRA ACCION DE TUTELA DEL CONSEJO DE ESTADO-Debió rechazarse de plano por parte de la Sección Primera del Consejo de Estado, por cuanto el incidente fue extemporáneo (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente T-4480896

Acción de tutela instaurada por la ONG Corporación Colombia Transparente contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera - Subsección A y el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Bogotá.

Magistrado Ponente:

Alberto Rojas Ríos

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presentamos las razones que nos llevan a salvar el voto a la sentencia SU-658 de 2015.

1. En dicho fallo la Sala Plena de la Corte Constitucional confirmó el fallo de tutela proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado el 10 de abril de 2014; decisión que, a su turno, confirmó la sentencia del 4 de diciembre de 2013 de la Sección Quinta de esa Corporación que negó la protección de los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso e igualdad invocados por la ONG Corporación Colombia Transparente contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera - Subsección A y el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Bogotá.

2. Los hechos que dieron lugar a la acción de tutela se sintetizan en que la ONG Corporación Colombia Transparente interpuso tres acciones populares contra diferentes personas

naturales y jurídicas, estas últimas públicas y privadas, solicitando la protección de los derechos colectivos a la defensa al patrimonio público y a la moralidad administrativa que presuntamente fueron desconocidos en el procedimiento de enajenación del complejo carbonífero Cerrejón - Zona Norte. En el trámite adelantado bajo el radicado AP-2002-1029, uno de los tres iniciados por la misma Corporación, el Juzgado y Sala del Tribunal demandados[61] declararon la nulidad de todo lo actuado y rechazaron la demanda por agotamiento de jurisdicción, argumentando que existía en trámite otra acción popular con identidad de causa y pretensiones (con el radicado No. 2002-1032).

2.1. Inconforme con la anterior decisión, por considerar que la acción popular 2002-1029 debía continuar su curso, la ONG impulsó acción de tutela contra el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera - Subsección A (radicado 2009-00276), verificándose el siguiente trámite: (i) la Sección Quinta del Consejo de Estado admitió la solicitud de amparo, ordenando la notificación a las autoridades judiciales demandadas y a los terceros interesados; (ii) no obstante, se omitió notificar a Anglo American PLC, Glencore International AG, BHP Billinton Company B.V. y a Juan Manuel Ricardo Convers Ortega, quienes actuaban como terceros en la acción popular 2002-1029; (iii) sin advertir tal situación, la Sección Quinta negó, mediante sentencia de 23 de abril de 2009, las pretensiones de la solicitud de amparo; (iv) impugnada la anterior decisión por la ONG accionante, la Sección Primera del Consejo de Estado, a través de sentencia de 30 de julio de 2009, accedió a las súplicas de la demanda, ordenando continuar con el trámite popular radicado con el No. 2002-1029; y, (v) remitido el trámite constitucional a la Corte (radicado T-2398251), se dispuso su no revisión.

2.2. En cumplimiento a la orden judicial proferida en sede de tutela por la Sección Primera del Consejo de Estado, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Bogotá reinició el trámite de la acción popular mediante auto de 29 de septiembre de 2009, que se notificó por estado. Luego de adelantar varias actuaciones, el Juzgado a quo citó, mediante auto de 29 de agosto de 2012, a la audiencia de pacto de cumplimiento, notificando mediante telegrama de 6 de septiembre de ese año a todos los interesados. El 26 de septiembre de 2012 el señor Juan Manuel Ricardo Convers Ortega[62] y las sociedades Anglo American PLC, Glencore International AG, BHP Billinton Company B.V. solicitaron la nulidad de todo lo actuado dentro del trámite popular desde su reanudación, argumentando que no se había notificado personalmente la decisión.

2.3. El 26 de octubre de 2012 las mismas personas, natural y jurídicas, interpusieron incidente de nulidad ante la Sección Primera del Consejo de Estado, por inexistencia de notificación del trámite de tutela 2009-00276. La referida Sección, tras efectuar el traslado de la petición, acogió la solicitud mediante auto de 4 de julio de 2013, declarando la nulidad de lo actuado dentro de la acción de tutela a partir del auto que la admitió.

2.4. Integrado debidamente el contradictorio, la Sección Quinta del Consejo de Estado negó la acción de tutela incoada por la ONG Corporación Colombia Transparente contra el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección A, mediante fallo de 4 de diciembre de 2013, argumentando que la posición expuesta por los jueces dentro de la acción popular se sujetaba a lo sostenido por la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre la aplicación de la figura del agotamiento de la jurisdicción. Interpuesta la impugnación por parte de la accionante, la Sección Primera del Consejo de Estado confirmó lo resuelto por la Sección Quinta de la misma Corporación, mediante providencia de 10 de abril de 2014, aduciendo que a partir de la sentencia de 11 de septiembre de 2012 la Sala Plena del Consejo de Estado había acogido la tesis del agotamiento de jurisdicción en casos en los que se presentan acciones populares con identidad de hechos, partes y pretensiones. Remitido el expediente a la Corte Constitucional se decidió su selección[63].

3. En la decisión de la cual nos separamos, la Corte Constitucional abordó de manera principal dos asuntos, el primero, relacionado con el presunto desconocimiento por parte de los jueces de la acción popular de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la figura del “agotamiento de jurisdicción” (asunto en estricto sentido propuesto por la Corporación demandante) y, el segundo, referido al trámite de nulidad que se adelantó ante la Sección Primera del Consejo de Estado y que dio lugar a dos nuevos fallos de tutela dentro del trámite 2009-00276 (aspecto que la Corte abordó en virtud del principio *iura novit curia*).

3.1. En cuanto al primer asunto, la mayoría de la Sala destacó que mediante decisión de 11 de septiembre de 2012 la Sala Plena del Consejo de Estado unificó sus criterios sobre la procedencia de declarar el “agotamiento de jurisdicción” ante la existencia de dos o más acciones populares tramitadas con identidad de hechos, partes y pretensiones. Destaca que

antes de dicho fallo la Sección Tercera consideraba viable la aplicación de la figura, pero la Sección Primera se inclinaba por la acumulación de acciones. Verificado el asunto sometido a consideración, continuó, la acción popular AP 2002-1029 refería identidad de partes, hechos y pretensiones con aquella de radicado No. 2002-1032, por lo tanto, precisó, al declarar el “agotamiento de jurisdicción” dentro del proceso AP 2002-1029 se ajustó al precedente del Consejo de Estado.

3.2. Sobre el trámite de nulidad que se adelantó por la Sección Primera del Consejo de Estado dentro del proceso de tutela 2009-00276 se afirmó, luego de reiterar la jurisprudencia de esta Corporación sobre la excepcionalidad de decretar nulidades de providencias proferidas en sede de tutela, (i) que en este caso se evidenció una lesión del derecho al debido proceso, por no haber vinculado a quienes tenían interés directo; (ii) que esa lesión no se subsanó con la decisión de la Corte Constitucional, que hace tránsito a cosa juzgada, de no revisar los fallos que fueron proferidos por las Secciones Quinta y Primera del Consejo de Estado el 23 de abril y 30 de julio de 2009, respectivamente; (iii) que en las circunstancias expuestas, la competencia para decidir sobre la nulidad sí era del Consejo de Estado; (iv) que para el trámite de nulidades, en tratándose de acciones de tutela, los jueces deben someterse a las reglas establecidas por la Corte Constitucional.

(v) Y, que de haberse seguido tales reglas, debió declararse extemporánea la solicitud de nulidad, pues, (vi) los terceros interesados se enteraron de la existencia de la tutela de la Sección Primera del Consejo de Estado de 30 de julio de 2009, por lo menos, el 26 de septiembre de 2012, e interpusieron la nulidad del trámite de tutela el 26 de octubre del mismo año, esto es, luego de los 3 días hábiles que ha referido esta Corte.

Pese a lo anterior, (vii) la mayoría concluyó que en este caso no dejaría sin efecto el auto de 4 de julio de 2013, por el cual la Sección Primera del Consejo de Estado declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de admisión de la acción de tutela 2009-00276, pues no produciría efecto alguno, (viii) dado que: (1) en virtud de la sentencia de 30 de julio de 2009, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, el proceso popular 2002-1029 debería acumularse al proceso popular 2002-1032, y este último ya se falló; y, (2) dentro de este último trámite se negaron las pretensiones de la acción popular, por lo que igual suerte correría el trámite 2002-1029, pues entre uno y otro existe identidad de partes, hechos y pretensiones:

“Considerando lo anteriormente expuesto, si bien la Corte identifica que la decisión de la Sección del Consejo de Estado de anular todo lo actuado en el proceso de tutela que concluyó con la Sentencia del 30 de julio de 2009 era improcedente, toda vez que, la solicitud de nulidad presentada por el representante de algunos de los sujetos pasivos de la acción popular fue extemporánea, la Sala Plena encuentra que dejar sin efectos esa decisión, obligando con ello a reanudar un proceso, cuando ya fue fallado otro con el que comparte identidad de partes, hechos y pretensiones, generará un desgaste innecesario que sólo llevará, a la luz de lo considerado en esta Sentencia, a una declaratoria de cosa juzgada”.

4. Este salvamento de voto obedece a dos razones. Una, relacionada con el trámite del incidente de nulidad propuesto dentro de la acción de tutela que, en segunda instancia, fue fallada por el Consejo de Estado - Sección Primera mediante sentencia de 30 de julio de 2009, su procedencia y efectos; y, dos, sobre el presunto desconocimiento del precedente del Consejo de Estado en la aplicación de la figura del “agotamiento de jurisdicción”.

4.1. En cuanto al trámite incidental invocado por las sociedades Anglo American PLC, Glencore International AG y BHP Billinton Company B.V., y el señor Juan Manuel Ricardo Convers Ortega[64] ante la Sección Primera del Consejo de Estado, dentro de la acción de tutela 2009-00276, se evidencian las siguientes irregularidades:

4.1.1. Entre el 30 de julio de 2009, fecha en la que la Sección Primera del Consejo de Estado falló en segunda instancia la acción de tutela con radicado 2009-00276, y el 30 de octubre de 2012, momento en el que las sociedades y el particular incoaron incidente de nulidad, transcurrieron más de tres (3) años. Durante ese lapso, en virtud del fallo de la Sección Primera, la acción popular 2002-1029 continuó su curso en el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Bogotá, efectuándose varias actuaciones, entre ellas se resolvieron los recursos de reposición contra la admisión de la demanda y se procedió a su contestación. En estas condiciones, no se comprende cómo durante el referido término los promotores del incidente de nulidad no se enteraron de la acción de tutela que ordenó la continuación del trámite popular.

Incluso el 26 de septiembre de 2012 los interesados, al incoar incidente de nulidad dentro de la acción popular 2002-1029, manifestaron conocer la acción tutela. Aunado a lo

anterior, no justificaron en debida forma su inactividad durante el periodo a que se acaba a hacer referencia, limitándose a argumentar el desconocimiento de su derecho al debido proceso por no ser vinculados a la acción de tutela.

Pese a lo anterior, el Consejo de Estado - Sección Primera consideró que la solicitud era procedente, lesionando de manera intensa el principio de seguridad jurídica al desconocer la estabilidad de una decisión frente a la cual los interesados no ejercieron en su oportunidad los derechos que afirmaron quebrantados y que, además, adquirió efectos de cosa juzgada constitucional con la decisión de la Corte Constitucional de no seleccionarla para revisión.

4.1.2. La Sección Primera del Consejo de Estado fundó su decisión de declarar la nulidad del trámite de tutela desde el auto admisorio en el inciso 1 del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, disposición que, por el contrario, debió llevarla a negar la petición de nulidad[65]. Al respecto, la referida norma establece que las nulidades que se generan antes de que se dicte sentencia deben invocarse oportunamente, so pena de quedar saneadas. Pues bien, en este caso la causal de nulidad alegada, al parecer ocurrió al notificar la providencia inicial dentro de la acción de tutela, esto es, la que admitió la solicitud de amparo, por lo tanto, la nulidad debió alegarse antes de proferirse la sentencia.

4.1.3. Atendiendo a las reglas que la Corte Constitucional ha expuesto sobre los trámites de nulidad en acciones constitucionales de amparo, su invocación debe efectuarse dentro de los 3 días siguientes[66], tal como se reconoció por la mayoría de la Sala Plena de la Corporación en la decisión de la que nos apartamos. La comprobación de la violación de ese término debió llevar a la Sala a dejar sin efectos, en virtud del principio de iura novit curia, la providencia de 4 de julio de 2013 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, que declaró la nulidad de todo lo actuado en la acción de tutela desde su auto admisorio, pues era la respuesta indicada para garantizar la preservación del orden jurídico.

4.1.4. Pero, aunado a lo anterior, es claro que con la decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado de 4 de julio de 2013, que declaró la nulidad de lo actuado dentro de la acción de amparo, se desconoció que el trámite de tutela que finalizó en segunda instancia

con la sentencia de 30 de julio de 2009 hizo tránsito a cosa juzgada con la decisión de esta Corporación de no revisar la tutela, poniendo en riesgo la estabilidad brindada mediante esa figura por la aplicación de la cosa juzgada constitucional y la función de la Corte, asignada por el Constituyente de 1991, de servir de tribunal de cierre de la jurisdicción[67].

4.2. La situación así presentada, además, dio lugar a otra irregularidad. Al momento de decidirse la acción de tutela por parte de las Secciones Quinta y Primera del Consejo de Estado por primera vez, esto es, con el fallo de la Sección Primera de 30 de julio de 2009, no existía dentro de esa Corporación unanimidad de criterio cuando se presentaban dos o más acciones populares con identidad de hechos, partes y pretensiones, pues la Sección Tercera aplicaba la figura del agotamiento de jurisdicción mientras que la Sección Primera se inclinaba por la acumulación de trámites.

Por lo anterior, en aplicación de un criterio que promoviera el acceso a la administración de justicia y -se insiste- ante la ausencia de unanimidad jurisprudencial, la Sección Primera accedió a las súplicas de la acción de tutela propuesta por la ONG Corporación Colombia Transparente, en el fallo del año 2009.

No obstante, para el momento en que se promovió el incidente de nulidad de manera extemporánea, la Sala Plena del Consejo de Estado había unificado su criterio sobre el tema de las acciones populares que comportaban igualdad de hechos, partes y pretensiones, decantándose por el que venía prohijando la Sección Tercera, esto es, por declarar la configuración del agotamiento de jurisdicción. Esta nueva circunstancia terminó afectando -sin argumento válido- la protección inicial de la que había sido objeto la ONG tutelante por la Sección Primera del Consejo de Estado, quien en su segundo fallo decidió negar las súplicas de la demanda por considerar que, conforme a la unificación de jurisprudencia del año 2012, las decisiones judiciales que se cuestionaban y que fueron adoptadas en la acción popular 2001-1029 no lesionaban los derechos de la ONG.

En otras palabras, terminó aplicándose retroactivamente la unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado, como resultado de un incidente de nulidad propuesto tres años después, y esta situación se justificó en el fallo de la Sala Plena del cual nos apartamos.

5. En síntesis, los motivos que nos llevan a salvar el voto a la providencia SU-658 de 2015 inician con la admisión equivocada de un incidente de nulidad por parte del Consejo de

Estado – Sección Primera, cuya procedencia determinó la expedición de las dos decisiones de tutela que ahora se revisan, las cuales, además, lesionan el ordenamiento constitucional vigente, veamos:

5.1. Dentro de la acción de tutela promovida por la ONG Corporación Colombia Transparente contra el Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, radicado No. 2009-00276, la Sección Primera del Consejo de Estado, en segunda instancia, amparó mediante sentencia de 30 de julio de 2009 los derechos fundamentales invocados y ordenó la continuación de la acción popular con radicado No. 2001-1029;

5.2. Transcurrido un periodo superior a los tres (3) años, el 30 de octubre de 2012, la sociedad Anglo América PLC y otros iniciaron incidente de nulidad ante la Sección Primera del Consejo de Estado, argumentando que no habían sido vinculados al trámite que en segunda instancia mediante providencia del 30 de julio de 2009, amparó los derechos de la ONG.

5.3. La solicitud de nulidad fue tramitada, disponiendo la Sección Primera reiniciar la actuación constitucional en sede de tutela. Luego de que la Sección Quinta del Consejo de Estado negara las pretensiones de la tutela el 4 de diciembre de 2013, tal como había ocurrido en la primera oportunidad. La Sección Primera, contrario a lo decidido en la sentencia de 30 de julio de 2009, decidió esta vez negar las pretensiones de la tutela mediante providencia de 10 de abril de 2014. Estos dos últimos pronunciamientos, calendados el 4 de diciembre de 2013 y el 10 de abril de 2014, son los que se revisan en la providencia de la que nos separamos.

6. Los defectos encontrados, en virtud de la obligación constitucional de preservar el orden jurídico debieron llevar a la Sala a dejar sin efectos todo lo actuado por el Consejo de Estado – Sección Primera desde la admisión del incidente de nulidad presentado el 30 de octubre de 2012, son:

Para quienes suscribimos este salvamento el argumento a propósito del presunto desconocimiento por parte de los promotores del incidente de la decisión proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado el 30 de julio de 2009, no se erige como suficiente argumento para decretar una nulidad interpuesta tardíamente.

El incidente resultaba a todas luces extemporáneo, y por tanto debió rechazarse de plano por parte de la Sección Primera del Consejo de Estado. Al reabrir la discusión se desconoció que sobre el fallo de 30 de julio de 2009, proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado, recaía el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, dado que no fue seleccionado para revisión por esta Corporación.

6.2. La reapertura de la discusión de fondo sobre el amparo invocado por la ONG Corporación Colombia Transparente determinó que en el fallo de 30 de julio de 2009 se ampararan los derechos fundamentales invocados, mientras que en el de 10 de abril de 2014 se adoptara una decisión contraria, por la misma Sección Primera del Consejo de Estado. Ello obedece a que tal sección, decidió aplicar la tesis que sobre el agotamiento de la jurisdicción acogió la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de 11 de septiembre de 2012. Esto es, se terminó aplicando retroactivamente una unificación de jurisprudencia a un caso que ya había sido decidido en el año 2009.

7. En los anteriores términos dejamos suscrito este salvamento, convencidos de que la decisión a adoptar debió ser la de dejar sin efectos todo lo decidido por el Consejo de Estado - Sección Primera desde la admisión del incidente de nulidad presentado por la sociedad Anglo América PLC y otros el 30 de octubre de 2012.

Fecha ut supra,

María Victoria Calle Correa

Magistrada

Luis Ernesto Vargas Silva

Magistrado

[1] Por razones de claridad, en esta sección de los hechos, nos separamos del criterio cronológico, para explicar lo acontecido con la AP-2002-1048, haciendo la salvedad que esa acción no resulta esencial para la resolución de la tutela, toda vez que los problemas a resolver, se traban en la relación entre la AP-2002-1029 y la AP-2002-1032.

[2] Cuadernillo 4, Folio 469

[3] Cuadernillo 4, folio 475.

[4] Cuadernillo 4, Folio 516 y 527

[5] Cuadernillo 4, Folio 423

[6] Sentencia T-572 de 1994: “La vía de hecho judicial y ha señalado que ésta existe ‘cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos constitucionales de la persona’. En efecto, en tales circunstancias, el funcionario judicial antepone de manera arbitraria su propia voluntad a aquella que deriva de manera razonable del ordenamiento jurídico, por lo cual sus actuaciones, manifiestamente contrarias a la Constitución y a la Ley, no son providencias judiciales sino en apariencia. En realidad son vías de hecho, frente a las cuales procede la tutela, siempre y cuando se cumplan los otros requisitos procesales señalados por la Constitución, a saber que se esté vulnerando o amenazando un derecho fundamental, y la persona no cuente con otro medio de defensa judicial adecuado”.

[7] Sentencia T-462 de 2003.

[8] Sentencia C-590 de 2005.

[9] Defectos desarrollados en la Sentencia C-590 de 2005.

[10] Sentencia T-656 de 2012.

[11] Consejo de Estado, Sala Contenciosa Electoral, Decisión del 18 de octubre de 1986. Consejero Ponente: Simón Rodríguez Rodríguez. Radicado:E-010: “Pues bien, los particulares cuando acudan al Juez del Estado para que haga actuar la normatividad general a su caso concreto, con el obrar de aquél se agota la jurisdicción que debe prestar al Estado.|| Pero llevar la misma controversia ante más de, un juez como ha ocurrido en el evento sub lite, no es aspiración legítima ni normal ejercicio del derecho de acción.|| Luego continuar con este proceso paralelamente con el inicialmente promovido ante otro consejero extrañaría un uso indebido de la jurisdicción que a la postre podría resultar en fallos contradictorios, de todo lo cual saldría maltrecho la justicia.|| En tales circunstancias el presente proceso número E-010 está viciado de nulidad por agotamiento de jurisdicción. Si de acuerdo con el artículo 152 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del

artículo 165 del C.C.A., el proceso es nulo cuando “corresponde a distinta jurisdicción” o en otras palabras, que la justicia administrativa no debe conocer de él, con más razón lo será cuando la jurisdicción se ha consumado por haberse promovido otro proceso sobre la misma materia litigioso cual es el E-011 (más antiguo). || En mérito de lo expuesto, se declara nula la totalidad de la actuación en el presente proceso número E-010.”. (Negrilla fuera del texto original).

[12] Consejo de Estado. Sala Plena, Decisión del 11 de septiembre de 2012. Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia. Radicado: 41001-33-31-004-2009-00030-01(AP)REV

[13] Auto del 22 de noviembre de 2001. Radicado: ad. 2001-9218-01, AP-270

[14] Segmento referenciado en: Consejo de Estado. Sala Plena, Decisión del 11 de septiembre de 2012. Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia. Radicado: 41001-33-31-004-2009-00030-01(AP) REV.

[15] Ibídem.

[16] Ver. providencia del 22 de abril de 2009, radicados acumulados 15001-23-31-000-2004-00080-01; 2004-00414, 2004-03319, y 2005-02012, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno; del 28 de abril de 2011, rad. 2005-01190-01, C.P. María Elizabeth García González, y del 11 de agosto de 2011, rad. 2002-01685-01, C.P. María Claudia Rojas Lasso

[17] Consejo de Estado. Sala Plena, Decisión del 11 de septiembre de 2012. Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia. Radicado: 41001-33-31-004-2009-00030-01(AP)REV

[18] Decreto 2067 de 1991, art. 49.

[19] Ver autos 063 de 2010, 059 de 2010, 074 de 2010, 009 de 2010, 016 de 2010 y 026 de 2010, entre otros.

[21] Autos 063 de 2010, 059 de 2010, 074 de 2010, 009 de 2010, 016 de 2010 y 026 de 2010, entre otros.

[22] Auto 031A de 2002. Ver. entre otros, los autos A- 256 de 2001, A-029A y A-031A de

2002, A-146A y A-162 de 2003, A-208 de 2006, A-063 de 2010, A-059 de 2010, A-074 de 2010, A-009 de 2010, A-016 de 2010 y A-026 de 2010.

[23] Autos 063 de 2010, 059 de 2010, 074 de 2010, 009 de 2010, 016 de 2010 y 026, entre otros.

Sobre el plazo para interponer la solicitud de nulidad de una decisión proferida por la Corte Constitucional se afirma en el auto 163A de 2003: “El artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 señala: ‘Dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato’. La Sala considera que ante la ausencia de norma legal expresa que indique el término dentro del cual se debe proponer o alegar la nulidad de cualquier sentencia proferida por esta Corporación que se origine en la misma, procede hacer uso de la aplicación analógica y aplicar el término de los tres (3) días señalado en el artículo 31 antes citado para proponer cualquier nulidad que se origine en la sentencia, por considerar además que se dan los tres (3) presupuestos básicos para acudir a la aplicación del principio de la analogía, así:

- a) Ausencia de norma que establezca el término procesal dentro del cual ha de presentarse la solicitud de nulidad de las sentencias que profiera la Corte Constitucional.
- b) Se trata de dos (2) situaciones similares en cuanto en los dos (2) eventos se ataca la

decisión o sentencia que pone fin a una instancia o actuación; se refieren los dos (2) casos a situaciones de orden procesal dentro de la acción de tutela, y además se trata de actuaciones que se surten con posterioridad a la decisión de una instancia o actuación.

- c) La razón o fundamento de la existencia de un término perentorio para la presentación

del escrito de impugnación del fallo es el bien jurídico fundamental y superior de la seguridad jurídica que motiva a ésta Corporación a establecer un término perentorio para la presentación de la solicitud de nulidad, como es, el determinar en forma clara y precisa la oportunidad para el ejercicio de una facultad procesal, en virtud del principio de la preclusión que orienta en forma general la actividad procesal y en aras de salvaguardar

valores del derecho como la seguridad jurídica y la justicia.

[24]

Dicho término deberá contarse a partir de la fecha en que se notifique a las partes, la sentencia respectiva. Al respecto, el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 establece que las sentencias en que se revise una decisión de tutela deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes por el medio que éste considere más expedito y eficaz de conformidad con lo previsto por el artículo 16 ibídem”.

[25] Autos 063 de 2010 y 059 de 2010.

[26] Como lo recordó la Corte en el Auto 217 de 2006, esta afirmación se justificó, “(...) no sólo por la carencia de legitimidad para pedirla, sino, además, por las siguientes razones: (i) en primer lugar, atendiendo el principio de seguridad jurídica y de necesidad de certeza del derecho; (ii) en segundo lugar, ante la imposibilidad presentar acción de tutela contra las providencias de tutela. Y finalmente, (iii) porque es razonable establecer un término de caducidad frente a las nulidades de tutela, si incluso esa figura aplica en las acciones de inconstitucionalidad por vicios de forma”. En el mismo sentido el auto 063 de 2010.

[27] Auto 031 de 2002. En el mismo sentido el auto 009 de 2010.

[28] Autos 063 de 2010, 059 de 2010, 074 de 2010, 009 de 2010, 016 de 2010 y 026 de 2010, entre otros.

[29]Auto 031 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett

[30] Auto 062 de 2000. M.P. JoséGregorio Hernández Galindo

[31] Auto 091 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell

[32] Ver, Autos 025A de 2012, 123 de 2009, 141 de 2008, 051 de 2002, 269 de 2001 y 027 de 1995. Sentencia T-247 de 1997.

[33]Auto 022 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero

[34] Auto 082 de 2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Auto 031A de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

[35] Autos 070 de 2010 y 074 de 2010.

[36] Auto 009 de 2010.

[37] Puede consultarse al respecto, entre otros, el auto 009 de 2010.

[38] Sentencias T-680 de 2010, T-112 de 2008, T-607 de 2008, T-825 de 2007, T-1009 de 2006, T-403 de 2005 y T-1089 de 2004, entre muchas otras.

[39] Sentencia C-461 de 2013.

[40] Sentencias T-664 de 2014, T-954 de 2013, T-832 de 2013, T-028 de 2012, T-443 de 2010, T-100 de 2010, T-599 de 2009, T-014 de 2009, T-1094 de 2008, T-871 de 2008, T-777 de 2008, T-808 de 2007, T-589 de 2007, T-571 de 2007, T-117 de 2007, T-086 de 2007, T-049 de 2007, T-440 de 2006, T-302 de 2006, T-292 de 2006, T-330 de 2005, T-698 de 2004, T-688 de 2003, T-670 de 2003, T-468 de 2003 y T-340 de 2004.

[41] Sentencia T-441 de 2010, retirada en la Sentencia T-664 de 2014.

[42] Sentencias T-454 de 2015, T-390 de 2015, T-381 de 2015, T-153 de 2015, T-777 de 2014, T-410 de 2014, T-146 de 2014, T-718 de 2013, SU-918 de 2013, T-028 de 2012, y T-351 de 2011, entre otras.

[43] En cuanto a la identidad de las partes, la Corte considera relevante resaltar que en materia de acciones populares, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha insistido en que la misma no tiene que ser absoluta, así en Sentencia de la Sección Tercera - Subsección A de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del 9 de abril de 2014, 250002324000201100057 - 01 (A.P.), C.P. Mauricio Fajardo Gómez, afirmó: "En cuanto a la identidad de partes, tratándose de la acción popular, de conformidad con el artículo 35 de la Ley 472 de 1998 y la jurisprudencia de esta Corporación, la sentencia que ponga fin al proceso tendrá efectos de cosa juzgada respecto de las partes y la comunidad en general, de forma tal que no se requiere una identidad plena entre las partes, puesto que el actor y el titular del derecho colectivo -público en general- pueden no coincidir."

En el mismo sentido, también se pronunció el Consejo de Estado frente a la subjetividad cuando se tratan de acciones populares que buscan la protección de derechos colectivos y no individuales. Sostuvo la Sección Tercera en sentencia del 19 de agosto de 2009, Exp. 25000-23-26-000-2003-01663-01(AP), C.P: Enrique Gil Botero: “las situaciones de desprotección que se presentan no pueden solucionarse teniendo como recurso la clásica categoría de derecho subjetivo, ésta se torna vetusta y no da cabida a respuestas novedosas en las que lo importante no es demostrar un interés directo en las resultas de un proceso judicial sino en constituirse en representante de un grupo o colectividad. La subjetividad se replantea, el requisito de legitimación procesal da paso a una intervención sustentada en el principio de Estado democrático. La protección de derechos colectivos se soporta en un concepto amplio de ciudadano, ciudadano que no se ve de forma apartada sino como un elemento más del grupo; por tanto, su individualidad es trascendente para el derecho cuando es compatible con mecanismos procesales encaminados a proteger bienes no susceptibles de apropiación.”

[45] *Ibídem*.

[46] Auto 025A de 2012.

[47] *Ibídem*. Adicionalmente ver Autos 269 de 2001 y 051 de 2002.

[48] Sentencia T - 1164 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[49] Consultar, entre otras las sentencias SU-1219/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. S.V: Clara Inés Vargas Hernández , T-021/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-192/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynett., T-217/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-354/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-432/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-623/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-200/03. M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-1028/03 y T-1164/03, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra,, T-502/03 M.P. Jaime Araujo Rentería,. T-536/04, T-582/04 y T-368/05 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-944/05 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-059/06 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[50] Sentencia T-104 de 2007.

[51] SU-1219 de 2001.

[52] Ver, Autos 025A de 2012, 123 de 2009, 141 de 2008, 051 de 2002, 269 de 2001 y 027 de 1995. Sentencia T-247 de 1997.

[53] Al respecto ha manifestado la jurisprudencia de la Corte que: el incidente de nulidad se proponga de manera oportuna, esto es, dentro de los tres (3) días contados a partir de la notificación de la sentencia. Si la nulidad tiene origen en un vicio anterior al fallo “sólo podrá ser alegada antes de proferido el fallo” (Art. 49 Decreto 2067 de 1991); de lo contrario, quienes hayan intervenido durante el trámite de la acción pierden, a partir de ese momento, toda legitimidad para invocarla. De la misma forma, vencido en silencio el término de ejecutoria cualquier eventual nulidad queda automáticamente saneada.

[54] Folio No. 162, Cuaderno Primero.

[55] Autos 063 de 2010, 059 de 2010, 074 de 2010, 009 de 2010, 016 de 2010 y 026, entre otros.

Sobre el plazo para interponer la solicitud de nulidad de una decisión proferida por la Corte Constitucional se afirma en el auto 163A de 2003: “El artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 señala: ‘Dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato’. La Sala considera que ante la ausencia de norma legal expresa que indique el término dentro del cual se debe proponer o alegar la nulidad de cualquier sentencia proferida por esta Corporación que se origine en la misma, procede hacer uso de la aplicación analógica y aplicar el término de los tres (3) días señalado en el artículo 31 antes citado para proponer cualquier nulidad que se origine en la sentencia, por considerar además que se dan los tres (3) presupuestos básicos para acudir a la aplicación del principio de la analogía, así:

- a) Ausencia de norma que establezca el término procesal dentro del cual ha de presentarse la solicitud de nulidad de las sentencias que profiera la Corte Constitucional.
- b) Se trata de dos (2) situaciones similares en cuanto en los dos (2) eventos se ataca la decisión o sentencia que pone fin a una instancia o actuación; se refieren los dos (2) casos a situaciones de orden procesal dentro de la acción de tutela, y además se trata de actuaciones que se surten con posterioridad a la decisión de una instancia o actuación.
- c) La razón o fundamento de la existencia de un término perentorio para la

presentación del escrito de impugnación del fallo es el bien jurídico fundamental y superior de la seguridad jurídica que motiva a ésta Corporación a establecer un término perentorio para la presentación de la solicitud de nulidad, como es, el determinar en forma clara y precisa la oportunidad para el ejercicio de una facultad procesal, en virtud del principio de la preclusión que orienta en forma general la actividad procesal y en aras de salvaguardar valores del derecho como la seguridad jurídica y la justicia.

[56] Página 38: “¿los jueces de acción popular incurrieron, en sus respectivas providencias, en defecto por la aplicación indebida de los precedentes sentados por el Consejo de Estado en el tema del agotamiento de jurisdicción?”

[57] Ver página 38 del fallo.

[58] M. P. Alejandro Martínez Caballero.

[59] “(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente”

T-1317 de 2001 M. P. R Rodrigo Uprimny Yepes

[60] Sentencia C-437 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[61] Mediante autos de 9 de febrero de 2007 y 27 de noviembre de 2008, respectivamente.

[62] Persona natural que, en condición de inversionista, fue demandado dentro de la acción popular con radicado No. 2002-1029 y que, atendiendo a las reglas de procedimiento, actuaba mediante apoderado legalmente constituido.

[63] Mediante auto de 20 de octubre de 2014 proferido por la Sala de Selección número diez.

[64] Persona natural que fue demandado, como persona natural, en el proceso

constitucional popular, en los términos indicados en el pie de página 2.

[65] “Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia, o durante la actuación posterior a ésta si ocurrieron en ella.

...”.

[66] En virtud de lo dispuesto en el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991, “Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional”, esta Corporación admitió desde sus pronunciamientos iniciales la procedencia del incidente de nulidad en trámites adelantados por la Corte, con el objeto de garantizar el derecho al debido proceso (Auto 008 de 1993, MP Jorge Arango Mejía). Con el objeto de garantizar la seguridad jurídica y salvaguardar razonablemente el principio de seguridad jurídica, se construyó una línea jurisprudencial consistente y reiterada que, entre otros aspectos, prevé la procedencia de la solicitud en un término de 3 días, que fue definido en virtud del método de aplicación analógica y tomando para el efecto como referente normativo el artículo 31 del Decreto 2591 de 1993, que establece ese término como el de la ejecutoria de las providencias proferidas por este Tribunal (Auto 22 A de 1998 MP Vladimiro Naranjo Mesa). Finalmente es oportuno destacar, como se analiza en la sentencia de la cual me separo, que ante incidentes de nulidad la Corte debe valorar: requisitos formales y sustanciales. Entre los primeros se encuentran: (i) legitimación en la causa por activa, (ii) oportunidad y (iii) la satisfacción de una carga argumentativa. Los presupuestos materiales se cifran en: (i) cuando una sala de revisión modifica la línea de jurisprudencia construida por la Sala Plena, (ii) cuando la decisión es adoptada violando el principio de mayoría que rige sus actuaciones, (iii) cuando se presenta incongruencia entre las partes motiva y resolutive de la providencia, (iv) cuando se vulnera el derecho al debido proceso por indebida o falta de notificación; (v) cuando se desconoce la existencia de cosa juzgada y (vi) cuando se omite el análisis de aspectos que, violando el debido proceso, tienen incidencia en la decisión. (Al respecto ver, entre muchos otros los Autos A330 de 2016 MP Luis Ernesto Vargas Silva, AV Luis Guillermo Guerrero Pérez y SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; A022 de 2014 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (unánime), A132 de 2015 MP Gloria Stella Ortiz Delgado, AV María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, SV Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.).

[67] La función de revisión concedida a la Corte Constitucional (art. 241 numeral 9 de la CP) tiene, entre otras finalidades, unificar jurisprudencia, recayendo sobre sus decisiones efectos de cosa juzgada, por tanto, solo excepcionalmente se ha permitido volver sobre asuntos que ya han surtido el trámite de tutela. Con el objeto de otorgar certeza y estabilidad, además, la Corte ha considerado que con la decisión de no revisión también se configura el citado fenómeno (ver, entre otros muchos pronunciamientos las sentencias T-208 de 2013, MP Jorge Iván Palacio Palacio, AV Nilson Pinilla Pinilla y T-272 de 2014, MP María Victoria Calle Correa, SP Mauricio González Cuervo).