

NOTA DE RELATORIA: Mediante Auto 132 de fecha 16 de abril del 2015, el cual se anexa en la parte final, se declara la nulidad de la presente providencia y se ordena la remisión del expediente al despacho de la Magistrada Sustanciadora para que proyecte la nueva sentencia, la cual deberá ser adoptada por la Sala Plena de la Corporación.

Sentencia T-274/12

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por cuanto Tribunal vulneró derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia, por tener en cuenta prueba anticipada que se realizó 2 años después de iniciado proceso de acción de grupo

DEFECTO FACTICO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa y positiva

En cuanto a las dimensiones que puede revestir el defecto fáctico, esta Corporación ha precisado que se pueden identificar dos: La primera corresponde a una dimensión negativa que se presenta cuando el juez niega el decreto o la práctica de una prueba o la valora de una manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración y sin una razón valedera considera que no se encuentra probado el hecho o la circunstancia que de la misma deriva clara y objetivamente. En esta dimensión se incluyen las omisiones en la valoración de las pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. La segunda corresponde a una dimensión positiva que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución.

PRUEBA ANTICIPADA CON FINES JUDICIALES-Finalidad

Desde el punto de vista práctico las pruebas anticipadas con fines judiciales se explican por la necesidad de asegurar una prueba que después, al adelantarse el proceso correspondiente y por el transcurso del tiempo y el cambio de los hechos y situaciones, no podría practicarse, o su práctica no arrojaría los mismos resultados, como ocurre por ejemplo cuando una

persona que debe rendir testimonio se encuentra gravemente enferma. Desde el punto de vista constitucional dichas pruebas tienen su fundamento en la garantía de los derechos fundamentales de acceso a la justicia, el debido proceso y el derecho de defensa o contradicción, contemplados en los Arts. 229 y 29 de la Constitución, en cuanto ellos implican, para las partes e intervinientes del proceso, no solamente la facultad de acudir a la jurisprudencia y lograr que se cumpla la plenitud de las formas propias del mismo, sino también la de aducir y pedir la práctica de las pruebas necesarias con el fin de controvertir las de la contraparte y alcanzar la prosperidad de sus pretensiones o defensas, de conformidad con las normas sustanciales.

PRUEBA PERICIAL-Valor probatorio

La prueba pericial tendrá valor probatorio y, por consiguiente, podrá ser apreciada por el juez solamente si corresponde a un acto procesal que fue sometido al principio de contradicción y fue regular y legalmente practicado en el proceso, conforme a las reglas previstas en la ley para el efecto. Dicho de otro modo, si el dictamen pericial no ha sido decretado por un juez, o no ha sido controvertido en el proceso, carece de mérito probatorio y no puede ser valorado judicialmente porque no es una prueba legalmente practicada.

INFORMES TECNICOS-No son medio de prueba autónomo respecto de la prueba pericial

Referencia: expediente T-2972159

Acción de tutela instaurada por la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. EPSA E.S.P., contra las actuaciones y decisiones judiciales adoptadas por el Tribunal Administrativo del Valle Cauca con ocasión en la Acción de Grupo No. 2002-04564-01.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil doce (2012)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Juan Carlos Henao Pérez -quien la preside-, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la

siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo emitido por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de nueve (9) de diciembre de dos mil diez (2010), con ocasión de la acción de tutela promovida por la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. contra el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, a través de apoderada.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

La Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P., instauró acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura con fundamento en los siguientes hechos:

1. La Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá fue construida entre 1950 y 1955 por la sociedad de capital estatal “Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá Ltda.”. Esta sociedad modificó con el tiempo su razón social por la de CHIDRAL S.A. E.S.P. y, la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca C.V.C, se convirtió en accionista de la misma. Posteriormente, a partir de la expedición del Decreto Ley 1275 de 1994, por el cual se reorganizó la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca C.V.C, se creó EPSA S.A. E.S.P. y, se ordenó a la Corporación transferir a la nueva empresa la totalidad del componente eléctrico, con todos sus activos y pasivos, entre ellos las acciones que poseían la Corporación en CHIDRAL S.A. E.S.P., la cual fue absorbida más adelante por EPSA S.A. E.S.P.

1. Entre el 24 de julio y el 26 de agosto de 2001, se realizaron actividades técnicas de mantenimiento en la presa de la central Hidroeléctrica del bajo Anchicayá para asegurar el correcto funcionamiento de la planta y la generación de energía destinada al servicio público de toda la Región. Con ocasión de las obras correspondientes, descendió el nivel del

embalse lo cual ocasionó la salida de considerables volúmenes de agua y sedimentos que, a juicio de los demandantes en acción de grupo, terminaron afectando a los habitantes de las comunidades aledañas al Río Anchicayá.

1. Es así como, en ejercicio de la Acción de Grupo instaurada el 1º de octubre de 2002, se demandó a la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. -en adelante EPSA-, a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca y al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, con el fin de obtener el pago de perjuicios derivados del vertimiento de sedimentos por parte de EPSA.

1. El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura, mediante sentencia del 20 de mayo de 2009, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda de Acción de Grupo al disponer:

“QUINTO: Declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P, por los perjuicios ocasionados al grupo accionante, generados por el vertimiento de sedimentos en la cuenca del río Anchicayá, durante los días comprendidos entre el 23 de julio y 24 de agosto de 2001, en una proporción del 80% de las indemnizaciones.

SEXTA: La Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca C.V.C. debe responder con la indemnización de perjuicios ocasionados a los afectados en proporción de un 20% sobre el valor total de las indemnizaciones.

SÉPTIMO: Condenar a la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. y a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca C.V.C a pagar en la proporción señalada, por concepto de perjuicios materiales a favor de los accionantes, una indemnización colectiva que asciende a CIENTO SESENTA Y NUEVE MIL CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$169.054.678.044) PESOS M/CTE...

OCTAVO: El representante legal principal de la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P presentará públicamente excusas a la comunidad afectada, por los hechos acaecidos entre el

23 de julio y el 24 de agosto de 2001 en el Río Anchicayá, relacionados con el vertimiento de sedimentos en la cuenca del citado río.

DÉCIMO: Negar las demás pretensiones de la demanda. ”

1. En segunda instancia, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante providencia del 07 de septiembre de 2009, modificó el numeral SÉPTIMO de la sentencia de 20 de mayo de 2009, así:

“SEPTIMO.-CONDENAR a la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. y a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca C.V.C., a pagar en la proporción señalada, por concepto de perjuicios materiales a favor de las personas que integran el grupo afectado, una indemnización colectiva que asciende a la suma de CIENTO SESENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS VEINTITRES PESOS M/CTE (\$166.945.944.823) suma que se pagará en la forma y términos señalados en la parte motiva de esta providencia.

El monto de la indemnización colectiva será entregado al Fondo para la Defensa de los derechos e Intereses Colectivos, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. Será administrado por el Defensor del Pueblo, quien también estará a cargo de pagar las indemnizaciones individuales de los grupos presentes y ausentes del proceso. ‘Todas las solicitudes presentadas oportunamente se tramitarán y decidirán conjuntamente mediante acto administrativo en el cual se reconocerá el pago de la indemnización, previa comprobación de los requisitos exigidos en la sentencia para demostrar que forma parte del grupo en cuyo favor se decretó la condena.’”

2. Fundamentos de la solicitud de tutela

Mediante la presente acción de tutela se invoca la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, los cuales se consideran conculcados por indebida aplicación del régimen probatorio, pues a juicio de la Empresa actora:

2.1 Se valoró el perjuicio de la acción de grupo a partir de una prueba inconducente que fue

aportada contraviniendo la ley, pero que pese a ello se convirtió en el fundamento del informe pericial que tasó el monto del daño, lo cual se explica de la siguiente manera:

2.1.1 La vía de hecho en materia probatoria se funda entonces, a juicio de la Empresa actora, en que la demanda de acción de grupo fue radicada el 1º de octubre de 2002 y, pese a ello, el demandante en sede de acción de grupo solicitó al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura la práctica de una prueba “anticipada” consistente en un informe practicado por la Secretaría de Agricultura y Pesca del Valle del Cauca, el 24 de agosto de 2004, esto es, casi dos años después de iniciada la acción de grupo. Esta prueba fue, en su entender, incorporada de forma irregular en el expediente de acción de grupo.

2.1.2 Señala la actora que el requisito sine qua non para que una prueba pueda ser considerada como anticipada es, precisamente, que ella se produzca con anterioridad a que se dé inició al proceso judicial y no de manera simultánea a éste y en procesos separados. Fue esa la razón que llevó al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura a dar por terminado el trámite de esa prueba mediante auto de 28 de noviembre de 2003. Sin embargo, el demandante solicitó que se continuara con su recaudo con el argumento de que dicha prueba no iba a ser aportada al proceso que se adelantaba en ejercicio de la acción de grupo sino a una posterior acción popular, de forma que la prueba siguió surtiéndose con la clara advertencia de que ella sólo podría usarse en futuros procesos.

2.1.3 Recuerda el actor, que en los términos del inciso 3 del artículo 183 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa de la Ley 472 de 1998, las pruebas anticipadas que se pretendan hacer valer en un proceso deben ser aportadas con la demanda o con la contestación de la demanda y su admisibilidad debe ser valorada por el juez cuando decida las que pidan las partes en el proceso, prueba que para ese momento no existía.

Es así como, pese a que en su sentencia de 7 de septiembre de 2009, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, indicó que la prueba anticipada no podía ser tenida en cuenta ya que fue ilegalmente aportada al proceso y en contradicción con el artículo 174 del C. de P.C. -dictamen rendido por la Secretaría de Agricultura y Pesca del Valle del Cauca de 1 de abril de 2003 y 24 de agosto de 2004 a cargo del Ingeniero Agrónomo Manuel Antonio Soto-, más adelante la relacionó como informe a tener en cuenta, toda vez que a su parecer

se trató de una prueba solicitada por el demandante y decretada en el auto de pruebas, en el cual se solicitó la documentación relacionada con la contaminación del río Anchicayá que tuviera la Secretaria de Agricultura y Pesca del Valle del Cauca y la UMATA -informe que no es otro que el producto de la prueba anticipada-, de forma que éstos se convirtieron en el fundamento del Dictamen Pericial que sí se practicó dentro de la acción de grupo, a partir de los cuales se calculó el monto del perjuicio y, por esa vía se sustentó la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

2.2 Adicionalmente, estimó el actor que la prueba pericial ordenada dentro del proceso no fue idónea, en la medida que los informes que sirvieron de base para el cálculo de los perjuicios fueron el producto de una visita realizada por el Ingeniero Agrónomo de la Secretaría de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle, durante dos días a fincas escogidas al azar por éste, en la cual se realizaron una serie de preguntas subjetivas a sus habitantes, sin que los informes estuviesen precedidos de sustento técnico o científico, desconociendo que los mismos debieron practicarse por especialistas obligados a realizar pruebas técnicas y proyecciones económicas como soporte de sus conclusiones. En ese orden, no se allegaron estudios hidráulicos, biológicos, de comportamiento del río, de los sedimentos, conceptos de profesionales médicos o estudios químicos del suelo, entre otros, lo cual significa que el resultado multimillonario de la valoración del daño surgió de las observaciones generales de éste funcionario y de su experiencia, así como de encuestas realizadas a los beneficiarios de la acción de grupo, lo cual constituye un defecto fáctico.

2.3 Igualmente, encuentra la actora como defecto fáctico, el hecho de que la perito contadora no efectuó de manera directa la valoración de los perjuicios materiales, sino que como ella misma lo afirma, estableció como perjuicios aquellos propuestos individualmente por los demandados a partir de la prueba indebidamente recaudada.

En términos generales, sostiene la Empresa actora, que tanto el daño como los perjuicios deben probarse mediante medios adecuados que conduzcan a establecerlo. En consecuencia, se omitió el deber de analizar integralmente la prueba y aplicar las reglas de la sana crítica. Entre los medios de prueba desconocidos enumera: i. el Acta levantada por la Fiscalía 37 de Buenaventura los días 12 y 13 de febrero de 2003 -antes de las visitas del ingeniero agrónomo Manuel Soto- realizada a propósito del proceso penal iniciado contra EPSA en el cual se da cuenta de que el nivel de las aguas no alcanzó más de tres metros y no

se apreciaron cambios en el ecosistema del lugar; ii. La declaración realizada por el Director de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca C.V.C. , por la cual da cuenta de que no se puede afirmar que el proceso de sedimentación se deba únicamente a la descarga del embalse, como tampoco existe línea de base para realizar una comparación que permita establecer los daños causados por las descargas; iii. La declaración de Helbert Reyes Lozano del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, según la cual se trató de una afectación temporal del cauce con la probabilidad de recuperación a mediano y largo plazo, señalando que en todo caso hubo recuperación del ecosistema y, según sus informes, el Río Anchicayá logró recuperarse en el término de un año. Por lo anterior, no es posible establecer perjuicios del orden de la condena realizada a EPSA.

2.4 Se alega también la vulneración al derecho al debido proceso por omisión del traslado para alegar en el trámite de la apelación de la sentencia de primera instancia. Ello por cuanto la Ley 472 de 1998, remite al Código de Procedimiento Civil, artículo 360, según el cual el derecho a la defensa no se agota con la sustentación sino con el derecho de presentar alegatos. El Tribunal Contencioso del Valle del Cauca consideró que podía abstenerse de correr traslado para alegar, con lo cual vulneró el derecho de defensa.

2.5 Adicionalmente, considera la parte actora que se vulneró el derecho al debido proceso por trato desigual en el trámite de las solicitudes de anulación y por omisión en el deber de decidir. Así, el Tribunal decidió ignorar el recurso de nulidad interpuesto para decidir en la sentencia o simplemente se abstuvo de adoptar decisión. Indica que, en cambio, el apoderado de una de las comunidades presuntamente afectadas presentó incidente de nulidad, frente a lo cual el Tribunal rechazó el incidente y concedió el recurso de apelación en el efecto devolutivo. Por su parte, las nulidades presentadas por EPSA por: i. no haber corrido traslado para alegar; ii. no haberse resuelto ni tramitado solicitud de nulidad presentada por pruebas ilegalmente allegadas al proceso, iii. no haber corrido traslado de las pruebas practicadas en segunda instancia y, iv. por ordenar el pago de una indemnización que ya se pagó, fueron negadas y no se concedió el recurso de apelación.

2.6 Finalmente, señala que se vulnera el debido proceso por ignorar el Tribunal que existía una condena pagada por la misma causa, en la medida que la comunidad acudió a un trámite administrativo de reparación ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

3. Peticiones

En consecuencia, la parte actora solicitó lo siguiente:

3.1 “...Como consecuencia del otorgamiento del amparo, y como medida provisional ordenar la suspensión de los efectos de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y, por tanto, el adelanto de cualquier actuación encaminada a su ejecución, hasta tanto se decida, bien por esta vía, bien por la vía de la Revisión eventual o bien por la Revisión la (sic) extraordinaria, sobre la anulación o modificación de ésta.”

3.2 “En caso de declarar la prosperidad de la medida provisional de suspensión, remitir copia del presente memorial y de las pruebas que se anexan, a la Sección 3ª del Consejo de Estado a quien corresponde decidir sobre la revisión eventual, en la medida en que los documentos que se ponen a disposición del Tribunal, si bien obran en el expediente, se han ordenado para facilitar a los jueces el estudio y análisis, de las actuaciones que ameritan la escogencia del caso para la citada revisión...”.

3.3 “En caso de encontrarlo procedente, anular la sentencia proferida en desarrollo de la Acción de Grupo instaurada contra mi representada y otros por (sic) Consejo Comunitario de la Comunidad Negra del Rio Anchicayá y otros, (Proceso No. 2002-04584-01 del Tribunal del Valle del Cauca).”

3.4 “En subsidio de la petición tercera proferir las ordenes (sic) u ordenar las pruebas que resulten pertinentes para modificar la sentencia, teniendo en cuenta que el Tribunal del Valle que tuvo la oportunidad de corregir las falencias del fallo de primera instancia, optó por ignorarlas y agravó su situación, al negarle el ejercicio de los derechos fundamentales enunciados”.

3.5 “Dar traslado a la Procuraduría General de la Nación con el fin de que acompañe toda esta actuación, como la de la selección para revisión eventual y, de encontrarlo útil poner en conocimiento de (sic) Defensoría del Pueblo, la demanda mediante la cual se instaura la presente acción.”

4. Intervención de la parte demandada

4.1 Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Buenaventura - Valle del Cauca

Mediante oficio de 9 de abril de 2010, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Buenaventura, afirmó que al momento de la expedición del fallo de primera instancia, se pudo determinar luego de la revisión de 36 cuadernos que conforman el expediente, que la entidad accionante en tutela fue responsable del daño ambiental causado a la comunidad ribereña del Río Anchicayá, decisión que se fundó en todo el acervo probatorio aportado y practicado durante el curso del proceso. La Empresa de Energía hizo uso de todas las herramientas procesales para mostrar su inconformidad con varias de las actuaciones de instancia con lo cual se garantizó su derecho al debido proceso, en especial contra el dictamen pericial respecto del cual alegó error grave e interpuso además recurso de apelación, respectivamente.

Indica además que todo el proceso estuvo acompañado por el Ministerio Público, quien no recurrió la decisión de primera instancia sino por el contrario, ponderó el trabajo realizado en esta instancia y lo remitió a la ciudad de Bogotá para ser conocido por el Procurador Delegado ante el Consejo de Estado. Por lo anterior, se reafirma en su fallo y solicita declarar improcedente la tutela instaurada por la Empresa de Energía del Pacífico.

4.2 Germán Ospina Muñoz en calidad de representante del Consejo Comunitario Mayor de la Comunidad Negra del Río Anchicayá

Considera el apoderado del Consejo Comunitario que no resulta aceptable que la Empresa de Energía del Pacífico alegue la existencia de un perjuicio irremediable fundada en que no tendría cómo pagar el perjuicio, más aún cuando fue responsable de causar graves daños a la comunidad.

Afirma además que ni EPSA ni la CVC han cancelado a las comunidades, a través de la Defensoría, la suma de dinero a la cual fueron condenadas. Tampoco el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca ha entregado la primera copia de la sentencia por la cual se ordenó la indemnización en orden a iniciar la correspondiente acción ejecutiva, con el argumento de que se encuentra pendiente la revisión de la sentencia ante el Consejo de Estado. Posición que no comparte en tanto la revisión no es una tercera instancia sino un mecanismo dirigido a unificar jurisprudencia. Por tanto, no existe perjuicio irremediable en

razón a que no habrá pago porque es jurídicamente imposible cobrar la suma señalada como indemnización sin la copia de la sentencia, por lo cual no es cierto que la actora en sede de tutela esté en riesgo de ver afectado su patrimonio.

Considera además, que no existe argumento dentro de la tutela para atacar actuaciones como las pruebas y demás actuaciones válidamente realizadas dentro del proceso, las cuales se practicaron respetando el debido proceso, la sana crítica y los demás derechos fundamentales.

Otro aspecto que estima relevante el apoderado de la Comunidad es que la tutela es un mecanismo subsidiario, solamente procede cuando no exista otro mecanismo jurídico para controvertir el acto y, en el presente caso, sí existe otro mecanismo de defensa como es la revisión eventual que cursa en el Consejo de Estado, el cual es ágil y expedito, de forma que la sentencia que se demanda en tutela no ha agotado todos los recursos judiciales.

Considera que los informes remitidos por la Gobernación del Valle fueron debidamente decretados por el mismo Consejo de Estado, mediante providencia del 9 de junio de 2005, por la cual se accedió a ordenar a la Secretaría de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle del Cauca y de la UMATA de Buenaventura su remisión, a fin de determinar el perjuicio agrícola y pesquero sufrido por los habitantes de la región. Una vez estos informes se presentaron al proceso, no como prueba anticipada, la EPSA utilizó los recursos jurídicos a su alcance. Es así como, frente al dictamen pericial de la Contadora Rita I. Góngora y los citados informes que formaron parte de él, se alegó error grave, pero por la irregularidad en el aporte de la prueba y no por motivos de fondo dirigidos a dejar sin piso los informes. Además, presentaron sus alegatos con fundamento en las mismas presuntas irregularidades de forma. Finalmente, interpusieron incidente de nulidad contra el fallo de segunda instancia nuevamente alegando el mismo defecto de forma, de suerte que el Tribunal no aceptó dichos argumentos tantas veces derrotado y procedió a despacharla en forma negativa y en la actualidad cursa el recurso extraordinario de revisión ante el Consejo de Estado.

Por todo lo expuesto, solicita el Juez negar la tutela interpuesta.

4.3 Tribunal Administrativo del Valle del Cauca

Mediante el Oficio 471 de 16 de febrero de 2010, se notificó al Tribunal Administrativo del

Valle del Cauca de la demanda de tutela interpuesta por la Empresa de Energía del Pacífico y, se le otorgó un plazo de dos (2) días para intervenir, sin que hasta la fecha hubiese presentado escrito alguno. (Ver Folio 67 Cuaderno de Tutela Consejo de Estado).

5.1 Mediante Auto de veintinueve (29) de junio de 2011, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional ordenó la suspensión de términos del trámite de revisión, así como la práctica de las siguientes pruebas: 1. Remisión del expediente correspondiente a la Acción de Grupo radicada con el número 76-001-23-31-000-2002-04584-01 de la referencia. 2. Certificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la cual se estableciera si la acción de grupo fue objeto de selección para revisión. Igualmente, se ordenó vincular a través de un medio escrito de comunicación de amplia difusión en el Departamento del Valle a todos los grupos y personas interesadas en la presente tutela, a fin de garantizar su derecho de defensa.

Por auto de 13 de julio de 2010, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca manifestó su imposibilidad de remitir el expediente en razón a que éste se envió al Consejo de Estado el 16 de diciembre de 2009, con el fin de surtir el trámite de eventual revisión de que trata el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

De otro lado, según Auto de 12 de julio de 2011, de la Secretaría General del Consejo de Estado, la sentencia de acción de grupo para eventual revisión fue incluida para estudio en Salas de 9 de febrero y 29 de junio de 2011, sin que a esa fecha se hubiese logrado evacuar el expediente, por lo cual no existe definición en tal sentido.

La comunicación dirigida a todos los interesados con el fin de hacer posible el ejercicio de su derecho de defensa se publicó en el Diario El País de Cali, el día viernes 8 de julio de 2011. (Ver folio 209 del cuaderno principal de la Corte Constitucional)

5.2 Por Auto de 25 de enero de 2012, se ordenó como medida cautelar suspender la orden de pago contenida en la Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca de 7 de septiembre de 2009, proferida dentro de la Acción de Grupo 2002-04584-01.

5.3 La parte demandante allegó copia del proceso No. 2002-04584-01 en tres cuadernos así: i. Cuaderno 1 del folio 1 al 454. ii Cuaderno 2 del Folio 455 al 1017. iii. Cuaderno 3 del Folio 1018 al 1400.

6. Sentencias objeto de revisión

Son objeto de revisión en sede de tutela:

6.1 Sentencia de 20 de mayo de 2010, proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante la cual se decidió RECHAZAR por improcedente el amparo propuesto, por las siguientes razones: 1. No se cumplió con el requisito jurisprudencial que exige que la sentencia se halle ejecutoriada, puesto que el juez de tutela no puede ocuparse de un asunto que está siendo objeto de estudio por parte del juez ordinario, en razón a que éste no puede ser reemplazado por el juez constitucional. 2. Aunque la tutela puede interponerse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, se impone que el perjuicio sea: i. inminente -que pueda suceder prontamente-, ii. grave, iii, las medidas que se requieran sean urgentes y iv, que la acción de tutela sea impostergable para garantizar el orden social justo en toda su integridad. Teniendo en cuenta lo anterior consideró que en el caso concreto no se demostró la existencia de un perjuicio que cumpliera con tales características, máxime cuando se advirtió que dentro del proceso de acción de grupo el actor hizo valer sus derechos, inclusive objetando por error grave el dictamen pericial sobre los perjuicios ocasionados al grupo accionante; presentando recurso de apelación al fallo de primera instancia, cuatro (4) nulidades y una solicitud de aclaración propuestas contra la sentencia de segunda instancia.

6.2 Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 9 de diciembre de 2010, por la cual se confirmó la decisión de negar la tutela impetrada por la Empresa de Energía del Pacífico, al estimar que resultaba improcedente la tutela para cuestionar decisiones de los jueces o de cualquier otra autoridad judicial.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Dos, mediante auto del 25 de febrero de dos mil once (2011), dispuso aceptar su revisión por la Corte Constitucional.

Competencia

1. Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en las demás disposiciones pertinentes.

Problema jurídico

2. Corresponde a la Sala Tercera de Revisión establecer si se estructura un defecto fáctico capaz de vulnerar los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P., en el trámite del proceso de Acción de Grupo instaurado por el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra del Río Anchicayá y otros, a partir de los fallos proferidos por el Juzgado Administrativo del Circuito de Buenaventura el 20 de mayo de 2009 y por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca el 7 de septiembre de 2009, al permitir que como fundamento esencial del dictamen pericial por el cual se estableció el monto del daño objeto de la acción de grupo, se incorporara un informe técnico practicado a título de prueba anticipada en otra instancia judicial simultánea a la acción de grupo, el cual a juicio del actor además de que fue indebidamente incorporada al proceso, carecía de fundamento objetivo de valoración.

3. Para el efecto, la Sala Tercera de Revisión estudiará: (i) la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración. (ii) Verificación de los requisitos genéricos de procedibilidad de la acción de tutela en el caso concreto, en punto a verificar si estos presupuestos aplican al caso, especialmente el requisito de subsidiaridad al tratarse de una acción de grupo que se encuentra pendiente de selección para revisión ante el Consejo de Estado. (iii) Se revisará en términos generales en qué consiste el defecto fáctico. Reiteración. (iv) Se establecerá cuál es el alcance de la prueba anticipada, cómo y en qué oportunidad se ejerce el derecho de contradicción y cuál es el procedimiento para incorporar dicha prueba al proceso de destino. (v) De igual forma se analizará el alcance y características del dictamen pericial y de los informes técnicos. (vi) Finalmente se resolverá el caso concreto.

Consideraciones

Procedencia de la Acción de Tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia

4. Conforme al precepto contenido en el artículo 86 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha desarrollado una amplia doctrina acerca de la procedencia de la acción de tutela contra las providencias expedidas por las autoridades judiciales. En un comienzo, esta atribución encontró fundamento en los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991. No obstante, aunque dichas disposiciones fueron declaradas inexequibles mediante la sentencia C-543 de 1992, por considerar que valores como la seguridad jurídica y la cosa juzgada eran relevantes en nuestro sistema normativo en tanto justificaban la intangibilidad de las decisiones judiciales, se previno que ciertos actos no gozaban de tales cualidades y que, por tanto, frente a actuaciones de hecho, la acción de tutela sí resultaba procedente para proteger los derechos fundamentales.

5. Frente al caso materia de tutela, la Corte ha sido positiva en afirmar que la acción de tutela procede, a pesar de su carácter subsidiario, contra providencias judiciales en las cuales se vislumbra vulneración a los derechos fundamentales. En ese orden, la Corte ha registrado una importante evolución de su jurisprudencia a partir de la citada sentencia C-543 de 1992, de manera que sentencias como la T-079 de 1993 y T-158 de 1993 precisaron un conjunto de defectos que podrían llegar a justificar el amparo de derechos fundamentales de aquellos ciudadanos que acuden a la Administración de Justicia para la solución de sus conflictos, como la ausencia de fundamento objetivo de la decisión judicial o que el juez profiriera la providencia arrogándose prerrogativas no previstas en la ley.

6. En esa dirección, la Sentencia T-231 de 1994 trazó pautas orientadas a delimitar el enunciado “vía de hecho” respecto de providencias judiciales, para lo cual señaló los siguientes vicios que harían viable la acción de tutela contra aquellas: (1) defecto sustantivo; (2) defecto fáctico; (3) defecto orgánico; ó (4) defecto procedimental; doctrina constitucional que se ha precisado y reiterado en varias providencias de unificación proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las sentencias SU-1184 de 2001 y SU-159 de 2002.

7. Esa misma evolución jurisprudencial ha propiciado que la Corte revalúe el concepto de vía de hecho declarado como el acto absolutamente caprichoso y arbitrario² que interesa al juez constitucional y, en su lugar, prefiera el enunciado de “causales genéricas de procedibilidad de la acción”³ con el fin de “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 (Sentencia T-462 de 2003)”4.

8. Cuota importante en la mencionada evolución jurisprudencial la aportó la Sentencia C-590 de 2005, por la cual se fortalecieron los precedentes jurisprudenciales proferidos hasta esa fecha, en tanto fueron reproducidos por un fallo de constitucionalidad con efectos erga omnes, en el cual a propósito de la Ley 906 de 2004 -Código de Procedimiento Penal-, la Corte estableció que una cosa es que el legislador no permita la utilización de recursos contra las sentencias que resuelvan el recurso extraordinario de casación en materia penal, en desarrollo de su libertad de configuración y, otra muy distinta, que excluya la procedencia de la acción de tutela prevista en el artículo 86 constitucional para la protección de los derechos fundamentales contra toda acción u omisión de cualquier autoridad pública.

En esta sentencia, se advirtió expresamente que la acción de tutela contra fallos judiciales sólo procedía cuando se cumplían ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos distinguió unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan la procedencia misma del amparo, una vez interpuesta.

Entre los requisitos generales, la sentencia acopió y definió los siguientes:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional⁵. (...)’.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable⁶.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración⁷.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora⁸. 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. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible⁹.

f. Que no se trate de sentencias de tutela¹⁰. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”

9. De la misma forma, el fallo enlistó varias causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, entre ellas:

“25. Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

“b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

“c. 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.

“d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales¹¹ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

“e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

“f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

“g. 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 vulnerado¹².

“h. Violación directa de la Constitución.

“Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.” (Resaltado fuera de texto)

10. Precisado el marco conceptual de la acción de tutela contra providencias judiciales, pasa la Corte a examinar si en el presente caso se configuran los requisitos genéricos que autorizan el estudio por vía de tutela de las providencias judiciales proferidas por el Juzgado Administrativo de Buenaventura y el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en desarrollo de la acción de grupo No. 2002-04584-01.

Verificación de los requisitos genéricos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales en el caso concreto

11. Pasa la Sala a examinar si en el presente caso se configuran los requisitos generales de

procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Respecto de estos requisitos, es claro que la acción de tutela instaurada: (i) no ataca un fallo de tutela; (ii) se han identificado de manera concreta los hechos que a juicio del actor quebrantan sus derechos, esto es, la incorporación indebida de una prueba al proceso de acción de grupo a partir de la cual se estableció el monto de los perjuicios, así como la falta de idoneidad de la prueba pericial ordenada para este fin, aspectos que considera defectos fácticos que habilitan la acción de tutela; (iii) se cumple con la invocación del derecho fundamental violado, que en este caso se concreta en el debido proceso y en el acceso a la Administración de Justicia, asunto que tiene la relevancia constitucional requerida para que resulte procedente la acción de tutela contra providencias judiciales; iv) se cumple con el requisito de inmediatez en consideración a que la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que es objeto de la presente acción de tutela, se profirió 7 de septiembre de 2009 y la acción fue interpuesta el 8 de febrero de 2010, esto es, dentro del término razonable estimado por la Corte Constitucional en su jurisprudencia para su procedencia, de manera que la tensión que existe entre el derecho a cuestionar las decisiones judiciales mediante la acción de tutela y el derecho a la firmeza de las sentencias y a la seguridad jurídica sea resuelto dentro de un plazo proporcionado¹³.

12. Ahora bien, frente al requisito de subsidiaridad, encuentra la Sala que de conformidad con el inciso 4 del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela “Solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. En el mismo sentido, el numeral 1º del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, dispuso: “La acción de tutela no procederá (...) Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.”

En virtud de las disposiciones indicadas, esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela se funda en el principio de subsidiariedad. Es decir, por regla general, la acción de tutela sólo procede cuando el accionante haya agotado oportunamente todos y cada uno de los recursos o medios de defensa judicial previstos por el legislador para obtener la protección de los derechos presuntamente vulnerados.

En el presente asunto, los jueces constitucionales de primera y segunda instancia rechazaron el amparo solicitado por vía de tutela, en razón a que frente a la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca no se ha agotado la posibilidad de revisión eventual de la acción de grupo por parte del Consejo del Estado. Sobre el punto se verifica que el Consejo de Estado en providencia del veintiocho (28) de marzo de dos mil doce (2012) seleccionó para revisión eventual la sentencia del siete (7) de septiembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Si se tiene en cuenta que, precisamente, corresponde al juez constitucional valorar los medios de defensa y evaluarlos "... en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.", la Sala advierte que aunque en efecto existe la posibilidad de revisión ante al Consejo de Estado, el retardo en su materialización lo convierte en un mecanismo que a la fecha no ofrece la idoneidad necesaria para resolver la posible vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia y cuya indefinición genera incertidumbre frente a una orden de pago que tiene la potencialidad de afectar el erario. Ello si se tiene en cuenta que han transcurrido dos (2) años sin que se haya definido por parte del Consejo de Estado la selección para revisión de la citada acción de grupo.

Este argumento se encuentra suficiente para revisar en sede de tutela si el juez de la acción de grupo cumplió con el deber positivo que asiste a todas las autoridades públicas y, especialmente, a las autoridades judiciales, de preservar los derechos fundamentales como núcleo esencial de la Constitución Política. Basta recordar que la realización del interés general sólo puede ser efectiva a partir de la preservación de los derechos fundamentales, razón de sobra para insistir en preservar el equilibrio y proporción entre la protección del interés del grupo y la del derecho fundamental.

13. Adicionalmente, se debe recordar que es posición reiterada de esta Corporación, que aun en el evento en el cual esté pendiente la posible revisión por parte del Consejo de Estado de una acción popular o de grupo, tal situación no excluye la procedencia de la acción de tutela por causa de la posible afectación de derechos fundamentales. Así, en cuanto hace relación a la acción popular y a la acción de grupo, la sentencia C-713 de 2008 por la cual se revisó la constitucionalidad del inciso primero del artículo 11 del entonces proyecto de la Ley 1285 de 2009, mediante la cual se reguló el trámite de revisión de estas acciones, señaló:

“[...] 10.- Finalmente, en cuanto al inciso primero del artículo 11 del proyecto, la Corte debe condicionar la exequibilidad de la norma, en el entendido de que en ningún caso se impide interponer la acción de tutela contra la sentencia objeto de revisión, la decisión de no selección o la decisión que resuelva definitivamente la revisión, cuando de manera excepcional se configuren los requisitos exigidos por la jurisprudencia para tal fin.

En lo concerniente a la procedencia de la tutela es preciso recordar que ejercen jurisdicción constitucional los jueces y corporaciones que deban resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de derechos constitucionales (art. 43 LEAJ). Todos hacen parte de la denominada Jurisdicción Constitucional en sede de tutela, ‘quienes a su vez ‘son jerárquicamente inferiores a la Corte Constitucional’¹⁴, por cuanto dicho Tribunal actúa como órgano límite o de cierre de esa jurisdicción, a través de la revisión de las decisiones judiciales que por la vía del amparo se profieran.

En este aspecto tienen cabida los argumentos reseñados al analizar los artículos 4º y 7º del proyecto, relativos a la procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales, fundamentos a los cuales la Corte hace remisión expresa y directa [...]” (Resaltado subrayado fuera de texto)

14. En esos términos, la Corte ha sido reiterativa en el sentido de afirmar que cuando unos determinados hechos puedan dar lugar a una acción de tutela o a otra acción constitucional, la tutela será de todas formas procedente. Así, por ejemplo, en el campo de los servicios públicos domiciliarios se ha afirmado que “la acción de tutela dirigida a obtener obras de alcantarillado no es improcedente por la existencia de otros medios de defensa judicial como las acciones populares, cuando se demuestra que existe una violación o amenaza directa al derecho fundamental de la persona que interpone la tutela y que esta situación tenga una relación de causalidad directa con la omisión de la administración que afecte el interés de la comunidad, dado que en estos casos se genera una unidad de defensa, que obedece al principio de economía procesal y al de prevalencia de la acción de tutela sobre las acciones populares”¹⁵.

15. Como se observa, esta posición jurisprudencial resulta acertada en la medida en que resuelve un problema sistémico del contencioso constitucional, esto es, aquel que se presenta cuando teóricamente caben acciones diversas para la protección de una misma o

de diferentes situaciones jurídicas. Sin querer llegar al extremo de afirmar que la acción de tutela excluye en estas hipótesis la acción de grupo, lo claro es que la jurisprudencia ha establecido que por unidad de defensa, por economía procesal y por prevalencia de la acción de tutela, ésta prima sobre aquella.

Esta Corte ya se ha pronunciado sobre la materialización de tal facultad. Así, mediante Sentencia T-391 de 2007, se anuló parcialmente un fallo de acción popular proferido por el Consejo de Estado, al verificar que respecto de él se estructuraban causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por cuanto el medio elegido para la protección de los derechos colectivos amparados dentro del proceso de acción popular, promovido por la “Fundación Un Sueño por Colombia” contra el programa “El Mañanero de La Mega”, constituía una vía de hecho sustantiva por violación directa del artículo 20 que garantiza la libertad de expresión. Al respecto, indicó la Corte:

“4.3.4. Es pertinente recordar que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, las acciones populares cuentan con un régimen específico para la protección de los derechos colectivos, y prevalecen sobre la acción de tutela cuando se trata de proteger derechos de esta índole. Sin embargo, también ha explicado esta Corte que la especificidad del régimen de las acciones populares, así como la prevalencia de estas vías procedimentales para la protección de los derechos colectivos, no obstan para que sea procedente la acción de tutela en casos en los que se demuestre que ha existido, en el contexto de la vulneración o amenaza de un derecho colectivo, una afectación de derechos fundamentales específicos. En igual sentido, el carácter especial del régimen de las acciones populares, y la preferencia de estas acciones sobre otras vías procesales para efectos de lograr la protección de derechos colectivos, no obstan para que sea procedente la acción de tutela como medio de protección judicial de derechos fundamentales concretos y específicos que resulten afectados, amenazados o lesionados con motivo de las actuaciones judiciales adelantadas al dar curso y decidir una acción popular. En tanto jueces de la República, los funcionarios jurisdiccionales que conocen de las acciones populares también están sujetos a la primacía de los derechos fundamentales (art. 5, C.P.), por lo cual sus decisiones, en la medida en que constituyan vías de hecho con incidencia sobre derechos fundamentales, están sometidas al control del juez de tutela, sin que se puedan invocar la primacía o especificidad de las acciones populares para efectos de sustraerlas de dicho control –ya que el objeto del control de tutela es preservar los derechos fundamentales, no los derechos

colectivos-. De igual forma, la existencia de un régimen legal y procesal específico para las acciones populares, no obsta para que en materia de interpretación de la Constitución, y en particular de los derechos fundamentales, sea la Corte Constitucional el órgano de cierre, por mandato expreso de la Carta (art. 241, C.P.).” (Resaltado fuera de texto)

Otro caso particular lo constituye la sentencia SU-913 de 2009, por la cual se revisó la sentencia proferida en un proceso de acción popular relativo al concurso de notarios en el país, aún pendiente de revisión en el Consejo de Estado, al estar de por medio el derecho al debido proceso de los concursantes que obtuvieron mayor puntaje y veían conculcados sus derechos por el desconocimiento indebido de puntaje ordenado por la ley.

16. En ese orden, al advertir que en este caso concreto se plantea una posible vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia y que la posible revisión de la acción de grupo respecto de la cual se predicen estas violaciones no garantiza su protección por haber transcurrido dos (2) años sin que se resuelva acerca de su selección, la Sala Tercera de Revisión procederá a verificar las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela respecto de la providencia de 7 de septiembre de 2009 proferida por el Tribunal Contenciosos del Valle del Cauca.

Defecto fáctico. Reiteración

17. La labor del juez de tutela en relación con el defecto fáctico se encuentra estrictamente limitada a aquellos eventos en que, en su actividad probatoria, el funcionario judicial incurre en errores de tal magnitud que, por su evidencia, tornan la decisión judicial en arbitraria e irrazonable. Esto supone que la acción de tutela carece de alcance para realizar un juicio de corrección sobre la valoración probatoria; en cambio, como lo expone la doctrina jurisprudencial, en el defecto fáctico existe “...un juicio de evidencia, en el cual el juez ordinario incurrió en un error indiscutible en el decreto o apreciación de la prueba”. Este error debe guardar una relación intrínseca con el sentido de la decisión judicial, de modo que, de no concurrir ese error manifiesto, la sentencia hubiera adoptado un sentido distinto¹⁶.

18. La jurisprudencia constitucional ha identificado dos formas por medio de las cuales puede manifestarse el defecto fáctico: de manera negativa, es decir, cuando el juez se niega a decretar una prueba o se abstiene de valorar las pruebas allegadas al expediente o lo hace de modo arbitrario¹⁷, no razonable y caprichoso; de forma positiva, cuando el juez aprecia

pruebas que obran en el expediente, las cuales, no ha debido admitir ni valorar por cuanto fueron recaudadas de manera indebida o porque no tiene la vocación de servir de prueba, lo cual implica desconocer el texto constitucional -artículo 29 superior-18.

En otras palabras, se presenta defecto fáctico por omisión cuando el juzgador se abstiene de decretar pruebas. Lo anterior trae como consecuencia “impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido”¹⁹. Existe defecto fáctico por no valoración del acervo probatorio, cuando el juzgador omite considerar pruebas que obran en el expediente bien sea porque “no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente²⁰.” De otro lado, el defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio cuando “el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva²¹”, dando paso en el último caso a un defecto fáctico por no excluir o por valorar una prueba obtenida de manera indebida.

19. En esos términos, la intervención del juez de tutela en relación con el margen de apreciación dado por el juez de conocimiento debe ser extremadamente reducido, por respeto al principio de autonomía judicial y al principio del juez natural, los cuales impiden al juez de tutela realizar un examen exhaustivo del material probatorio y, porque las simples diferencias de valoración en la apreciación de una prueba no constituyen errores fácticos. El juez de conocimiento, frente a interpretaciones diversas y razonables, debe determinar cuál es la que mejor se ajusta al caso concreto. En su labor, el juez no solo es autónomo, sino que sus actuaciones se presumen de buena fe. En consecuencia, el juez de tutela debe partir de la corrección de la decisión judicial, así como de la valoración de las pruebas realizadas por el juez natural.

20. Finalmente, para que la tutela resulte procedente ante un error fáctico, el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y

manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto²².

21. Descendiendo al caso sometido a consideración de la Sala, se recuerda que bajo el entendimiento del actor el peritaje ordenado dentro de la acción de grupo No. 2002-04584-01, se fundó para la estimación del monto de los perjuicios, en un informe indebidamente allegado al proceso al cual se le otorgó la calidad de prueba anticipada. Así, aunque por un lado el Tribunal Contencioso del Valle del Cauca expresamente señaló que no se tendría en cuenta el dictamen practicado por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura con el fin de valorar los perjuicios sufridos por los habitantes de la ribera del Río Anchicayá, que consistió en un informe ordenado a la Secretaría de Agricultura y Pesca del Departamento del Valle del Cauca, por otro, ordenó a la citada Gobernación en el Auto que decretó la práctica de pruebas, allegar el citado informe, pese a que el artículo 183 del Código de Procedimiento Civil señala que si se trata de prueba anticipada, se apreciará como tal la que se presente con la demanda, al contestar las excepciones o la contestación de la misma, de manera que el juez debe resolver sobre su admisión cuando decida la solicitud de las que piden las partes, lo cual no ocurrió en este caso.

22. Es así como, antes de abordar el caso concreto, la Sala se referirá en términos generales a lo que se entiende por prueba anticipada, así como definirá las características de un dictamen pericial y de un informe técnico en punto a definir las particularidades del caso sometido a su consideración.

La prueba anticipada

23. Los medios de prueba son autorizados por el legislador de manera taxativa o enunciativa y tienen por finalidad crear en el juez certeza sobre la verdad de los hechos que son materia del proceso, para que pueda aplicar el derecho al caso sometido a su decisión. El Código de Procedimiento Civil admite la libertad probatoria al prescribir que sirve como prueba cualquier medio que sea útil para la formación del convencimiento del juez (art. 175), de manera que las pruebas pueden practicarse en el curso del proceso o por fuera de él, caso en el cual se está frente a la prueba anticipada -que puede practicarse con fines judiciales o extrajudiciales-, a la prueba trasladada y a la prueba comisionada, entre otras.

24. Entre los principios que inspiran la estructuración y la interpretación de las normas jurídicas procesales se encuentra el de inmediación, en virtud del cual el juez debe tener de principio a fin una relación directa y sin intermediarios con el proceso, tanto con los demás sujetos del mismo, es decir, las partes y los intervinientes, como con su contenido o materia. Como es lógico, el mismo es aplicable en el ámbito probatorio, en el cual alcanza una importancia especial, que se traduce en la exigencia de que el mismo juez decrete, practique y valore las pruebas y, con base en ello, adopte la decisión del asunto.

El principio de la inmediación contemplado en el Art. 181 del C.P.C., indica que “el juez practicará personalmente todas las pruebas, pero si no lo pudiere hacer por razón del territorio, comisionará a otro para que en la misma forma las practique.

“Es prohibido al juez comisionar para la práctica de pruebas que hayan de producirse en el lugar de su sede, así como para la de inspecciones dentro de su jurisdicción territorial”.
(Subrayado y resaltado fuera de texto)

25. Como puede observarse, la regla general es que el juez ordene y practique las pruebas que sean requeridas dentro del proceso, constituyéndose una excepción el hecho de que por la asignación de la competencia territorial el juez de conocimiento del proceso se encuentre en imposibilidad de practicar las pruebas, caso en el cual debe acudir con tal fin a la institución de la comisión que regula el mismo código. Otras excepciones al principio de inmediación se encuentran en: i. La prueba trasladada prevista en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, según la cual las pruebas válidamente practicadas en otro proceso pueden trasladarse a otro siempre que en el proceso de origen se hubiesen practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, así como en ii. La prueba anticipada antes mencionada, que se practica con anterioridad al proceso en el cual se pretende hacer valer, con el propósito de conservarla o asegurarla en punto a evitar que pierda toda eficacia probatoria.

26. En la sentencia C-830 de 2002, la Corte Constitucional hizo referencia, en los siguientes términos, a las pruebas anticipadas:

“Desde el punto de vista práctico las pruebas anticipadas con fines judiciales se explican por la necesidad de asegurar una prueba que después, al adelantarse el proceso correspondiente y por el transcurso del tiempo y el cambio de los hechos y situaciones, no podría practicarse,

o su práctica no arrojaría los mismos resultados, como ocurre por ejemplo cuando una persona que debe rendir testimonio se encuentra gravemente enferma. Desde el punto de vista constitucional dichas pruebas tienen su fundamento en la garantía de los derechos fundamentales de acceso a la justicia, el debido proceso y el derecho de defensa o contradicción, contemplados en los Arts. 229 y 29 de la Constitución, en cuanto ellos implican, para las partes e intervinientes del proceso, no solamente la facultad de acudir a la jurisdicción y lograr que se cumpla la plenitud de las formas propias del mismo, sino también la de aducir y pedir la práctica de las pruebas necesarias con el fin de controvertir las de la contraparte y alcanzar la prosperidad de sus pretensiones o defensas, de conformidad con las normas sustanciales”.

27. Ahora bien, en la sentencia C-798 de 2003, por la cual se decidió la exequibilidad del inciso tercero del artículo 28 de la Ley 794 de 2003 –que modificó el artículo 300 del C. de P. C., por el cual se señala que con carácter de prueba anticipada, es posible pedir dictamen de peritos, con o sin inspección judicial y, con o sin citación de la parte contraria-, se estableció que para la validez y valoración de estas pruebas debe garantizarse a la contraparte el escenario para controvertirlas bien al momento de su práctica bien dentro del proceso en el cual se pretenda hacerlas valer.

De esta manera, la garantía de contradicción de la prueba se mantiene respecto de la práctica de las pruebas anticipadas, aún si se obtuvieron sin la citación de la futura contraparte, dado que la determinación de la validez y la eficacia de la prueba anticipada en últimas no corresponde al juez que la practica sino al juez que conoce de la controversia en la cual aquellas se pretendan hacer valer. Es decir que, en su momento procesal, la contraparte debe tener la oportunidad para controvertir las pruebas anticipadas dentro del trámite procesal en el cual se pretende su eficacia, lo cual no se opone al derecho de defensa ni al debido proceso que consagra el artículo 29 Superior.

Lo anterior ha sido corroborado por la doctrina al señalar que “... concluye la intervención judicial extraproceso con el agotamiento del trámite, pero sin que haya decisión de fondo [frente a una posible objeción por error grave del dictamen] pues ella queda reservada para el juez que, en un futuro, puede conocer el proceso para el cual se adelantó la práctica de la prueba, y en la sentencia que vaya a dictar dentro del mismo determinará a quién le asiste la razón, pues, además que carece de objeto que el juez que conoció el trámite extraprocesal

declare o no probada la objeción porque esta decisión no vincula para el futuro.”²³

28. Acerca del procedimiento para su práctica, el artículo 301, inciso 1º, del citado código dispone en forma lógica que “las pruebas y la exhibición anticipadas de que trata este capítulo, se sujetarán a las reglas establecidas para la práctica de cada una de ellas en el curso del proceso”.

En el campo del procedimiento civil, algunas de tales pruebas se pueden practicar sin la citación y audiencia de la parte contraria; otras se pueden, o se deben, practicar con ellas. Como consecuencia de lo dicho, el valor demostrativo es distinto, pues en el primer caso constituyen prueba sumaria, es decir, no controvertida, y en el segundo configuran plena prueba.

En los casos particulares del dictamen pericial y la exhibición de documentos, libros de comercio y otras cosas muebles, los artículos 300 y 297 del C.P.C. disponen, respectivamente, que “podrá pedirse dictamen de peritos, con o sin inspección judicial, siempre que se cite para ello a la persona contra quien se pretende hacer valer esa prueba”, y “el que se proponga demandar o tema que se le demande, podrá pedir de su presunta contraparte o de terceros la exhibición de documentos, libros de comercio y cosas muebles, por el procedimiento consagrado en el número 4 del capítulo VIII de este título”.

29. Igualmente, la prueba practicada en forma anticipada, debe incorporarse al proceso al cual se pretende hacer valer, observando las reglas previstas en el artículo 183 del mismo estatuto, esto es, acompañándolas “... a los escritos de demanda o excepciones o a sus respectivas contestaciones, o aquellos en que se promuevan incidentes o se les dé respuesta”, de forma que el juez resuelva sobre su admisión cuando decida la solicitud de las pruebas pedidas por las partes en el proceso o incidente.

30. Adicionalmente, en el campo probatorio rige otro importante principio denominado “unidad de la prueba”, en virtud del cual se considera que todas las pruebas del proceso forman una unidad y por consiguiente el juez debe apreciarlas en conjunto, esto es, en forma integral. La razón de ser del mismo es que la evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la verdad de los hechos y se requiere, además de ella, efectuar la confrontación de tales medios para establecer sus concordancias y divergencias y lograr conclusiones fundadas y claras sobre aquella verdad.

Este principio está previsto en el Art. 187 del C.P.C., en virtud del cual “las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

“El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

Aclarados estos conceptos generales sobre la práctica de pruebas anticipadas pasa la Sala a establecer las particularidades del dictamen pericial y de los informes de carácter técnico.

El dictamen pericial y los informes técnicos

31. Señaló la Sentencia T-417 de 2008 que, aunque la doctrina discute sobre la naturaleza jurídica de la peritación porque una parte de ella la considera un medio de prueba y otra parte sostiene que es un instrumento de apoyo para complementar los conocimientos del juez, lo cierto es que nuestra legislación siempre la ha reconocido como una prueba calificada. En efecto, el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil se refiere a la “prueba pericial” como un medio para verificar hechos que interesan al proceso y que requieran conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Así, entonces, la prueba pericial busca aportar al proceso elementos de juicio ajenos al saber jurídico que se requieren para resolver la controversia jurídica sometida a decisión del juez.

32. De acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, la prueba pericial se caracteriza por: i) expresar conceptos cualificados de expertos en materias científicas, técnicas o artísticas, pero bajo ningún punto sobre aspectos jurídicos (artículo 236, numeral 1º), pues es evidente que el juez no requiere apoyo en la disciplina que le es propia; ii) quien lo emite no expresa hechos, sino conceptos técnicos relevantes en el proceso. En efecto, a los peritos no les consta la situación fáctica que origina la intervención judicial, puesto que, a pesar de que pueden pedir información sobre los hechos sometidos a controversia, su intervención tiene como objetivo emitir juicios especializados que ilustran al juez sobre aspectos que son ajenos a su saber. Esto es precisamente lo que diferencia el dictamen pericial del testimonio técnico, porque mientras en el segundo se han percibido los hechos, el primero resulta ajeno a ellos (artículos 213 y siguientes); iii) es un concepto especializado imparcial, puesto que el hecho de que los peritos están sometidos a las mismas causales de impedimentos y recusaciones que los jueces muestra que deben ser terceros ajenos a la contienda (artículo 235); iv) se practica por encargo judicial previo, de ahí que claramente se deduce que no es una

manifestación de conocimientos espontánea ni su contenido puede corresponder a la voluntad de una de las partes (artículo 236, numeral 2º); v) ser motivado en forma clara, oportuna, detallada y suficientemente (artículo 237) y, vi) para que pueda ser valorado judicialmente, esto es, para que pueda atribuírsele eficacia probatoria requiere haberse sometido a las condiciones y al procedimiento establecido en la ley y, en especial, a la contradicción por la contraparte (artículos 236 a 241)24.

33. En cuanto a la oportunidad para solicitar y practicar la prueba pericial, es importante recordar que el Estatuto Procesal Civil regula dos situaciones, a saber:

33.1 La primera, cuando una de las partes solicita el decreto de la prueba anticipada al proceso. El artículo 300, tal y como fue modificado por el artículo 28 de la Ley 794 de 2003, dispone que cualquiera de las partes puede pedir, ante el juez del lugar donde deba practicarse, el decreto de un dictamen de peritos, “con o sin citación de la parte contraria”. Por su parte, el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil indica que las pruebas anticipadas “se sujetarán a las reglas establecidas para la práctica de cada una de ellas en el curso del proceso” y que las objeciones al dictamen pericial “se tramitarán como incidente”. Por eso, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, en caso de que el dictamen anticipado sea practicado sin citación de la parte contraria, de todas maneras en el transcurso del proceso debe correrse traslado para que ejerza su derecho a la contradicción, puesto que “para que sea eficaz en el proceso judicial donde se pretenda hacer valer, deba producirse siempre con citación y audiencia de la presunta contraparte”. No puede ser otro el sentido de la norma legal si se analiza de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de la Carta que indica, sin excepción, que el requisito de validez de toda prueba es la efectividad del debido proceso y con éste del derecho de defensa.

33.2 La segunda, dentro del proceso, que es la manera más usual de practicar el dictamen pericial. Esta prueba puede originarse de oficio (artículos 233, 179 y 361 del Código de Procedimiento Civil), por mutuo acuerdo, o a petición de parte (artículo 236, numeral 1º del mismo código). Así, la parte demandante puede solicitar el dictamen en la demanda (artículo 75, numeral 10), en el escrito de reforma de la demanda (artículo 89, numeral 2º) y en el memorial que contesta las excepciones (artículo 99, numeral 3º). A su turno, la parte demandada puede solicitar la práctica de esta prueba en la contestación de la demanda (artículo 92, numeral 4º) y en el escrito que formula excepciones (artículo 98 del Código de

Procedimiento Civil).

En todo caso, el dictamen pericial debe someterse al procedimiento establecido en la ley para que la contraparte ejerza su derecho de defensa mediante la contradicción del mismo, de suerte que puede ser materia de objeción por error grave o de solicitud de aclaración, complementación o adición (artículo 238 del Código de Procedimiento Civil).

34. Como es sabido, el error grave se opone a la verdad y consiste en la falta de adecuación o correspondencia entre la representación mental o concepto de un objeto y la realidad de éste. Por ello, si en la práctica del dictamen anticipado se formula objeción, el juez respectivo tendrá que determinar si existe o no el error señalado y si acepta o no la objeción, o sea, deberá establecer a través del incidente, si el dictamen tiene o no valor de convicción según lo dispone el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil. En caso de tratarse de prueba anticipada, se aplica el trámite previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil, según el cual se corre traslado a la parte por tres días y se dispone un plazo para pruebas de diez días. Es así como, tratándose de pericia practicada como prueba anticipada, concluye la intervención extra proceso agotado el trámite del incidente sin que necesariamente haya decisión de fondo frente al error grave, pues su definición corresponderá al juez del proceso en el cual se haga valer la práctica de la prueba, quien lo definirá en la sentencia.

Así, en el "... el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo. De aquel se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el artículo 108, por tres días, dentro de los cuales podrán éstas pedir pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error, y concederá el término de diez días para practicarlas (...)"

El debate realizado dentro del incidente excluye, por razones de economía procesal, uno nuevo en el proceso ulterior al cual se aporte el dictamen, y se refleja necesariamente en el sentido de la decisión que pueda adoptar el juez correspondiente frente a las pretensiones y excepciones de las partes.

En esta situación, aunque es cierto que por parte del juez de conocimiento del proceso no se cumple el principio de la inmediación en cuanto a la práctica del dictamen pericial y en particular en cuanto al incidente en relación con la objeción formulada, se trata de una excepción justificada por la necesidad práctica de recibir pruebas por fuera de los procesos

judiciales y por la necesidad jurídica de garantizar con ellas los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, debido proceso y defensa, como ya se anotó.

Así, ha sostenido la jurisprudencia que si se decreta y practica dicha prueba sin citación y audiencia de la parte contraria, caso en el cual obviamente no existiría la posibilidad de formulación de objeciones, el dictamen constituiría prueba sumaria, en vez de plena, privando a los interesados de la obtención de una prueba segura y formalmente completa, sin lugar a incertidumbre y sin posibilidad de discusión en el proceso posterior, en relación con sus pretensiones o sus excepciones, ya que en la práctica el dictamen recibido sin contradicción es de poca utilidad en el proceso y exigiría la recepción de uno nuevo en él, con lo cual la situación resultaría aproximada a la generada por la negación de la prueba.

35. Así las cosas, se concluye que la prueba pericial practicada de manera anticipada tendrá pleno valor probatorio y, por consiguiente, podrá ser apreciada por el juez solamente si fue: 1. Sometida al principio de contradicción y 2. Regular y legalmente incorporada al proceso en el cual se pretende hacer valer, conforme con las reglas previstas en la ley para el efecto. Dicho de otro modo, si el dictamen pericial fue indebidamente incorporado al proceso y, además, no fue sometido a contradicción dentro de él, carece de mérito probatorio y, por lo mismo, no puede ser valorado judicialmente porque no corresponde a una prueba legalmente practicada. Cosa distinta ocurriría si la prueba es debidamente incorporada, pues en tal evento: i. Si no fue materia de contradicción se estaría ante una prueba sumaria y no ante plena prueba ii. Si no reúne los requisitos propios de una prueba pericial se estará entonces frente a un informe técnico como se verá a continuación.

36. Con la dinámica del derecho, el legislador diseñó un nuevo concepto de prueba judicial técnica, distinto a la prueba pericial, que tiene como finalidad autorizar a las partes a aportar al proceso conceptos técnicos, científicos o artísticos que han sido elaborados por fuera del proceso y por encargo de una de las partes que ha escogido al profesional que emite su opinión. En efecto, por primera vez, el artículo 21 del Decreto 2651 de 1991, autorizó a las partes, de común acuerdo, a presentar informes técnicos:

“En todo proceso las partes de común acuerdo pueden, antes de que se dicte sentencia de primera o única instancia o laudo arbitral, realizar los siguientes actos probatorios:

1. Presentar informes científicos, técnicos o artísticos, emitidos por cualquier persona natural

o jurídica, sobre la totalidad de los puntos objeto de dictamen pericial; en este caso, el juez ordenará agregarlo al expediente y se prescindirá total o parcialmente del dictamen pericial en la forma que soliciten las partes al presentarlo”.

Posteriormente, en el capítulo 4 de las pruebas, el artículo 10 de la Ley 446 de 1998, señaló que:

“Para la solicitud, aportación y práctica de pruebas, además de las disposiciones generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones, se dará aplicación a las siguientes reglas:

1. Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente”

Esa norma fue reiterada, en idéntico sentido, en el artículo 18 de la Ley 794 de 2003, que modificó el artículo 183 del Código de Procedimiento Civil, al disponer como oportunidad probatoria, entre otras, la siguiente:

“Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente”

37. Las experticias técnicas difieren de los dictámenes periciales regulados en los artículos 233 a 242 del Código de Procedimiento Civil, así como también difieren de los informes técnicos de entidades y dependencias oficiales que reglamenta el artículo 243 del mismo estatuto procesal, que el juez puede solicitar de oficio o a petición de parte y, que deben ponerse en conocimiento de las partes por el término de tres días para que se complementen o aclaren.

38. En cuanto a los conceptos técnicos su incorporación al proceso se valora dentro de la sana crítica judicial, como las demás pruebas, y se aprecian en conjunto, pues al igual que el

dictamen pericial, el juez es autónomo para valorar las pruebas técnicas y verificar la veracidad de sus fundamentos y conclusiones, en tanto que es al juez, y no al perito o al profesional especializado, a quien corresponde administrar justicia y resolver la controversia que se somete a su decisión final. De esta forma, es evidente que aunque el juez no se encuentra atado a la opinión técnica porque debe someterla a su valoración y apreciación objetiva y razonada, la especialidad de los conocimientos que se expresan en los documentos técnicos sí constituye un importante instrumento de apoyo judicial para su convencimiento.

39. Precisamente por las razones expuestas, el legislador consideró prudente y necesario imponer al juez el deber de decretar un dictamen pericial en el curso del proceso de su competencia cuando, en ejercicio de sus derechos de acceso a la justicia y de contradicción, las partes aportan conceptos técnicos contradictorios. En efecto, es evidente que los artículos 10 de la Ley 446 de 1998 y 183 del Código de Procedimiento Civil, en la forma en que fueron modificados por el artículo 18 de la Ley 794 de 2003, no señalan para el juez una atribución facultativa sino obligatoria que consiste en decretar un peritaje cuando existe contradicción entre los experticios emitidos por profesionales especializados, que hubieren sido oportunamente aportados por las partes. Entonces, en situaciones de contradicción de conceptos técnicos especializados la ley estableció una consecuencia determinada a cargo del juez de conocimiento, la cual consiste en el decreto oficioso de un dictamen pericial que se practicará en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil.

40. De otra parte, se encuentran los informes técnicos y peritaciones de entidades y dependencias oficiales, previstos en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil. Dicha norma autoriza a los jueces a solicitar de oficio o a petición de parte, informes técnicos o científicos sobre hechos de interés al proceso a entidades y dependencias oficiales que dispongan de personal especializado. Estos informes deben ser motivados y puestos a consideración de las partes por el término de tres (3) días para su complementación o aclaración, o sea que no es posible objetarlos por error grave. De igual manera puede el juez utilizar este mecanismo para la ejecución de peritajes.

41. En consecuencia la ley es clara en: i. Definir qué es una prueba anticipada y cuál es su

finalidad, de forma que no será prueba anticipada la que se practica de forma simultánea al proceso en el cual se pretende hacer valer. ii. Establecer el momento procesal en el cual debe ser incorporada la prueba anticipada al proceso donde se pretenda hacer valer, de manera que la prueba incorporada por fuera de dichos términos se tendrá por prueba indebidamente recaudada. iii. Asegurar el derecho de contradicción al dictamen pericial con el fin de otorgarle el carácter de plena prueba, al punto que si este derecho no se garantiza, la misma sólo tendrá el carácter de prueba sumaria y no de plena prueba. Por ello, la omisión del juez de los asuntos previstos en los numerales i y ii ó el otorgar el carácter de plena prueba a aquella que no fue controvertida constituye un defecto fáctico que puede ser corregido por vía de tutela cuando los mismos hubiesen sido determinantes en la sentencia.

42. Con base en lo expuesto, la Sala procederá a estudiar si en el caso concreto se presentó un defecto fáctico que autorice al juez constitucional a dejar sin efecto la providencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, sentencia que a juicio de la accionante, vulneró sus derechos fundamentales.

Caso concreto

43. Una de las garantías propias del derecho al debido proceso -Artículo 29 de la Constitución Política-, es que las condenas que se impongan a una determinada persona se liquiden según los parámetros legales, concretamente, que la prueba pericial que sustenta la liquidación de perjuicios sea practicada según los ritos legales y valorada teniendo en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia del perito y la consonancia del informe con los demás elementos probatorios y de juicio que obren en el proceso, con mayor razón cuando la parte que está llamada a soportar el pago no participa materialmente en el trámite correspondiente y, en consecuencia, no tiene oportunidad de defensa.

44. En estos casos el daño o perjuicio, como elemento común de la responsabilidad, debe estar plenamente probado y razonablemente liquidado, siguiendo los parámetros legales, para que disminuya el quebranto o menoscabo del derecho subjetivo de la víctima o del afectado, pero sin generar enriquecimientos injustificados, ni empobrecimientos correlativos aventurados. El caso que ahora ocupa la atención de la Sala, supone para eventos como el presente comenzar por constatar el hecho dañino y su nexos causal con los daños

reclamados, cuya demostración en el trámite procesal de la acción de grupo corresponde a los reclamantes de los perjuicios. En consecuencia, la pretensión indemnizatoria debe negarse si no se demuestra plenamente el daño indemnizable y su nexo causal con el hecho que lo origina. De igual manera corresponde al juez buscar la manera objetiva de cuantificar el perjuicio, porque ni el daño ni su cuantificación pueden en principio ser presumidos. Esto es, con independencia de que la cuantificación del perjuicio sea o no un elemento necesario a todo tipo de daño, lo cierto es que en los eventos en los cuales se trata de una pretensión económica de naturaleza pecuniaria -como ocurre en el presente caso- la cuantificación del mismo debe estar soportada razonablemente para que se cumpla lo más exactamente posible con la regla de indemnización de que trata el artículo 65 de la Ley 472 de 1998, veamos:

44.1 Demostrado que el grupo sufrió un daño, el artículo 65 de la Ley 472 de 1998 dispone que la sentencia debe contener el pago de una indemnización colectiva, que contenga la suma ponderada de las indemnizaciones individuales de quienes formen parte en el proceso como integrantes del grupo, según los porcentajes que se hubiesen fijado en el curso del proceso. Ello indica que en la acción de grupo el daño no se acredita respecto de cada víctima individualmente considerada sino del grupo, de forma que esta acción no garantiza una reparación integral de cada individuo, sino una reparación estimada que da origen a una suma ponderada en favor del grupo. De manera que si algún integrante del grupo espera una indemnización integral por su perjuicio individualmente considerado, deberá entonces acudir a otras acciones judiciales de carácter indemnizatorio.

44.2 No se trata pues de establecer el perjuicio integral individual para luego sumarlo, sino de establecer el valor ponderado de daños individuales estimados bajo un mismo racero, por ejemplo, las pérdidas estimadas para las personas dedicadas a la actividad pesquera teniendo en cuenta el número probado de personas dedicadas a esta labor, el ingreso promedio normalmente obtenido de esta actividad en condiciones normales, lo cual puede dar lugar, tal como lo apunta la doctrina²⁵ y la jurisprudencia²⁶, a la aplicación del principio de reparación en equidad mediante el cual se protege al perjudicado como colectivo al punto que “no se cobra todo, pero todos cobran”²⁷, pues es posible que en la mencionada ponderación unos reciban menos y otros más de lo que ordinariamente deberían recibir a la

hora de establecer el porcentaje de indemnización. De esta manera, la Constitución consideró que este tipo de daños deben ser reparados, precisamente, para desarrollar el principio de equidad, lo cual implica que la reparación de daños masivos de entidad moderada tengan un remedio pronto y efectivo que permita su indemnización, y atendiendo esta característica se realice un cálculo uniforme del daño sufrido por el grupo, partiendo de un número estimado de miembros de este.

44.3 Ejemplo de ello lo constituye la Sentencia en Acción de Grupo del 13 de mayo de 2004 de la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁸, por la cual se declaró la responsabilidad patrimonial de ECOPETROL, a causa del derrame de crudo en la estación La Guayacana del Municipio de Tumaco, ocurrido el 18 de febrero de 2000, como consecuencia de la apertura de una válvula de seguridad de bombeo del oleoducto Transandino, en favor de los habitantes de las riberas del río Rosario y sus afluentes. Frente a la estimación del daño, la providencia señaló lo siguiente:

“2. Se solicita, además, la reparación de los perjuicios materiales que fueron valorados en \$90.000.000.0000, que corresponden a \$1.000.000 mensuales para cada uno de los pescadores afectados con el daño, por el término de 15 años que se calcula durarán los efectos de la contaminación y \$7.000.000.000 por cada hectárea contaminada.

Considera la Sala que no existen pruebas que demuestren la afectación de los terrenos sobre los cuales los demandantes ostentan su propiedad o posesión y, por lo tanto, no se condenará por este aspecto.

No obstante, no se acreditó que los demandantes tuvieran cultivos de coco sobre la zona afectada, Más aún, en el mismo diagnóstico, que no fue desvirtuado en el proceso, se aseguró que “por la retención oportuna de la mancha de crudo y la reducción de la contaminación en el río, es poco probable que [ésta] llegue a tener algún efecto sobre este cultivo”.

Además, aunque en dicho diagnóstico se señaló que la cría de animales domésticos y la ganadería de subsistencia en las riberas y zonas aledañas al río Rosario sí pudo sufrir impacto negativo, no se acreditó en el expediente que los demandantes hubieran sufrido ese tipo de perjuicios, pues no demostraron ser propietarios de tales bienes y mucho menos, la medida en la cual resultaron afectados.

En cuanto a la actividad pesquera, es indudable que el daño sí se produjo. Así consta en los diagnósticos presentados por CORPONARIÑO y el Ministerio del Medio Ambiente, que fueron relacionados en las pruebas, los cuales se fundamentaron en las investigaciones previas sobre las características y los recursos biológicos encontrados en el área, así como los realizados con el fin de establecer el impacto de los derramamientos de crudo en ríos y, especialmente, en las observaciones directas realizadas a la zona por ambas entidades.

Para liquidar el perjuicio se tendrá en cuenta la valoración daños sufridos por los habitantes de la región con el hecho, que realizó CORPONARIÑO en el mes de marzo de 2000, la cual no fue tachada por la parte demandante y tampoco acreditó un valor diferente.

Según dicha valoración, las pérdidas estimadas para las personas dedicadas a la actividad pesquera ascendió en ese mes a \$18.802.100, cálculo que se realizó teniendo en cuenta el número de habitantes de la zona afectada, el porcentaje de la población dedicada a la actividad pesquera y el ingreso promedio obtenido por éstos, así:

Zona

No. Habitan-tes

Pobla-ción dedica-da a la pesca

Ingreso promedio mensual para la zona

Baja (Candelo y la Quinta)

309

6%

\$5.005.800

Media (comprende desde Isla Grande, hasta Corriente Grande)

2.509

1.5%

\$10.161.450

Alta (comprende desde Peña de los Santos hasta Pulgande)

562

1.5%

\$2.276.100

Baja del río Caunapí (comprende los sectores de influencia de las veredas de Nueva Creación y Retoño)

335

1.5%

\$1.358.750

\$18.802.100 equivale hoy a \$24.645.908, según el siguiente cálculo:

$R_a = R \cdot I \cdot \text{final}$ (mayo de 2004)

$R_a = \$18.802.100 \times 150.90$

115.12

\$24.645.908

El término durante el cual se producirá la condena será de seis meses. Para calcularlos se tiene en cuenta que:

a. Según el informe presentado por CORPONARIÑO al director de licencias ambientales del Medio Ambiente, el 19 de julio de 2000, de las muestras de agua del río tomadas en tres puntos diferentes se concluyó que existía una rápida recuperación de la misma, la cual ofrecería “condiciones para sustentar la vida en un período aproximado de dos meses”.

b. No está determinado el tiempo de recuperación de la biota acuática, indispensable para la

alimentación de los peces, pues esto depende de muchos factores, aunque, según el estudio realizado por el Ministerio del Medio Ambiente, los organismos planctónicos tiene una rápida recuperación y renovación y los peces, que se alimentan de aquéllos, por su gran movilidad, se ven afectados sólo de manera puntual y temporal.

c. En relación con el daño sufrido por la pérdida o deterioro de las cosas materiales, se considera que la víctima debe desarrollar una actividad tendente a limitar en el tiempo dicho perjuicio. Cuando no se conoce con certeza su duración, ese límite debe ser apreciado y determinado judicialmente en cada caso concreto, ya que “la lógica del juez colombiano en este aspecto es la de impedir que la víctima se quede impasible ante su daño. Se parte, pues, de un principio sano en el sentido de que no se avala la tragedia eterna y, por el contrario, se advierte a la víctima que su deber es reaccionar frente al hecho dañino y sobreponerse....Llegar, en efecto, a la posibilidad de que las consecuencias de la situación dañina se extiendan indefinidamente sería patrocinar la lógica de la desesperanza, de la tragedia eterna y de un aprovechamiento indebido”²⁹.

En consecuencia, la indemnización equivale a $\$24.645.908 \times 6 = \$147.875.448$

3. Esta decisión se extiende a las víctimas que integran el grupo de damnificados con el hecho, quienes fueron vinculados al mismo, a través de la comunicación realizada a través de radio y prensa (fls. 329 333 C1) y no manifestaron en el término procesal correspondiente su decisión de ser excluidos (art. 56 ley 472 de 1998), quienes para ser beneficiarios de la indemnización deberán acreditar ante el Tribunal Administrativo de Nariño, en el término establecido por el artículo 55 y el numeral 4 del artículo 65 de la ley 472 de 1998, los siguientes requisitos: i) que al tiempo de ocurrencia del hecho objeto de este proceso estaban domiciliados en el municipio de Tumaco y ii) subsistían de la actividad pesquera en el río Rosario o los afluentes que resultaron contaminados.”.

Esta ponderación tuvo en cuenta aspectos generales y comunes al grupo: (i) se determinó el ingreso promedio de los pescadores de la región, (ii) se estableció el período durante el cual la actividad pesquera se pudo ver interrumpida, es decir claramente se fijó un término en que se causó el daño, (iii) y se identificó la población dedicada a dicha actividad. Como se nota este fallo guarda relación material con el caso en estudio, en la medida que se trató de un derrame de crudo en un cuerpo hídrico con el cual se afectó la actividad agropecuaria y

pesquera de la zona, mediante el cual se pretende destacar cómo se realizó una indemnización ponderada y no una indemnización integral, individuo por individuo.

45. Efectuadas las anteriores precisiones se enlistarán a continuación las circunstancias fácticas que fueron probadas dentro del trámite de revisión de esta tutela:

45.1 La acción de grupo fue radicada a través de apoderado por las diferentes comunidades el 1º de octubre de 2002 y, admitida mediante Auto de 19 de diciembre del mismo año.

45.2 La solicitud de prueba anticipada se radicó el 26 de junio de 2002 ante los jueces civiles del circuito de Buenaventura, invocando para el efecto el artículo 31 de la Ley 472 de 1998, que autoriza la práctica de pruebas anticipadas en la acción popular -no en la acción de grupo-, con el fin de impedir que se desvirtúen o pierdan o que su práctica se haga imposible y, para conservar las cosas y circunstancias que posteriormente deben ser probadas en el proceso. (Folio 91 del cuaderno 1 de pruebas)

45.3 Como prueba anticipada se solicitó la práctica de una serie de dictámenes, entre ellos, oficiar a la Gobernación del Valle del Cauca para que designara un funcionario o funcionarios de la Secretaría de Agricultura y Pesca con el fin de "...establecer un diagnóstico del estado general de los cultivos de la zona luego del desastre, así como una valoración de los perjuicios materiales individuales incluidos el lucro cesante y el daño emergente, sufridos en la parte agrícola por cada uno de los habitantes que conforman el Consejo Mayor Comunitario, el Consejo Comunitario de Bracito -Amazonas y las demás personas que aportaron su lista de perdidas (sic) aquí aportadas". Ello atendiendo a la experiencia de sus funcionarios, dado que éstos habían elaborado un documento de valoración de los cultivos en la zona. Para el efecto, el apoderado de las comunidades aportó la lista de pérdidas individuales sufridas a nivel agrícola y pesquero presentadas por los perjudicados, la cual solicitó cotejar con la realidad en orden a determinar el valor de los perjuicios individuales (Folios 91 a 97 del cuaderno de pruebas No. 1).

45.4 Mediante Auto de 12 de julio de 2002 el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura ordenó librar oficio al Gobernador del Valle del Cauca con el fin de que fuesen designados dos expertos de la Secretaría de Agricultura y Pesca para determinar lo pedido en

la prueba anticipada (Folio 220 del cuaderno 1 de pruebas).

45.5 El día 3 de abril de 2003, se remitió el primer informe técnico al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura, suscrito por el señor Manuel Antonio Soto, profesional universitario de la Secretaria de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle del Cauca (Folio 224 del cuaderno No, 1 de pruebas).

45.6 Por Auto del 28 de noviembre de 2003, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura, dispuso: “PRIMERO. TENGASE por agotada la tramitación de la presente prueba anticipada por existir proceso iniciado al tenor del art. 31 de la Ley 472 de 1998”. Las razones para su decisión fueron las siguientes (Folios 264 y 265 del Cuaderno 1 de pruebas):

“Se encuentran dentro de las presentes diligencias varios escritos presentados por las partes intervinientes incluyendo las involucradas últimamente dentro de la diligencias que se adelanta para la incorporación de la prueba anticipada solicitada por LA COMUNIDAD DEL RIO ANCHICAYÁ y con citación de EPSA E.S.P.

Antes de proceder a la evacuación, si ello fuese necesario es pertinente hacer la siguiente consideración jurídica procesal, la cual dará como respuesta si es pertinente seguir evacuando la práctica de prueba anticipada en mención.

Estatuye el art. 31 de la Ley 472 de 1998, que conforme a las disposiciones legales podrán solicitarse y practicarse antes del proceso, las pruebas necesarias con el objeto de impedir que se desvirtúen o pierdan o que su práctica se haga imposible y para conservar las cosas en las circunstancias de hecho que posteriormente deben ser probadas en el proceso.

Concatenando la disposición relatada aunada a la normas del C. de P.C., específicamente el capítulo IX del Título XIII del mismo, se tiene establecido la forma como se pueden llevar a cabo las pruebas anticipadas y específicamente los artículos 300 y 301 ibídem, corroboran la forma de dicha práctica, la cual debe ser tenida en cuenta con respecto a la Ley 472 referida por así expresarlo el art. 31 traído a colación a los autos.

Ello trae como consecuencia el de establecer sí la prueba que se está practicando va a ser o no utilizada en un proceso determinado.

Y para conocer lo anterior, debe existir certeza de que dicho proceso todavía no se encuentra en curso, porque si ya se estuviera ritualizando, la prueba dejaría de ser anticipada por obvias razones.

Consecuencialmente, habrán de examinarse las presentes diligencias para cotejar si el proceso en mención, se ha instaurado o no.

A Folio 1081 aparece una manifestación expresa del apoderado judicial de La Comunidad del Río Anchicayá donde se dice que tanto el Ministerio del Medio Ambiente como la C.V.C., fueron notificados como presuntos responsables por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en donde cursa la Acción de Grupo a fin de que ésta y las demás pruebas tengan validez y eficacia, además de que se le dé la publicidad y posibilidad de contradicción que ellas requieren.

Ello de por sí hace traslucir con diafanidad meridiana que el proceso donde se va a hacer valer la prueba anticipada, ya fue instaurado ante la autoridad competente, lo que hace inferir que, no sea procedente seguir con la incorporación de la prueba en la forma solicitada por la parte interesada.

Desde esta perspectiva, no existe otro camino que el dejar clausurado esta prueba anticipada en la forma y términos en que se encuentra agotada pues cualquier otra actuación es improcedente al tenor del art. 31 ya mencionado.” (Resaltado fuera de texto)

45.8 Mediante Auto de enero 15 de 2004, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura resolvió revocar la decisión de concluir la prueba anticipada y, en su lugar, dispuso continuar con su práctica. En esa línea, ordenó incorporar el peritaje con el fin de que se valoraran los perjuicios económicos sufridos por los habitantes del Río Anchicayá. Para el efecto, el Juzgado libró Oficio a la Universidad del Tolima para que dicha institución realizara el respectivo dictamen, de manera que los gastos correspondientes fueran sufragados con cargo al Fondo para la Defensa de los Intereses y Derechos Colectivos.

No obstante, en el mismo Auto expresamente se indicó (Folio 267 del Cuaderno 1 de pruebas): “SEGUNDO. Se advierte desde ya que la prueba decretada sólo se utilizará en el futuro proceso de Acción Popular que se instaurará según las manifestaciones del Dr. GERMAN M. OSPINA MUÑOZ.” (Subrayado y resaltado fuera de texto)

45.9 Por oficio de 4 de febrero de 2004, el apoderado de las comunidades señaló que la Universidad del Tolima tenía dificultades para realizar el peritaje, por lo cual solicitó oficiar a la Gobernación para que practicara la valoración de los daños. (Folios 269 y 270 del Cuaderno de pruebas).

Vale la pena señalar que la Universidad del Tolima, según se desprende del expediente, no manifestó dificultad alguna para realizar el dictamen pericial. De hecho presentó a consideración del Juez una propuesta técnica y económica, para realizar el peritaje a través de su facultad de ingeniería forestal, para cuyo desarrollo proponía hacer una valoración cualitativa y cuantitativa de los efectos producidos por la presencia de sedimentos en el río, así como evaluar los daños causados en la zona. Dicho informe sería presentado en un término de cuatro (4) meses y tendría un valor de \$52.000.000.

45.10 Finalmente ante la supuesta negativa de la Universidad del Tolima, por auto de 9 de febrero de 2004, el Juzgado Tercero Civil del Circuito modificó su Auto de 15 de enero de 2004, en el sentido de ordenar a la Gobernación del Valle del Cauca adelantar el peritaje. (Folio 271 del Cuaderno 1 de pruebas)

45.11 El dictamen pericial sobre afectación a distintos sistemas productivos fue presentado al Juzgado el día 24 de agosto de 2004, por el ingeniero agrónomo Manuel Antonio Soto, de la Secretaria de Agricultura y Pesca del Departamento. En el oficio de remisión del informe señaló el ingeniero que se realizaron encuestas a cada familia por predio, preguntando el número de plantas de cada especie que poseían, su productividad antes de julio de 2001 y su productividad actual. Para la actividad pesquera registró la información tomada en diferentes reuniones con grupos de pescadores, la cual se corroboró con revisión de redes y canoas al final de la faena y para la valoración económica se trabajó con precios comerciales. (Folio 272 Cuaderno 1 de pruebas)

45.12 Mediante comunicación de 16 de septiembre de 2004, dirigida al Juez 3º del Circuito de Buenaventura, el apoderado de EPSA manifestó que los informes surtidos no tenían la entidad de prueba pericial en la medida en que no se llenó ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 233 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. En efecto, en su entender los peritos no fueron debidamente nombrados y posesionados, la práctica del

dictamen no se hizo con citación de los interesados, no se adjuntaron las encuestas ni el nombre e identificación de los encuestadores, pescadores y agricultores ni las fuentes para establecer el estado de cosechas y pesca antes y después del mes de julio de 2001, ni los cálculos en porcentajes globales de las disminuciones sufridas por los agricultores en sus cosechas y pescadores en sus volúmenes, además de que ninguno de los cuadros en que se consignaron los resultados de las encuestas tiene la firma de quien efectuó tal diligencia y ni siquiera se presentaron los cálculos económicos que llevaron a concluir la cifra de \$65.050.638.560, como resultado de los supuestos perjuicios.

45.13 Por Auto de 29 de octubre de 2004, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca - quien en ese momento conocía de la primera instancia por no haber entrado en funcionamiento los jueces administrativos-, se pronunció respecto de las pruebas solicitadas por la parte demandante en la demanda, así como después de ocurrida la audiencia de conciliación. En dicho Auto se negaron las siguientes pruebas: 1. Oficiar a la Secretaria de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle y a la UMATA de Buenaventura para establecer el perjuicio agrario y pesquero sufrido por cada uno de los habitantes de la región, como consecuencia de los vertimientos de sedimentos ocasionados por EPSA en el río Anchicayá en julio de 2001, en razón a que tal prueba no se adecuaba a las exigencias del artículo 243 del C. de P. C. 2. Oficiar al Alcalde de Buenaventura y al Gobernador del Valle del Cauca para que informen, de manera oficial, los perjuicios en la agricultura y pesca sufridos por los demandantes. Adicionalmente, remitir todos los informes realizados con ocasión del desastre del 23 de julio de 2001. Las razones para negar la prueba fueron idénticas a la mencionada en el numeral 1 anterior. (Folios 434 y 435 del cuaderno 1 de pruebas) 3. Oficiar al Juez Tercero del Circuito para que allegara las pruebas anticipadas practicadas ante él, en razón a la extemporaneidad de la solicitud.

45.14 El 17 de noviembre de 2004, la parte actora de la acción de grupo presentó recurso de apelación que fue resuelto por el Consejo de Estado, Sección Tercera, mediante Auto de nueve (9) de junio de 2005, en el cual se ordenó lo siguiente: 1. Respecto de la prueba relacionada en el numeral 1 del párrafo anterior consideró el Consejo de Estado que no existía fundamento para negarla en tanto se identificó con claridad el objeto del informe técnico y las entidades encargadas de rendirlo. Así mismo se verificó que las entidades encargadas de rendirlo desarrollaban actividades relacionadas con el objeto del concepto, lo cual evidenciaba que contaban con personal especializado. 2. Frente a la segunda prueba

citada, consideró el Consejo de Estado que debía negarse porque ninguna de esas entidades cumplía con actividades relacionadas con la pesca y la agricultura, por lo cual no podían tenerse como entidades que contaran con personal especializado para llevar a cabo la prueba requerida en los términos del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil. (Folios 424 a 453 del Cuaderno 1 de pruebas) 3. Frente a la posibilidad de oficiar al Juez Tercero del Circuito de Buenaventura el Consejo de Estado negó su práctica dado que esta prueba fue solicitada de forma extemporánea. 4. Finalmente, se ordenó efectuar un dictamen pericial dentro de la acción de grupo dirigido a establecer los perjuicios materiales y morales sufridos por los demandantes.

45.15 Mediante Oficio No. 09789 de 25 de octubre de 2005, dirigido al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura, el Juzgado Administrativo del Circuito de Buenaventura - Valle del Cauca, dando cumplimiento al Auto Interlocutorio de 29 de octubre de 2004, ordenó al Juzgado enviar con destino al proceso de acción de grupo, las pruebas anticipadas practicadas o que se estuviesen practicando, dirigidas a valorar los perjuicios económicos y morales sufridos por los accionantes.

Es así como mediante Oficio No.1096 de 21 de noviembre de 2007, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura remitió las diligencias practicadas en tres cuadernos con 217, 1059 y 1094 folios respectivamente. (Ver folios 414 a 415 del cuaderno 1 de pruebas).

Por su parte, la Gobernación del Valle del Cauca mediante oficio de 13 de noviembre de 2007, radicó directamente ante el Juzgado Administrativo del Circuito, copias de los informes realizados el 1º de abril de 2003 y el 24 de agosto de 2004 por el Ingeniero Agrónomo Manuel Antonio Soto. (Folio 839 del cuaderno 2 de pruebas).

45.16 De otra parte, por Auto de 22 de octubre de 2007, el Juzgado Administrativo del Circuito de Buenaventura ordenó dentro del trámite de acción de grupo, con el fin de establecer los perjuicios materiales y morales de los habitantes de la zona, la práctica del dictamen pericial. Para el efecto, designó como perito contable a la señora RITA ISABEL GONGORA ROSERO. (Folio 454 del cuaderno 1 de pruebas).

45.17 El informe pericial fue presentado por la contadora RITA ISABEL GONGORA el día 16 de julio de 2008. Para efectos de la evaluación económica de los perjuicios, la perito contadora señaló expresamente en la página 54 del informe pericial, lo siguiente:

“6. EVALUACIÓN ECONÓMICA

Para esta caso particular la evaluación económica solo se hará para los impactos que afecten los ingresos económicos de los habitantes del río que quedaron comprometidos con los vertimientos de aguas producidas y lodos desde la represa del Bajo Anchicayá. Los demás impactos ambientales por ser de competencia de la autoridad ambiental se sugieren atender las Recomendaciones, definidas en el numeral 8.

Es conveniente aclarar que pasado 7 años no es fácil establecer y verificar con certeza los daños ocasionados, por tanto, esta evaluación se hace ajustada a los informes y estudios realizados en la cuenca baja, por el ingeniero Manuel Antonio Soto, en la cuenca media, por la comunidad; y por los testimonios obtenidos durante las tres visitas realizadas al río con este propósito.”

De esta manera la definición de los daños económicos sobre agricultura (numeral 6.1.1.) y sobre la pesca (numeral 6.1.2) no fueron producto de la experiencia directa de la perito, sino de los cálculos realizados sobre los efectuados por la Secretaria de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle. Dichos valores a título de lucro cesante fueron indexados por la perito contadora a julio de 2008, según tabla de IPC. (Folios 456 a 626 del cuaderno 2 de pruebas)

45.18 Por Auto de 9 de septiembre de 2008, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura corrió traslado a las partes por el término de tres (3) días para objetar el dictamen por error grave en términos del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil. (Folio 668 del Cuaderno 2 de pruebas).

45.19 El 22 de septiembre de 2008, la Empresa del Pacífico S.A. E.S.P, presentó objeción grave al dictamen indicando en resumen que: El fundamento de la indemnización tasada dentro del dictamen pericial ordenado en la acción de grupo, fue el informe practicado por la Gobernación del Valle del Cauca a través de la Secretaría de Agricultura y Pesca, en respuesta a la orden dada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura en calidad de prueba anticipada, la cual se practicó con la advertencia por parte del juez de que la misma no podía usarse en proceso simultáneo de acción de grupo sino en procesos futuros, ya que la prueba no se estaba practicando de manera anticipada.

Señaló además el apoderado de la empresa, que el resultado de este informe, es decir, un perjuicio de \$65.050.638.560.00, fue producto de las informaciones recogidas de los mismos demandantes como consta en los documentos mencionados por el ingeniero Soto y, en su propio testimonio.

45.20 En sentencia de 20 de mayo de 2009, proferida por el Juzgado Administrativo del Circuito Judicial de Buenaventura - Valle del Cauca, se resolvió en forma negativa la objeción al dictamen pericial por error grave, en los siguientes términos:

“...no es cierto que el dictamen verse sobre la apreciación individual de los afectados, sino que fue el producto de un recorrido sobre el terreno y con análisis y comparación de lo obtenido por la comunidad a nivel agrícola como pisícola, con anterioridad a los hechos y con posterioridad a los mismos, por lo que sus conceptos no son falsos ni erróneos, por el contrario se encuentran soportados en pruebas obrantes en el expediente practicadas por diversas entidades, de los testimonios rendidos por funcionarios de la misma entidad accionada e incluso información aportada por la misma empresa y la aclaración y adición del dictamen, por lo que este cumple con los requisitos previstos en los numerales 2º y 6º del artículo 237 del Código de Procedimiento Civil. Situación diferente es que la objetante no comparta las conclusiones a las que se llega en dicho dictamen, al parecer por encontrarlas desfavorables a su causa, lo que claramente impide encontrar fundada dicha objeción.

Además, los informes de las entidades oficiales sirven como medios de prueba útiles para ilustrar el conocimiento de lo que realmente sucedió en esta comunidad (conforme con los artículos 175 y 243 del Código de Procedimiento Civil)

“...Por lo expuesto, la objeción formulada por error grave no procede, en consecuencia se valorará el dictamen conforme con la reglas que para el efecto señala el Código de procedimiento Civil”.

En cuanto a la práctica de la prueba anticipada señaló el Juez, que:

“....como los hechos ocurrieron en su mayoría en territorio de jurisdicción del Municipio de Buenaventura y para la época de los hechos (julio de 2001), ni habían entrado a operar los Juzgados Administrativos, bien podía el demandante, presentar su solicitud ante la Oficina de Apoyo Judicial de la Ciudad de Buenaventura, para su correspondiente reparto entre los

jueces de este Distrito judicial.

Además la solicitud de prueba anticipada se presentó el 26 de junio de 2002 (fl 26 rvso. del cdno 15 de la prueba anticipada) y la demanda se instauró el 1º de octubre de 2002 ante la oficina de apoyo judicial de Buenaventura...

Frente al argumento 2 de que la prueba anticipada fue llevada al proceso sin ajustarse a la normatividad legal, porque se había solicitado para utilizarla en el futuro proceso de acción popular que se instauraría (según lo manifestado por el doctor German M. Ospina Muñoz), considera el Despacho que es una simple apreciación de la apoderada de EPSA S.A., por cuanto las dos acciones (Popular y de Grupo), se encuentran reguladas por la ley 472 de 1998...".

45.21 Es así como, en la sentencia de primera instancia de 20 de mayo de 2009 del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura, señaló frente a la determinación del daño material que " ...se tendrá en cuenta el dictamen pericial rendido dentro del proceso en los pertinente, teniendo en cuenta que la validez del mismo en este punto no fue objetada por las partes y la verificación que hicieron los peritos de la zona afectada, fundado en los diferentes estudios obrantes en el proceso.." , el cual arroja un total de daños materiales de \$169.054.678.044.00.

45.22 Por su parte el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en segunda instancia, mediante sentencia del 7 de septiembre de 2009, señaló en sus consideraciones lo siguiente (Folio 881 y 882 del cuaderno 2 de pruebas):

" ...lo primero que se debe advertir es que no se puede tener en cuenta las pruebas anticipadas practicadas ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura; toda vez que estas (sic) su decreto fue negado tanto por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca como por el H. Consejo de Estado. Así, en auto del 29 de octubre de 2004 (folios 1842 a 1846 Cdno Ppal 6) el Tribunal Administrativo del Valle negó por extemporánea la solicitud de librar oficio al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura, tal como consta en el numeral 10 del acápite "POR LA PARTE DEMANDANTE". Interpuesto el recurso de apelación el H. Consejo de Estado mediante auto del 9 de junio de 2005 resolvió el mismo confirmando la negativa de decretar esta prueba (folios 1956 a 1970 Cdno Principal 6), decisión ésta de la cual se negó su aclaración mediante auto de 27 de julio de 2005 proferido

por esa alta Corporación, donde se expuso que la negativa de esa prueba se sostenía porque no resultaba útil, pues en el proceso se han decretado varias pruebas con el mismo objeto (ver folios 1977 a 1978 Cdno 6).

Es de anotar que si bien la prueba se allegó al expediente, esto fue por error del Secretario del Juzgado Administrativo del Circuito de Buenaventura, quien actuando en contra de la decisión tomada tanto por el Tribunal como por el H. Consejo de Estado de negar el decreto de la prueba anticipada, libró el oficio No. 0979 de 25 de octubre de 2007 solicitando la misma.

Se observa entonces que la prueba anticipada no puede ser tenida en cuenta como fundamento del fallo ya que fue aportada ilegalmente al proceso, pues la misma no fue decretada y de conformidad con el artículo 174 del C.P.C. “toda decisión judicial debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”, En el presente caso la prueba no fue allegada de manera regular, pues faltó uno de los pasos para que la misma se pudiera tener en cuenta, como lo es su decreto.” (Página 28 de la Sentencia)

45.23 No obstante, más adelante en la misma providencia, dentro de la relación de pruebas a tener en cuenta para el estudio del caso concreto enlistó y analizó:

- La declaración de Manuel Antonio Soto, en la cual manifiesta que a partir de sus observaciones y dictamen realizado determinó una disminución cercana a un 50% en la producción.

- “A folios 485 a 499 del cuaderno 14 se aporta por la Secretaria de Agricultura y Pesca, copia de los Dictámenes Periciales rendidos por el Ingeniero Agrónomo Manuel Antonio Soto -Profesional Universitario Secretaria de Agricultura y Pesca del Valle del Cauca de fechas 1º de abril de 2003 y 24 de agosto de 2004, en los cuales se da cuenta del mal estado de las plantaciones de productos agrícolas y se establece como valoración económica total de los recursos afectados la suma de \$65.050.638.560. Es de anotar respecto de esta prueba que la misma se relaciona y tiene en cuenta toda vez que fue decretada en el auto de pruebas, donde se solicitó dentro de los oficios que la Secretaría de Agricultura y Pesca del Valle del Cauca y la UMATA remitieran la documentación relacionada con la contaminación del río

Anchicayá.”

- Dictamen pericial rendido por la Contadora Pública designada por el juez de primera instancia cuya finalidad era determinar los impactos ocasionados con el daño que ocasionó a la comunidad el Río Anchicayá, de forma que en cumplimiento de tal gestión calculó los perjuicios que por daño emergente o lucro cesante se generó a los habitantes, teniendo en cuenta para el efecto las plantaciones con que se contaba en los terrenos y las cuales se vieron afectadas en su productividad e igualmente los recursos pesqueros. Sobre este último el Tribunal afirmó (Folio 902 y siguientes del cuaderno 2 de pruebas):

“Respecto de los planteamientos que se efectúan en el recurso de apelación, frente al peritaje, se debe decir en primer lugar que el peritaje no está viciado de error alguno pues el mismo se fundamentó en la visitas que se hicieron al lugar de los hechos tanto por el perito contador como por un administrador ambiental y de recursos naturales, comunidad por comunidad e igualmente se fundamentó en pruebas que fueron legalmente aportadas al proceso.

También se debe tener en cuenta respecto de la inconformidad que plantea la EPSA de que el peritaje tuvo como fundamento una prueba ilegalmente aportada el proceso como son los Dictámenes periciales rendidos por el Ingeniero Agrónomo Manuel Antonio Soto -profesional universitario- Secretaria de Agricultura y Pesca del Valle del Cauca de fechas 1º de abril de 2003 y 24 de agosto de 2004, tal como se anotó con antelación, la misma fue decretada en el auto de pruebas, donde se solicitó dentro de los oficios que la Secretaría de Agricultura y Pesca del Valle del Cauca y la UMATA remitieran la documentación relacionada con la contaminación del Río Anchicayá)”

45.24 En últimas, la citada sentencia con fundamento en la prueba anticipada, es decir, en el informe de la Secretaría de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle determinó dentro del proceso que, la indemnización por recurso pesquero correspondía a la suma de \$132.954.016.623 y, por recurso agrícola a la suma de \$33.991928.200.00, para un total de \$166.945.944.823.00, por concepto de perjuicios. Lo que agregó el peritaje ordenado dentro de la acción de grupo fue la indexación de las sumas inicialmente calculadas por el Ingeniero Agrónomo.

46. De la lectura de los presupuestos de derecho reseñados (numerales 23 a 44), así como

de los hechos probados (numeral 45), bien pronto puede advertirse que los falladores de primera y segunda instancia incurrieron en “defecto fáctico” no en cuanto a la demostración de la ocurrencia del daño -aspecto que resulta indiscutible-, sino frente a la tasación de la magnitud de éste y el monto de los perjuicios reclamados por el grupo dentro del trámite de la acción, por las siguientes razones:

46.1 Queda claro que la prueba anticipada practicada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura a título de prueba anticipada corresponde al informe rendido por la Secretaria de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle del Cauca.

Es decir, el informe con que contaba la Secretaria de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle sobre los perjuicios causados con ocasión de las maniobras de mantenimiento de la represa del Río Anchicayá, no era un informe aislado adelantado por la Secretaría dentro del giro de su gestión sino claramente el producto de la orden impartida a la Gobernación por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura dentro del trámite de práctica de “prueba anticipada”, razón por la cual, no puede escindir el informe de su origen -la orden del juzgado- so pretexto de incorporarlo como una prueba autónoma dentro del proceso a título de informe técnico.

46.2 Ahora bien, esta prueba en realidad nunca reunió los requisitos propios del dictamen pericial y tampoco los de plena prueba en razón a que:

- No se produjo auto destinado a designar peritos, fijar fecha y hora de posesión de los mismos, tomar juramento de no encontrarse impedido, fijar el término para rendir el dictamen.
- No hubo lugar a la contradicción del dictamen en la medida que este no se practicó con citación de las partes y aunque la empresa demandada presentó sus objeciones ante esa instancia una vez rendido el informe, éstas no fueron definidas por el juez que practicó la prueba anticipada, como tampoco posteriormente por el juez de la acción de grupo, trámite en el cual se pretendió hacer valer dicho informe. Ello por cuanto si bien el Tribunal se pronunció sobre el error grave alegado por la Empresa de Energía, este error se predicó de la prueba pericial ordenada dentro del proceso de acción de grupo y practicado por Rita Isabel Góngora Rosero, pero no respecto del informe efectuado por la Secretaria de Agricultura y Pesca por orden del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura, aspecto que por

virtud del artículo 237 del C de P. C., impedía su eficacia probatoria.

- El informe practicado por el ingeniero agrónomo parte de la información de pérdidas aportada exclusivamente por los demandantes en calidad de afectados, a las cuales éste aplicó unas tablas de precios de los productos que aquellos declararon perdidos por virtud de las descargas, con lo cual se violó el principio según el cual el contenido de esta prueba no puede corresponder a la voluntad de una de las partes (artículo 236, numeral 2º del C.P.C). No se encuentra prueba aportada por los afectados de los daños alegados, pues es claro que estos están en el deber de demostrar el perjuicio colectivo causado, de forma que el único medio de prueba en tal sentido que obra en el expediente es la estimación realizada a partir de sus declaraciones.

- El informe carece de motivación detallada, clara y suficiente. No viene acompañado de las supuestas encuestas realizadas, de pruebas técnicas que permitan establecer el estado de los suelos y las aguas antes y después de la ocurrencia de los vertimientos de la represa del Río Anchicayá, no demuestra con información estadística las producciones agrícolas de las zonas en los diferentes años, es decir, no cuenta con una base sólida de carácter técnico o científico que le otorgue el carácter de peritaje. Por lo cual puede decirse que el estudio realizado por la mencionada Secretaría, corresponde más a un informe técnico que proviene de la apreciación empírica del ingeniero agrónomo que de una metodología seria aplicada al caso concreto.

46.3 Se rompió el principio de inmediación en materia procesal previsto en el artículo 181 del Código de procedimiento Civil en cuanto a la ordenación, práctica y recaudo de la prueba. Resulta evidente que la denominada “prueba anticipada” ordenada por el Juzgado Tercero Civil de Buenaventura se practicó de manera simultánea al trámite de la acción de grupo instaurada por el Consejo Mayor Comunitario del Río Anchicayá y otros, aspecto que de entrada desnaturalizó la necesidad de la prueba en cuanto a su función de conservación de los hechos. Así, el juez de la acción de grupo tenía tanto la facultad como el deber de desplegar todo su poder oficioso en el proceso a su cargo para establecer aspectos medulares propios de la acción de grupo como la ocurrencia del daño, el nexo causal entre éste y los daños causados, la magnitud del daño, así como el monto de los perjuicios. (Ver numeral 24 de esta providencia)

Tanto es así, que el mismo juez que practicó la prueba anticipada dejó expresa constancia de la existencia de una acción de grupo (ver numeral 45.5 y siguientes), al punto de señalar que dado que el proceso en el cual se haría valer la prueba anticipada había sido instaurado, no se estimaba procedente seguir con su práctica y, aún al admitir que ella se siguiera practicando dejó expresa advertencia en el auto de enero 15 de 2004, que “SEGUNDO. Se advierte desde ya que la prueba decretada sólo se utilizará en el futuro proceso de Acción Popular que se instaurará según las manifestaciones del Dr. GERMAN M. OSPINA MUÑOZ.” (Folio 267 del Cuaderno 1 de pruebas), aspecto que de entrada descartaba la posibilidad de trasladar dicha prueba al trámite de acción de grupo (Ver numeral 45.6 de los hechos probados).

46.4 No obstante la expresa previsión del juez respecto de la inoperancia de la prueba anticipada frente al proceso de acción grupo, ésta fue incorporada al proceso por dos vías: 1. Por solicitud directa al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura en calidad de prueba anticipada y 2. Por su decreto como prueba solicitada por la parte demandante, a título de informe técnico en cabeza de la Secretaria de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle, con lo cual se configuró el recaudo irregular de la prueba, pues si esta era “anticipada” debió cumplirse con lo previsto en artículo 183 del Código de Procedimiento Civil, es decir, incorporarse al proceso de acción de grupo con la respectiva demanda, contestación a la demanda o presentación de excepciones o incidentes, lo cual no ocurrió en este caso.

Vale recordar como el mismo Consejo de Estado negó expresamente el traslado de la prueba recaudada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura al proceso de acción de grupo, entre otras cosas, porque fue solicitado de manera extemporánea después de la audiencia de conciliación de que trata la Ley 472 de 1998.

46.5 Resulta evidente que la parte demandante en acción popular condujo a error a los jueces de la acción popular al mostrar el informe de la Secretaria de Agricultura y Pesca, como independiente de la prueba practicada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura. De esta manera, se enmascaró la prueba anticipada, haciéndola pasar por un informe técnico en poder de una entidad pública, modificando de esta forma el origen del mismo y confirmando la forma irregular en que fue incorporada al proceso.

46.6 Lo anterior puede igualmente corroborarse a partir de la posición asumida por el Tribunal Contencioso del Valle del Cauca, que por un lado negó la posibilidad de incorporar la prueba anticipada pero, más adelante en la misma providencia, le otorgó pleno valor probatorio ya no como prueba anticipada sino como informe técnico en cabeza de una entidad oficial, olvidando el origen del citado informe.

46.7 Ahora bien, si en gracia de discusión y aras de la verdad material se aceptara la indebida incorporación de esta prueba como informe técnico, en el proceso de acción de grupo, es necesario evidenciar que al no haberse controvertido tal informe, este apenas tendría el valor de una prueba indiciaria cuyo contenido y alcance resultaría por sí sólo insuficiente para servir de base a la perito contadora para determinar los efectivos perjuicios causados a los afectados, así como para calcular el lucro cesante y el daño emergente por concepto de afectación pesquera y agrícola, como ella misma lo señala en su informe pericial (Ver numeral 45. 17 de esta providencia). Si a ello se agrega, que se trata de un informe que se basa en información suministrada por las víctimas, su contenido se torna precario para determinar los perjuicios y se convierte en un fundamento que carece de la idoneidad necesaria para convertirse en pieza central del dictamen practicado dentro de la acción de grupo, dada la omisión en la aplicación de una metodología técnica y científica comprobable para establecer la magnitud del daño y la cuantía de los perjuicios.

Pese a ello y a que la Empresa de Energía reiteró sus argumentos frente el informe pericial practicado dentro del trámite de acción de grupo, el juez de la causa se mantuvo en su terca posición de omitir la verdad material acerca del origen de la prueba y su ineptitud para probar los perjuicios. Es decir, que el juez de la acción de grupo concedió valor de plena prueba a la misma a pesar de tratarse de una prueba indebidamente recaudada, de tratarse de una prueba no controvertida, de no reunir el requisito de plena prueba, de basarse en elementos subjetivos carentes de suficiencia en la motivación para convertir dicho informe en eje central del peritaje ordenado dentro de la acción de grupo, con lo cual se configura sin mayor esfuerzo el defecto fáctico alegado por la parte actora.

47. Todo lo anterior constituye un desvío mayúsculo que trasgrede el derecho al debido proceso, el desconocer el deber de manejar la prueba con la mayor rigurosidad y valorarla de acuerdo con la sana crítica. En este caso la pluricitada prueba tomó tanta importancia en el caso concreto que resulta evidente que sin ella se genera una completa orfandad en la

motivación del fallo de acción de grupo, mas aún si se tiene en cuenta que la finalidad de la acción es principalmente indemnizatoria, aspecto que abre paso a la intervención del juez constitucional.

Dicho de otra manera, ante la censurable posición de la autoridad judicial aquí cuestionada, se torna necesario dejar sin efectos la providencia judicial que decidió el asunto en segundo grado, es decir, la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca de 07 de septiembre de 2009 y, con ella la prueba pericial ordenada mediante Auto de 22 de octubre de 2007, así como el informe practicado por la Secretaría de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle del Cauca practicado los días 1º de abril de 2003 y 24 de agosto de 2004, los cuales no podrán ser materia de análisis en este proceso - no sólo por haber sido indebidamente recaudados y aportados sino por la falta de objetividad y rigurosidad de su contenido-. Es así como, el Tribunal, atendiendo los términos establecidos en el artículo 62 de la Ley 472 de 1998, habrá de ordenar la práctica de pruebas idóneas y objetivas destinadas a probar los daños causados al grupo actor, así como el monto de los mismos, cuya práctica será por cuenta de la parte demandante o en su defecto del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, ya que se evidencia que no obra en el expediente plena prueba de ellos.

En las pruebas a practicar, bien sea dictamen pericial o cualquier otro medio, se deberá: (i) aplicar un método técnico y científico riguroso que permita establecer los verdaderos daños causados y su monto, (ii) realizarse preferiblemente por una institución universitaria que cuente con información histórica o documental, laboratorios, soporte logístico y profesionales idóneos; (iii) y con citación de las partes, de forma que el Tribunal proceda a la apreciación de la prueba en los términos establecidos en el artículo 79 de la Ley 472 de 1998.

Vale la pena anotar que no desconoce la Sala de Revisión la complejidad de la práctica de dicha prueba, sobre todo por el paso del tiempo, pero lo cierto es que esta situación no es más que el resultado de una práctica de falta de lealtad procesal en un proceso que como la acción de grupo debe buscar la verdad objetiva en cuanto a la estimación del daño. En todo caso, las pruebas a practicarse deberán demostrar los daños causados y el término durante el cual permaneció produciéndose el daño, pues existen pruebas adicionales en el expediente que demuestran el plazo de recuperación tanto del cuerpo hídrico como de los

suelos, así como su cuantía, todo ello ponderado en favor del grupo.

48. Téngase en cuenta que, como lo ha señalado la jurisprudencia en repetidos fallos, los jueces están en la obligación de efectuar una rigurosa valoración de las pruebas sometidas a su conocimiento y no permitir, como en el presente caso, que sea el perito quien a través de un informe parcial decida la litis. Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia dijo en un caso similar que es ilegal condenar a pagar perjuicios luego de terminada una ejecución, con base en “un dictamen pericial que no fue objeto de ninguna ponderación, pues los juzgadores de instancia lo acogieron sin más, bajo el argumento de que no fue objetado, en contravía de lo dispuesto en el artículo 241 del C. de P. C., que ordena tener en cuenta “la firmeza, precisión y claridad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso”.

Es que el hecho de que esa prueba resultara medular a la hora de sentenciar la contienda, ameritaba que de ella se hiciera una valoración explícita y acorde con las exigencias legales, de suerte tal que era imprescindible examinar con detalle su contenido, verificar la idoneidad de los procedimientos y metodologías utilizados(...).

Desde luego que el silencio de las partes en relación con la prueba no constituía una dispensa frente a la necesidad de hacer el mencionado análisis, el cual, valga reiterarlo, representa un mandato legal que debe verse reflejado en la motivación de la sentencia.

Por ende, haber dado pleno alcance a la referida experticia, por el solo hecho de que no fue objetada, constituye un desvío mayúsculo que trasgrede el derecho al debido proceso, no sólo por desconocer el deber de valorar la prueba de acuerdo con la sana crítica, sino por la orfandad que ello generó en la motivación del fallo, todo lo cual abre paso a la intervención del juez constitucional. Dicho de otra manera, ante el censurable proceder de la autoridad judicial aquí cuestionada, se torna necesario dejar sin efectos la providencia judicial que decidió el asunto en segundo grado, así sea que esta, desde el punto de vista formal, haya adquirido firmeza, lo cual se generó precisamente por la inexistencia de otros medios ordinarios de impugnación...”³⁰.

De allí que la Sala afirme que la decisión es justa, solo si se basa en un soporte fáctico que pueda considerarse verdadero. En este sentido, la verdad es un fin del proceso, y la solución de conflictos solo se considera adecuada si se lleva a cabo mediante decisiones justas,

basadas en un fundamento fáctico confiable y veraz.

Lo expuesto permite aseverar que la correcta aplicación del derecho, bien sea mediante la atribución de consecuencias jurídicas a determinadas situaciones de hecho, bien sea mediante la ponderación de principios en un caso concreto, solo se logra si se parte de una base fáctica adecuada. Por lo tanto, la verdad es un presupuesto de la vigencia del derecho material o, dicho de otra forma, de la justicia de las decisiones. Como lo ha reiterado esta Corte, el derecho procesal, en el marco de un estado constitucional de derecho, debe buscar la solución de conflictos, pero desde una base justa y no sólo eficiente, basada en el establecimiento de la verdad.

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en este proceso.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia de tutela proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 9 de diciembre de 2010 y, en su lugar, CONCEDER la tutela solicitada por la Empresa de Energía E.S.P. -EPSA-, por encontrar vulnerados sus derechos a la defensa, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

TERCERO.- En consecuencia, REVOCAR en su integridad la providencia de 07 de septiembre de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca con ocasión de la acción de grupo No. 2002-04564-01, instaurada por el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra del Río Anchicayá y otros.

CUARTO.- DEJAR SIN EFECTO la prueba pericial ordenada mediante Auto de 22 de octubre de 2007 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura, practicada por la contadora RITA ISABEL GONGORA ROSERO.

QUINTO.- DEJAR SIN EFECTO y valor probatorio alguno los informes rendidos por la Secretaría de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle del Cauca, ordenados como prueba anticipada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura.

SEXTO.- ORDENAR al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que disponga, dentro del término perentorio de QUINCE (15) días hábiles contados a partir de la recepción del expediente que reposa en el Consejo de Estado, la práctica de las pruebas que estime necesarias a cargo de una entidad de reconocida trayectoria técnica y científica, con el fin de que se demuestre el daño ponderado ocasionado al grupo demandante por las actividades de mantenimiento en la represa de la Central Hidroeléctrica del bajo Anchicayá, entre el 24 de julio y el 26 de agosto de 2001, tiempo que servirá como límite para dicha estimación, así como el monto de los perjuicios ocasionados. La práctica de tales pruebas debe realizarse con citación e intervención de las partes interesadas de manera que se garantice el derecho de defensa y contradicción.

SÉPTIMO.- ORDENAR por la Secretaría de esta Corporación notificar de manera personal en cuanto sea posible y por un medio de comunicación escrito de amplia circulación en el Departamento del Valle del Cauca, la parte resolutive de la presente acción de tutela, a las siguientes entidades y personas, con el fin de que se garantice su derecho de defensa en el trámite probatorio de segunda instancia de la acción de grupo:

- * Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial.
- * Defensoría del Pueblo.
- * Corporación Autónoma Regional de Valle del Cauca C.V.C.
- * Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura.
- * Habitantes de las diferentes comunidades agrupadas en el Concejo Mayor de la Comunidad Negra del Río Anchicayá, por intermedio de su representante legal Benjamín Mosquera o quien haga sus veces.
- * Habitantes del Consejo Comunitario de Taparal y Humane a través de su representante legal Luis Antonio Valencia o quien haga sus veces.
- * Habitantes del Concejo Comunitario de Bracito y Amazonas a través de su representante legal Luis Venito Valencia González o quien haga sus veces.

* Habitantes del Corregimiento El Danubio a través de su representante legal o quien haga sus veces.

* Corporación Mar Pacífico representada legalmente por el señor Otoniel Zamora o quien haga sus veces.

* Asociación Civil Pescomertil representada legalmente por la señora Cruz Elodia Aragón o quien haga sus veces.

* Asociación Civil de Plataneras las Tintoretas representada legalmente por el señor Rafael Hurtado Colorado o quien haga sus veces.

* Concejo Comunitario de Sabaletas representado por Buenaventura Caicedo Angulo y Stella Hinostroza Angulo y su apoderado principal doctor German Ospina y sustituto Gilberto Gutiérrez Zuluaga.

* Habitantes del Bajo Potedó y su apoderado Germán Ospina

Luis Antonio Torres de la cuenca del río Anchicayá, Marcelina Valenzuela Valencia, Elisa Román de Caicedo, Clarenia Valencia Gamboa, Margarita Román de Largo, Wilfrido González, Luis Hernán Alegría Mosquera, Aurora Valencia Candelo, Ana Cecilia Gamboa Albornoz, Mariluz Gamboa Albornoz, Celina Bonilla, Luciano Díaz Rodríguez, Alí Caicedo Caicedo, Herminia Caicedo de Iburguen, Gabriel Moisés Valencia Gamboa, Irgelia Granados Lozano, María Enelia Caicedo, Crisanto Rentería Gamboa, Eduardo Granados, Paulino Angulo Córdoba, Miguel Santos Angulo Córdoba, Leonidas Caicedo Murillo, Luis Caicedo Murillo, Álvaro Caicedo Gamboa, Aníbal Caicedo Bonilla, Alixtarco Cuero Gamboa, Celia Albornoz Gamboa, Mary Presentación Valencia Ruíz, Juan Paulino Angulo Ramos, Eusebio Caicedo Camacho, Etelvina Rentería, Paula Díaz de Mosquera, Francisca Rentería de Mina, Juana de Dios Zamora de Granados, Celina Aragón de Potes, Pedro Daniel Valencia, José Leonardo Gamboa, Rosario González Medina, Anselmo Gamboa y José Ramos Caicedo Acosta.

* Consejo Comunitario de Punta Soldado.

* Demás personas que formen parte del grupo y no hayan otorgado poder en el proceso de acción de grupo que residieran en la ribera del Río Anchicayá a la fecha de los hechos que acrediten que pertenecen a un Concejo Comunitario y que fueron afectados por los hechos

que motivaron la acción de grupo.

OCTAVO.- ORDENAR al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca solicite la devolución del expediente de la acción de grupo 2002-04564-01 a la Sección Tercera del Consejo de Estado, para efectos de darle cumplimiento a las órdenes contenidas en la presente providencia.

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

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

Auto 132/15

Referencia: Solicitud de Nulidad de la Sentencia de Tutela T-274 de 2012 formulada por el Consejo Comunitario Mayor de la Comunidad Negra del Río Anchicayá

Magistrada Sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá D.C., dieciseis (16) de abril de dos mil quince (2015)

Procede la Sala Plena de la Corte Constitucional a resolver la solicitud de nulidad presentada

por el Consejo Comunitario Mayor de la Comunidad Negra del Río Anchicayá, contra la sentencia de tutela T-274 de 2012, proferida por la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional.

I. ANTECEDENTES.

Hechos que motivaron la acción de tutela

1. Entre el 24 de julio y el 26 de agosto de 2001, se llevaron a cabo obras de mantenimiento en la presa de la central Hidroeléctrica del bajo Anchicayá, cuya propietaria es la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. —en adelante EPSA—.

2. El 26 de junio de 2002, el apoderado del Consejo Comunitario Mayor de la Comunidad Negra del Río Anchicayá solicitó la práctica de una prueba anticipada ante los jueces civiles del circuito de Buenaventura. Solicitó oficiar a la Gobernación del Valle del Cauca para efectuar un diagnóstico del estado de los cultivos en el área afectada por vertimientos realizados por EPSA sobre el río Anchicayá, y calcular los perjuicios materiales sufridos por los miembros del grupo. Lo hizo con fundamento en el artículo 31 de la Ley 472 de 1998, que autoriza pruebas anticipadas en las acciones populares, con el objetivo de asegurar la prueba y prevenir que se pierda o que sea imposible practicarla. Adicionalmente, solicitó que el funcionario de la Gobernación oficiado efectuara una comparación entre los daños que observe en una visita a campo, y el inventario de pérdidas individuales aportado por el grupo demandante.

3. En Auto del 12 de julio de 2002, el Juzgado 3º Civil del Circuito de Buenaventura ofició al Gobernador para que se practicara la prueba anticipada solicitada.

4. El 1º de octubre de 2002, el apoderado de las comunidades negras demandantes instauró, no una acción popular, sino una acción de grupo en contra de EPSA, de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca y del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Entre sus pretensiones solicitó una indemnización por los perjuicios que, en ejecución de dichas obras, causaron los vertimientos en el río Anchicayá. La demanda fue admitida mediante Auto del 19 de diciembre del mismo año.

5. El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura, mediante sentencia del 20

de mayo de 2009, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda de acción de grupo al disponer:

“QUINTO: Declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P, por los perjuicios ocasionados al grupo accionante, generados por el vertimiento de sedimentos en la cuenca del río Anchicayá, durante los días comprendidos entre el 23 de julio y 24 de agosto de 2001, en una proporción del 80% de las indemnizaciones.

SEXTA: La Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca C.V.C. debe responder con la indemnización de perjuicios ocasionados a los afectados en proporción de un 20% sobre el valor total de las indemnizaciones.

SÉPTIMO: Condenar a la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. y a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca C.V.C a pagar en la proporción señalada, por concepto de perjuicios materiales a favor de los accionantes, una indemnización colectiva que asciende a CIENTO SESENTA Y NUEVE MIL CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$169.054.678.044) PESOS M/CTE...

OCTAVO: El representante legal principal de la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P presentará públicamente excusas a la comunidad afectada, por los hechos acaecidos entre el 23 de julio y el 24 de agosto de 2001 en el Río Anchicayá, relacionados con el vertimiento de sedimentos en la cuenca del citado río.

DÉCIMO: Negar las demás pretensiones de la demanda”.

6. En segunda instancia, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante providencia del 07 de septiembre de 2009, modificó el numeral SÉPTIMO de la siguiente manera:

“SEPTIMO.-CONDENAR a la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. y a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca C.V.C., a pagar en la proporción señalada, por concepto de perjuicios materiales a favor de las personas que integran el grupo afectado, una indemnización colectiva que asciende a la suma de CIENTO SESENTA Y SEIS MIL

NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS VEINTITRES PESOS M/CTE (\$166.945.944.823) suma que se pagará en la forma y términos señalados en la parte motiva de esta providencia.

El monto de la indemnización colectiva será entregado al Fondo para la Defensa de los derechos e Intereses Colectivos, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. Será administrado por el Defensor del Pueblo, quien también estará a cargo de pagar las indemnizaciones individuales de los grupos presentes y ausentes del proceso. 'Todas las solicitudes presentadas oportunamente se tramitarán y decidirán conjuntamente mediante acto administrativo en el cual se reconocerá el pago de la indemnización, previa comprobación de los requisitos exigidos en la sentencia para demostrar que forma parte del grupo en cuyo favor se decretó la condena.'

7. Contra las citadas actuaciones EPSA interpuso acción de tutela para solicitar el amparo a sus derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, alegando la indebida valoración del material probatorio que dio lugar a la tasación del perjuicio. Según la accionante, los jueces de instancia basaron su decisión en un informe practicado por la Secretaría de Agricultura y Pesca del Valle del Cauca, el cual practicó el ingeniero agrónomo Manuel Antonio Soto, que presentaba deficiencias legales en su incorporación al proceso, en el sentido de que:

-Dicho informe fue incorporado como prueba anticipada, no obstante que se realizó con posterioridad al inicio del trámite de la acción de grupo, y, en consecuencia, no fue incluido en la demanda como lo dispone el artículo 183 del Código de Procedimiento Civil.

-A pesar de que en el proceso de acción de grupo se determinó, en un principio, que tal dictamen no podía tenerse como prueba anticipada, posteriormente, sin embargo, fue considerado a título de prueba solicitada por la parte demandante, convirtiéndose, así, en fundamento de un nuevo dictamen pericial.

-El informe no fue resultado de un estudio técnico y objetivo, toda vez que se basó en una metodología de visitas a las mismas personas que fungían como accionantes, sin ningún rigor de pruebas técnicas que lo sustentaran.

-Y finalmente, no se concedieron las oportunidades procesales para controvertirlo, ni se dio

trámite a las solicitudes de nulidad que presentó.

8. Con fundamento en las anteriores apreciaciones, EPSA solicitó en la acción de tutela:

“(...). Como consecuencia del otorgamiento del amparo, y como medida provisional ordenar la suspensión de los efectos de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y, por tanto, el adelanto de cualquier actuación encaminada a su ejecución, hasta tanto se decida, bien por esta vía, bien por la vía de la Revisión eventual o bien por la Revisión la (sic) extraordinaria, sobre la anulación o modificación de ésta.”

“En caso de declarar la prosperidad de la medida provisional de suspensión, remitir copia del presente memorial y de las pruebas que se anexan, a la Sección 3ª del Consejo de Estado a quien corresponde decidir sobre la revisión eventual, en la medida en que los documentos que se ponen a disposición del Tribunal, si bien obran en el expediente, se han ordenado para facilitar a los jueces el estudio y análisis, de las actuaciones que ameritan la escogencia del caso para la citada revisión (...).”

“En subsidio de la petición tercera proferir las ordenes (sic) u ordenar las pruebas que resulten pertinentes para modificar la sentencia, teniendo en cuenta que el Tribunal del Valle que tuvo la oportunidad de corregir las falencias del fallo de primera instancia, optó por ignorarlas y agravó su situación, al negarle el ejercicio de los derechos fundamentales enunciados”.

“Dar traslado a la Procuraduría General de la Nación con el fin de que acompañe toda esta actuación, como la de la selección para revisión eventual y, de encontrarlo útil poner en conocimiento de (sic) Defensoría del Pueblo, la demanda mediante la cual se instaura la presente acción”.

9. En sentencia del 20 de mayo de 2010, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, resolvió rechazar por improcedente la acción de amparo toda vez que, (i) aún no había sido resuelta la petición de revisión eventual que el Ministerio Público había formulado al Consejo de Estado, y, en ese orden de ideas, (ii) tampoco se encontró que existiera un perjuicio irremediable que justificara su procedencia como mecanismo transitorio.

10. Por su parte, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia del 9 de diciembre de

2010, confirmó el fallo de primera instancia por cuanto, de manera general, la acción de tutela no resulta procedente para cuestionar decisiones judiciales, máxime cuando en el caso objeto de estudio EPSA contó con todas las oportunidades procesales para cuestionar el mencionado informe aportado al proceso.

11. Por Auto del 28 de mayo de 2012, la Sección Tercera del Consejo de Estado resolvió seleccionar para revisión el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca del 7 de septiembre de 2009 dentro del proceso de acción de grupo.

12. Finalmente, la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante auto del 24 de octubre de 2012, resolvió archivar por sustracción de materia el trámite de revisión del proceso anteriormente mencionado, toda vez que la Corte Constitucional había revocado, mediante Sentencia T-274 de 2012, una providencia dentro del proceso de acción de grupo y, por consiguiente, el trámite debía retrotraerse a dicho momento.

Trámite ante la Corte Constitucional

Por medio de la Sentencia T-274 de 2012, la Sala Tercera de Revisión concedió el amparo solicitado por EPSA, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. El problema jurídico a resolver giraba en torno a definir si en el trámite del proceso de acción de grupo se estructuraba un defecto fáctico, capaz de vulnerar los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P., por el hecho de haber permitido “que como fundamento esencial del dictamen pericial por el cual se estableció el monto del daño objeto de la acción de grupo, se incorporara un informe técnico practicado a título de prueba anticipada en otra instancia judicial simultánea a la acción de grupo, el cual a juicio del actor además de que fue indebidamente incorporada al proceso, carecía de fundamento objetivo de valoración”.

Para tal efecto, el estudio constitucional se ordenaba en seis aspectos a resolver:

“ i) la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración. (ii) Verificación de los requisitos genéricos de procedibilidad de la acción de tutela en el caso concreto, en punto a verificar si estos presupuestos aplican al caso, especialmente el requisito de subsidiaridad al tratarse de una acción de grupo que se encuentra pendiente de

selección para revisión ante el Consejo de Estado. (iii) Se revisará en términos generales en qué consiste el defecto fáctico. Reiteración. (iv) Se establecerá cuál es el alcance de la prueba anticipada, cómo y en qué oportunidad se ejerce el derecho de contradicción y cuál es el procedimiento para incorporar dicha prueba al proceso de destino. (v) De igual forma se analizará el alcance y características del dictamen pericial y de los informes técnicos. (vi) Finalmente se resolverá el caso concreto”.

Sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, sostuvo que, no obstante su carácter subsidiario, la acción en el presente caso procede según los criterios desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. La Sentencia T-274 de 2012 hace un recuento de la evolución jurisprudencial sobre la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales. Este recuento empieza con la Sentencia C-543 de 1992 y su desarrollo en otros fallos como el T-079 de 1993 y T-158 de 1993; y la posterior denominación de las vías de hecho señaladas en la Sentencia T-231 de 1994. Así mismo, incluye en el recuento un conjunto de sentencias en las que se han reiterado y precisado las reglas de procedencia de la acción de tutela contra Sentencias, tales como las Sentencias T-462 de 2003, T-949 de 2003 y C-590 de 2005, en la que se recopilaron dichas reglas de procedencia. Dentro de estos se distinguen unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan la procedencia misma del amparo.

En el caso sub examine, se verificaron los requisitos de procedibilidad de la siguiente manera:

“ (...) (i) no ataca un fallo de tutela; (ii) se han identificado de manera concreta los hechos que a juicio del actor quebrantan sus derechos, esto es, la incorporación indebida de una prueba al proceso de acción de grupo a partir de la cual se estableció el monto de los perjuicios, así como la falta de idoneidad de la prueba pericial ordenada para este fin, aspectos que considera defectos fácticos que habilitan la acción de tutela; (iii) se cumple con la invocación del derecho fundamental violado, que en este caso se concreta en el debido proceso y en el acceso a la Administración de Justicia, asunto que tiene la relevancia constitucional requerida para que resulte procedente la acción de tutela contra providencias judiciales; (iv) se cumple con el requisito de inmediatez en consideración a que la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que es objeto de la presente

acción de tutela, se profirió 7 de septiembre de 2009 y la acción fue interpuesta el 8 de febrero de 2010, esto es, dentro del término razonable estimado por la Corte Constitucional en su jurisprudencia para su procedencia, de manera que la tensión que existe entre el derecho a cuestionar las decisiones judiciales mediante la acción de tutela y el derecho a la firmeza de las sentencias y a la seguridad jurídica sea resuelto dentro de un plazo proporcionado”.

El requisito de la subsidiariedad fue analizado en la sentencia cuya nulidad se pretende, en los fundamentos jurídicos 12 a 16. La Sala estimó que debe atenderse al hecho de que los jueces constitucionales de primera y segunda instancia rechazaron el amparo en razón a que, frente a la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, cabía la posibilidad de la selección para revisión eventual de la acción de grupo por parte del Consejo del Estado. Sin embargo, sostuvo que el mecanismo de revisión en el presente caso no es idóneo, y por lo tanto, no desplaza a la acción de tutela.

Para sustentar su conclusión en relación con la falta de idoneidad del mecanismo de revisión ante el Consejo de Estado, la Sentencia se basó en dos argumentos principales. Por un lado, sostuvo que la demora de dos años en la selección de la acción de grupo para revisión por parte del Consejo de Estado hace que el recurso no sea idóneo. Aunque no dijo nada en relación con la razón por la cual la demora le permitía concluir la falta de idoneidad en el presente caso, este argumento, consideró que la sola demora en decidir la revisión era suficiente para concluir que la tutela era procedente como mecanismo definitivo de protección de los derechos fundamentales invocados.

El segundo argumento para declarar procedente al acción de tutela en el presente caso es el condicionamiento que introdujo el numeral décimo segundo de la Sentencia C-713 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) a la constitucionalidad del inciso primero y al párrafo primero del artículo 11 de la Ley 1285 de 2009. Según dicho condicionamiento el recurso de revisión no desplaza a la acción de tutela porque, según dijo la Corte: “aun en el evento en el cual esté pendiente la posible revisión por parte del Consejo de Estado de una acción popular o de grupo, tal situación no excluye la procedencia de la acción de tutela”.

Después de establecer que la acción de tutela era procedente, la Sentencia entró a analizar el tema de la actividad probatoria en el trámite de la acción de grupo, para lo cual planteó

una serie de consideraciones generales sobre el defecto fáctico. Posteriormente, la Corte entró a analizar si en el proceso de acción de grupo los jueces de instancia habían incurrido en un defecto fáctico. Para tal efecto, la Corte tuvo en cuenta dos aspectos señalados por la apoderada de la empresa demandante. En particular, que el informe elaborado por el ingeniero agrónomo Manuel Soto había sido ilegalmente aportado al proceso, y que no era idóneo.

Estos dos defectos resultaban pertinentes por dos razones principales. En primer lugar, según la apoderada de la empresa demandante, el dictamen pericial que estableció el monto de la indemnización se basó exclusivamente en tal informe. Por lo tanto, una prueba no idónea determinó el monto de la indemnización en el presente caso. En segunda medida, debido a que al haberse aportado ilegalmente como prueba anticipada, la empresa no había tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción. En este orden de ideas, era necesario hacer un análisis teórico tendiente a identificar cuál era la naturaleza procesal de dicho informe, de tal modo que en calidad de prueba anticipada, dictamen pericial o informe técnico, fuera posible identificar los requisitos legales indispensables para ser incorporado al proceso.

Con respecto a la prueba anticipada indicó que constituye una excepción al principio de inmediación, que indica que es el juez de conocimiento quien ordena y practica las pruebas requeridas dentro del proceso. De tal modo, la prueba anticipada es un tipo de prueba que “se practica con anterioridad al proceso en el cual se pretende hacer valer, con el propósito de conservarla o asegurarla en punto a evitar que pierda toda eficacia probatoria”³¹. De manera que la Sala consideró conveniente recordar que en atención a la jurisprudencia de la Corte “para la validez y valoración de estas pruebas debe garantizarse a la contraparte el escenario para controvertirlas bien al momento de su práctica bien dentro del proceso en el cual se pretenda hacerlas valer”³². Así las cosas, “(...) la determinación de la validez y la eficacia de la prueba anticipada en últimas no corresponde al juez que la practica sino al juez que conoce de la controversia”.

Con todo ello, aclaró, la incorporación de las pruebas anticipadas requiere, según el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil, que se “(...) acompañen los escritos de demanda, o excepciones o a sus respectivas contestaciones o aquellos en que se promuevan incidentes o se les dé respuesta”.

Por su parte, sobre la prueba pericial señaló que tiene como propósito aportar al proceso elementos de juicio ajenos al saber jurídico, en donde se expresen conceptos cualificados de expertos en materias científicas, técnicas o artísticas; conceptos que no constituyan opiniones personales sino conceptos técnicos de carácter imparcial, resultantes de un encargo judicial previo y que, además sean motivados y sometidos a contradicción de la contraparte.

Estas circunstancias, entonces, deben observarse incluso si el dictamen es practicado de manera anticipada, caso en el cual, según el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil, se tramitará como incidente, y se correrá traslado a la parte contraria para que en el transcurso del proceso pueda ejercer su derecho a la contradicción. En estos términos, para que la prueba pericial practicada de manera anticipada tenga pleno valor debe ser: “1. Sometida al principio de contradicción y 2. Regular y legalmente incorporada al proceso en el cual se pretende hacer valer, conforme con las reglas previstas en la ley para el efecto”³³. Dicho de otro modo, si el dictamen pericial fue indebidamente incorporado al proceso y, además, no fue sometido a contradicción dentro de él, carece de mérito probatorio y, por lo mismo, no puede ser valorado judicialmente porque no corresponde a una prueba legalmente practicada.

Los informes técnicos pueden definirse —dice la Sala— como aquellos “conceptos técnicos, científicos o artísticos que han sido elaborados por fuera del proceso y por encargo de una de las partes que ha escogido al profesional que emite su opinión”, los cuales “deben ser motivados y puestos a consideración de las partes por el término de tres (3) días para su complementación o aclaración, o sea que no es posible objetarlos por error grave”³⁴.

En definitiva, sobre el tema probatorio, la Sentencia concluyó que la ley es clara en:

“i. Definir qué es una prueba anticipada y cuál es su finalidad, de forma que no será prueba anticipada la que se practica de forma simultánea al proceso en el cual se pretende hacer valer. ii. Establecer el momento procesal en el cual debe ser incorporada la prueba anticipada al proceso donde se pretenda hacer valer, de manera que la prueba incorporada por fuera de dichos términos se tendrá por prueba indebidamente recaudada. iii. Asegurar el derecho de contradicción al dictamen pericial con el fin de otorgarle el carácter de plena prueba, al punto que si este derecho no se garantiza, la misma sólo tendrá el carácter de

prueba sumaria y no de plena prueba. Por ello, la omisión del juez de los asuntos previstos en los numerales i y ii ó el otorgar el carácter de plena prueba a aquella que no fue controvertida constituye un defecto fáctico que puede ser corregido por vía de tutela cuando los mismos hubiesen sido determinantes en la sentencia”.

Así las cosas, en el caso concreto, la Corte llamó la atención en el sentido de que en un pleito indemnizatorio, como es el originado en una acción de grupo, “el daño o perjuicio, como elemento común de la responsabilidad, debe estar plenamente probado y razonablemente liquidado”, para cuya estimación se tuvo en cuenta el informe realizado por un funcionario de la Secretaría de Agricultura y Pesca a título de prueba anticipada. Sin embargo, y contrario a las consideraciones vistas, fue realizado con posterioridad al inicio el proceso judicial de acción de grupo.

En consecuencia, concluyó, los falladores de primera y segunda instancia incurrieron en “defecto fáctico”, no en cuanto a la demostración de la ocurrencia del daño —aspecto que resulta indiscutible—, sino frente a la tasación de la magnitud de éste y el monto de los perjuicios que tuvo como sustento principal el informe técnico cuestionado. En concreto dijo:

“46.1 Queda claro que la prueba anticipada practicada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura a título de prueba anticipada corresponde al informe rendido por la Secretaria de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle del Cauca.

Es decir, el informe con que contaba la Secretaria de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle sobre los perjuicios causados con ocasión de las maniobras de mantenimiento de la represa del Río Anchicayá, no era un informe aislado adelantado por la Secretaría dentro del giro de su gestión sino claramente el producto de la orden impartida a la Gobernación por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura dentro del trámite de práctica de “prueba anticipada”, razón por la cual, no puede escindir el informe de su origen -la orden del juzgado- so pretexto de incorporarlo como una prueba autónoma dentro del proceso a título de informe técnico”.

46.2 Ahora bien, esta prueba en realidad nunca reunió los requisitos propios del dictamen pericial y tampoco los de plena prueba en razón a que:

- No se produjo auto destinado a designar peritos, fijar fecha y hora de posesión de los mismos, tomar juramento de no encontrarse impedido, fijar el término para rendir el dictamen.

- No hubo lugar a la contradicción del dictamen en la medida que este no se practicó con citación de las partes y aunque la empresa demandada presentó sus objeciones ante esa instancia una vez rendido el informe, éstas no fueron definidas por el juez que practicó la prueba anticipada, como tampoco posteriormente por el juez de la acción de grupo, trámite en el cual se pretendió hacer valer dicho informe. Ello por cuanto si bien el Tribunal se pronunció sobre el error grave alegado por la Empresa de Energía, este error se predicó de la prueba pericial ordenada dentro del proceso de acción de grupo y practicado por Rita Isabel Góngora Rosero, pero no respecto del informe efectuado por la Secretaria de Agricultura y Pesca por orden del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura, aspecto que por virtud del artículo 237 del C de P. C., impedía su eficacia probatoria.

- El informe practicado por el ingeniero agrónomo parte de la información de pérdidas aportada exclusivamente por los demandantes en calidad de afectados, a las cuales éste aplicó unas tablas de precios de los productos que aquellos declararon perdidos por virtud de las descargas, con lo cual se violó el principio según el cual el contenido de esta prueba no puede corresponder a la voluntad de una de las partes (artículo 236, numeral 2º del C.P.C). No se encuentra prueba aportada por los afectados de los daños alegados, pues es claro que estos están en el deber de demostrar el perjuicio colectivo causado, de forma que el único medio de prueba en tal sentido que obra en el expediente es la estimación realizada a partir de sus declaraciones.

- El informe carece de motivación detallada, clara y suficiente. No viene acompañado de las supuestas encuestas realizadas, de pruebas técnicas que permitan establecer el estado de los suelos y las aguas antes y después de la ocurrencia de los vertimientos de la represa del Río Anchicayá, no demuestra con información estadística las producciones agrícolas de las zonas en los diferentes años, es decir, no cuenta con una base sólida de carácter técnico o científico que le otorgue el carácter de peritaje. Por lo cual puede decirse que el estudio realizado por la mencionada Secretaría, corresponde más a un informe técnico que proviene de la apreciación empírica del ingeniero agrónomo que de una metodología seria aplicada al caso concreto.

46.3 Se rompió el principio de inmediación en materia procesal previsto en el artículo 181 del Código de procedimiento Civil en cuanto a la ordenación, práctica y recaudo de la prueba. Resulta evidente que la denominada “prueba anticipada” ordenada por el Juzgado Tercero Civil de Buenaventura se practicó de manera simultánea al trámite de la acción de grupo instaurada por el Consejo Mayor Comunitario del Río Anchicayá y otros, aspecto que de entrada desnaturalizó la necesidad de la prueba en cuanto a su función de conservación de los hechos. Así, el juez de la acción de grupo tenía tanto la facultad como el deber de desplegar todo su poder oficioso en el proceso a su cargo para establecer aspectos medulares propios de la acción de grupo como la ocurrencia del daño, el nexo causal entre éste y los daños causados, la magnitud del daño, así como el monto de los perjuicios”.

Así pues, el mencionado informe fue incorporado al proceso por dos vías: “1. Por solicitud directa al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura en calidad de prueba anticipada y 2. Por su decreto como prueba solicitada por la parte demandante, a título de informe técnico en cabeza de la Secretaria de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle”. Con lo cual se configuró un recaudo irregular de la prueba “pues si esta era “anticipada” debió cumplirse con lo previsto en artículo 183 del Código de Procedimiento Civil, es decir, incorporarse al proceso de acción de grupo con la respectiva demanda, contestación a la demanda o presentación de excepciones o incidentes, lo cual no ocurrió en este caso”³⁵.

Además, advierte la Corte que no debe pasarse por alto la actuación de la parte demandante en el proceso de acción de grupo, quien condujo a error a los jueces, toda vez que “enmascaró la prueba anticipada, haciéndola pasar por un informe técnico en poder de una entidad pública, modificando de esta forma el origen del mismo y confirmando la forma irregular en que fue incorporada al proceso”³⁶. Sin embargo, no fundamenta esta afirmación en la existencia de una prueba o indicio de la mala fe del apoderado de las comunidades negras, de los jueces de instancia, o de los consejeros de la Sección Tercera del Consejo de Estado que confirmaron la orden dictada por el Tribunal Contencioso del Valle de practicar dicha prueba.

Ahora bien, en relación con la falta de idoneidad del informe de la Secretaría de Agricultura y Pesca del Valle del Cauca, la Sentencia dice lo siguiente: “(...) si en gracia de discusión y aras de la verdad material se aceptara la indebida incorporación de esta prueba como informe técnico, en el proceso de acción de grupo, es necesario evidenciar que al no haberse

controvertido tal informe, este (sic) apenas tendría el valor de una prueba indiciaria cuyo contenido y alcance resultaría por sí sólo insuficiente para servir de base a la perito contadora para determinar los efectivos perjuicios causados a los afectados, así como para calcular el lucro cesante y el daño emergente por concepto de afectación pesquera y agrícola, como ella misma lo señala en su informe pericial (Ver numeral 45. 17 de esta providencia). Si a ello se agrega, que se trata de un informe que se basa en información suministrada por las víctimas, su contenido se torna precario para determinar los perjuicios y se convierte en un fundamento que carece de la idoneidad necesaria para convertirse en pieza central del dictamen practicado dentro de la acción de grupo, dada la omisión en la aplicación de una metodología técnica y científica comprobable para establecer la magnitud del daño y la cuantía de los perjuicios”³⁷.

Lo que en definitiva llevó a la Sala a concluir que “[e]n este caso la pluricitada prueba tomó tanta importancia en el caso concreto que resulta evidente que sin ella se genera una completa orfandad en la motivación del fallo de acción de grupo, mas (sic) aún si se tiene en cuenta que la finalidad de la acción es principalmente indemnizatoria, aspecto que abre paso a la intervención del juez constitucional”.

Todo lo anterior condujo a la Corte a considerar necesaria una nueva práctica de pruebas, sea por dictamen pericial o cualquier otro medio, pero teniendo en cuenta que se deberá: “(i) aplicar un método técnico y científico riguroso que permita establecer los verdaderos daños causados y su monto, (ii) realizarse preferiblemente por una institución universitaria que cuente con información histórica o documental, laboratorios, soporte logístico y profesionales idóneos; (iii) y con citación de las partes, de forma que el Tribunal proceda a la apreciación de la prueba en los términos establecidos en el artículo 79 de la Ley 472 de 1998”. Y aunque reconoció la complejidad práctica para la ejecución probatoria, sobre todo debido al paso del tiempo, lo cierto es que en un proceso de esta naturaleza “las pruebas a practicarse deberán demostrar los daños causados y el término durante el cual permaneció produciéndose el daño (...)”

Con base en estas consideraciones, la Corte Constitucional resolvió en la Sentencia T-274 de 2012 lo siguiente:

“PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en este proceso.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia de tutela proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 9 de diciembre de 2010 y, en su lugar, CONCEDER la tutela solicitada por la Empresa de Energía E.S.P. -EPSA-, por encontrar vulnerados sus derechos a la defensa, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

TERCERO.- En consecuencia, REVOCAR en su integridad la providencia de 07 de septiembre de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca con ocasión de la acción de grupo No. 2002-04564-01, instaurada por el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra del Río Anchicayá y otros.

CUARTO.- DEJAR SIN EFECTO la prueba pericial ordenada mediante Auto de 22 de octubre de 2007 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura, practicada por la contadora RITA ISABEL GONGORA ROSERO.

QUINTO.- DEJAR SIN EFECTO y valor probatorio alguno los informes rendidos por la Secretaría de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle del Cauca, ordenados como prueba anticipada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura.

SEXTO.- ORDENAR al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que disponga, dentro del término perentorio de QUINCE (15) días hábiles contados a partir de la recepción del expediente que reposa en el Consejo de Estado, la práctica de las pruebas que estime necesarias a cargo de una entidad de reconocida trayectoria técnica y científica, con el fin de que se demuestre el daño ponderado ocasionado al grupo demandante por las actividades de mantenimiento en la represa de la Central Hidroeléctrica del bajo Anchicayá, entre el 24 de julio y el 26 de agosto de 2001, tiempo que servirá como límite para dicha estimación, así como el monto de los perjuicios ocasionados. La práctica de tales pruebas debe realizarse con citación e intervención de las partes interesadas de manera que se garantice el derecho de defensa y contradicción.

SÉPTIMO.- ORDENAR por la Secretaría de esta Corporación notificar de manera personal en cuanto sea posible y por un medio de comunicación escrito de amplia circulación en el Departamento del Valle del Cauca, la parte resolutive de la presente acción de tutela, a las siguientes entidades y personas, con el fin de que se garantice su derecho de defensa en el trámite probatorio de segunda instancia de la acción de grupo:

- * Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial.
- * Defensoría del Pueblo.
- * Corporación Autónoma Regional de Valle del Cauca C.V.C.
- * Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura.
- * Habitantes de las diferentes comunidades agrupadas en el Concejo Mayor de la Comunidad Negra del Río Anchicayá, por intermedio de su representante legal Benjamín Mosquera o quien haga sus veces.
- * Habitantes del Consejo Comunitario de Taparal y Humane a través de su representante legal Luis Antonio Valencia o quien haga sus veces.
- * Habitantes del Concejo Comunitario de Bracito y Amazonas a través de su representante legal Luis Venito Valencia González o quien haga sus veces.
- * Habitantes del Corregimiento El Danubio a través de su representante legal o quien haga sus veces.
- * Corporación Mar Pacífico representada legalmente por el señor Otoniel Zamora o quien haga sus veces.
- * Asociación Civil Pescomertil representada legalmente por la señora Cruz Elodia Aragón o quien haga sus veces.
- * Asociación Civil de Plataneras las Tintoretas representada legalmente por el señor Rafael Hurtado Colorado o quien haga sus veces.
- * Concejo Comunitario de Sabaletas representado por Buenaventura Caicedo Angulo y Stella Hinostroza Angulo y su apoderado principal doctor German Ospina y sustituto Gilberto Gutiérrez Zuluaga.
- * Habitantes del Bajo Potedó y su apoderado Germán Ospina

* Las siguientes personas:

Luis Antonio Torres de la cuenca del río Anchicayá, Marcelina Valenzuela Valencia, Elisa Román de Caicedo, Clarenia Valencia Gamboa, Margarita Román de Largo, Wilfrido González, Luis Hernán Alegría Mosquera, Aurora Valencia Candelo, Ana Cecilia Gamboa Albornoz, Mariluz Gamboa Albornoz, Celina Bonilla, Luciano Díaz Rodríguez, Alí Caicedo Caicedo, Herminia Caicedo de Iburguen, Gabriel Moisés Valencia Gamboa, Irgelia Granados Lozano, María Enelia Caicedo, Crisanto Rentería Gamboa, Eduardo Granados, Paulino Angulo Córdoba, Miguel Santos Angulo Córdoba, Leonidas Caicedo Murillo, Luis Caicedo Murillo, Álvaro Caicedo Gamboa, Aníbal Caicedo Bonilla, Alixtarco Cuero Gamboa, Celia Albornoz Gamboa, Mary Presentación Valencia Ruíz, Juan Paulino Angulo Ramos, Eusebio Caicedo Camacho, Etelvina Rentería, Paula Díaz de Mosquera, Francisca Rentería de Mina, Juana de Dios Zamora de Granados, Celina Aragón de Potes, Pedro Daniel Valencia, José Leonardo Gamboa, Rosario González Medina, Anselmo Gamboa y José Ramos Caicedo Acosta.

* Consejo Comunitario de Punta Soldado.

* Demás personas que formen parte del grupo y no hayan otorgado poder en el proceso de acción de grupo que residieran en la ribera del Río Anchicayá a la fecha de los hechos que acrediten que pertenecen a un Concejo Comunitario y que fueron afectados por los hechos que motivaron la acción de grupo.

OCTAVO.- ORDENAR al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca solicite la devolución del expediente de la acción de grupo 2002-04564-01 a la Sección Tercera del Consejo de Estado, para efectos de darle cumplimiento a las órdenes contenidas en la presente providencia”.

El 27 de septiembre de 2012, el ciudadano Germán M. Ospina Muñoz, en calidad de apoderado del Consejo Mayor de la Comunidad Negra del Río Anchicayá, interpuso incidente de nulidad contra la Sentencia T-274 de 2012, proferida por la Sala Tercera de Revisión de esta Corporación el 11 de abril del mismo año. En su solicitud realizó unas primeras consideraciones generales sobre la procedencia del incidente de nulidad frente a las sentencias de la Corte Constitucional, haciendo especial énfasis en la causal de nulidad por cambio de la jurisprudencia de la Sala Plena. Y enseguida indicó que la presente solicitud de nulidad se basaba en (i) el desconocimiento de la jurisprudencia constitucional y (ii) en una arbitraria omisión en el análisis de asuntos de relevancia constitucional que tienen efectos

trascendentales para el sentido de la decisión.

Para desarrollar estos puntos el incidentante consideró necesario traer a colación el mismo problema jurídico resuelto en la Sentencia T-274 de 2012, concluyendo que “el asunto se reduce a la incorporación de un informe técnico practicado a título de prueba anticipada en otra instancia judicial simultánea a la acción de grupo”. Con lo cual pone en cuestión, mediante el incidente de nulidad, que en la Sentencia objeto de estudio se dejan de analizar “asuntos de relevancia constitucional como es el debido proceso y lo más importante como son (sic) LOS DERECHOS HUMANOS vulnerados de las víctimas de Anchicayá, como es la vida digna, los derechos de una etnia minoritaria, los derechos de los niños, de ancianos, derechos aun (sic) medio ambiente, etc...”.

Para tal efecto fundamentó su petición en los siguientes argumentos:

1. Desconocimiento del principio de inmediatez, por cuanto la tutela, al pretender cuestionar el informe técnico, debió ser interpuesta una vez el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca profirió el auto de pruebas, o máximo cuando se profirió la sentencia de primera instancia, y no hasta el fallo que resolvió definitivamente el litigio.
2. Inobservancia del principio de subsidiariedad, teniendo en cuenta que la acción de grupo era susceptible de ser revisada eventualmente por el Consejo de Estado, y que de hecho fue seleccionada mediante Auto del 28 de marzo de 2012. Resulta, entonces, improcedente el argumento que tuvo en cuenta la Sala de conocer de la acción de tutela, en el sentido que el retardo del Consejo de Estado para resolver la posible selección, no ofrece la idoneidad para definir sobre la posible vulneración de los derechos fundamentales. Esto justificaría a la Corte para conocer de cualquier proceso ya que la congestión judicial es una regla.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que el Auto por el cual el Consejo de Estado decidió seleccionar la acción de grupo no se refiere al informe técnico sobre el cual alega EPSA, queda sentado que el Consejo de Estado no recibe sus alegaciones.

3. Que con el fallo de tutela cuestionado contraría la jurisprudencia de la Sala Plena en lo referente a las sentencias C-504 de 2000, la C-504 de 2000, la SU-118 de 2001 y la SU-159 de 2002. (El incidentante no menciona los motivos de dicha contrariedad).

4. No existe un perjuicio irremediable que justifique el conocimiento preferente de la acción de tutela, pues la supuesta afectación al erario público con motivo de la indemnización está prevista contablemente en los balances de EPSA.

5. La Sentencia T-274 de 2012, hizo un análisis insuficiente del defecto fáctico por el cual se concedió el amparo, toda vez que si bien consideró la ilegalidad de una prueba anticipada en cuanto que se aportó extemporáneamente, no tuvo en cuenta: en primer lugar, que dicho informe fue incorporado posteriormente como prueba dentro del proceso, que contenía información verídica y objetiva realizada por un profesional acreditado; y, en segundo lugar, el resto del material probatorio que sustentaba la indemnización.

6. Se desconocen los principios de seguridad jurídica, juez natural y autonomía judicial, en tanto que el fallo de la Corte omite que EPSA ya ha contado con suficientes medios de defensa y aún se encuentra pendiente el proceso de revisión a cargo del Consejo de Estado.

7. No se tuvo en cuenta que la prueba cuestionada en el proceso de amparo era un informe técnico —y no un dictamen pericial— que reunió todos los requisitos legales para ser aportado al proceso, con las posibilidades de controversia para la contraparte, y con las condiciones de objetividad en su realización.

8. La Sentencia T-274 de 2012 comporta un claro desconocimiento de los derechos de las víctimas de Anchicayá.

9. La orden proferida en la Sentencia cuestionada, en cuanto a la práctica de una nueva prueba, resulta de imposible cumplimiento en atención a los años que han transcurrido desde la ocurrencia de los hechos. En este sentido, la orden no solamente carece de fundamento, sino que, además, desconoce la autonomía judicial al indicar al juez cómo y en cuánto tiempo debe practicarla.

III. INTERVENCIONES

A esta Corporación se presentaron los siguientes escritos relacionados con la nulidad invocada:

1. El día 30 de octubre de 2012, la doctora Martha Clemencia Cediél, actuando en la calidad

de apoderada de EPSA, presenta escrito aduciendo los siguientes argumentos:

El incidentante no asume la carga argumentativa para demostrar de qué manera la Sentencia T-274 de 2012 incurrió en una grave violación del debido proceso.

El escrito de solicitud de nulidad se extiende en consideraciones generales sobre el cambio en la jurisprudencia de la Sala Plena como causal de nulidad, sin embargo, no pasa a explicar cómo se concreta tal causal en la Sentencia T-274 de 2012, limitándose a una simple enunciación de sentencias de la Corte Constitucional sin que se señalen los puntos de discordancia. Dichas sentencias, además, no hacen referencia a casos que tengan relación fáctica con el caso objeto de discusión. Así, las tres primeras citadas no fueron proferidas por la Sala Plena y, en gracia de discusión, no se refieren a casos similares al estudiado en esta oportunidad; por su parte, las mencionadas C-504 de 2000 y SU 118 de 2001 no existen, y la C-590 de 2005 sistematiza la procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, lo que en el presente caso no se ha contrariado.

La Sentencia T-274 de 2012 aplicó correctamente el precedente jurisprudencial de la Sala Plena al observar las causales de procedibilidad de la acción de tutela frente a providencias judiciales descritas en la sentencia C- 590 de 2005, y en concreto la C-713 de 2008 referida a providencias que se profieren en acciones populares y de grupo. Y de manera más precisa “analizó y reiteró la jurisprudencia existente sobre el defecto fáctico, para encontrar que en los hechos de este caso sí se cometió un defecto fáctico violatorio del debido proceso”.

No se encuentra que el incidentante haya cumplido con la carga de señalar “de manera concreta ningún asunto omitido de la sentencia que (i) sea constitucionalmente relevante y (ii) cuya omisión tenga incidencia directa en la decisión”. Y en cambio, hace referencia a aspectos de la Sentencia que simplemente no comparte. A saber los siguientes:

a) La Sentencia T-274 de 2012 tiene en cuenta el hecho de que se encontraba pendiente la revisión eventual del Consejo de Estado, sólo que la Sala se ajustó a la jurisprudencia de la misma Corporación que dispone que tal situación expectante no excluye la procedencia de la acción de tutela (Sentencia C-713 de 2008, T-315 de 2010).

b) La Sala no confundió la naturaleza de la prueba cuestionada, de hecho hizo una distinción entre prueba anticipada, prueba pericial e informe técnico, y definió que el informe en

cuestión había sido allegado al proceso como prueba anticipada, sólo que no reunía los requisitos legales para incorporarse al proceso, y no podía escindirse de su origen y ser tomado como un informe aislado. Y en todo caso, la valoración que se haga del material probatorio en sede de tutela, no es una causal de nulidad, y más bien es sólo una inconformidad del incidentante con el fallo.

c) La Sala sí tuvo en cuenta la complejidad de la orden que había dado en la parte resolutive, sobre todo por el paso del tiempo, pero ante la falta de lealtad en el proceso era necesario la búsqueda de la verdad objetiva.

d) En la Sentencia T-274 de 2012, no se desconoce la contundencia de los fallos de instancia en este proceso de tutela por parte del Consejo de Estado, sólo que la Sala se alinea con la jurisprudencia constitucional que prevé la procedibilidad de la acción de amparo contra providencias judiciales (C-590 de 2005).

2. Gustavo Adolfo Murgueitio obrando en nombre y representación de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (CVC) presenta escrito oponiéndose a la solicitud de nulidad. Considera que en el incidente presentado no se expone con claridad ninguna violación grave al debido proceso. En su lugar, es una “crítica subjetiva” de los argumentos jurídicos del fallo de tutela, en concreto con la valoración hecha por la Sala en relación con el manejo probatorio dentro del proceso de acción de grupo.

Por otro lado, se opone al cuestionamiento que el incidentante hace sobre la competencia de la Corte para conocer de la acción de tutela, en tanto que existía una decisión del Consejo de Estado sobre la revisión del proceso de acción de grupo. Al respecto, señala que la Corte, en sentencia de Sala Plena C-713 de 2008, advirtió que el proceso pendiente de revisión no impide la interposición de la acción de tutela.

3. El 31 de enero de 2013, Blanca Patricia Villegas, en calidad de Directora Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo, presentó escrito para apoyar el incidente de nulidad. En él indica que contrariando la jurisprudencia de la Corte Constitucional que reconoce el carácter subsidiario de la acción de tutela, la Sentencia T-274 de 2012 desconoció el agotamiento del proceso de revisión que la acción de grupo debía surtir en el Consejo de Estado, ya no porque fuera una situación eventual, sino porque dicha Corporación había efectivamente seleccionado el caso y no quedó sustentada la procedencia

de la tutela en un perjuicio irremediable comprobado.

4. A su turno, el día 15 de marzo de 2013, Carlota Valverde Coscollola presentó escrito como representante en Colombia de la organización internacional Abogados sin Fronteras Canadá, en el cual aduce la procedibilidad del incidente de nulidad toda vez que la Sentencia T-274 de 2012 no tuvo en cuenta aspectos de relevancia constitucional con efectos trascendentales para el sentido de la decisión. Concretamente: (i) las comunidades afectadas son grupos étnicos con una protección especial de la Constitución, violentando el pluralismo y la diversidad étnica y cultural de la nación; (ii) las dificultades técnicas para volver a practicar una prueba en los términos de la parte resolutive de la providencia señalada, resulta en una negación al acceso a la justicia de las comunidades afectadas; y (iii) se desconoce la especial protección de las comunidades étnicas frente a graves afectaciones en su territorio por los perjuicios ambientales.

5. El 26 de junio 2013, la doctora Martha Clemencia Cediell, actuando en la calidad de apoderada de EPSA intervino nuevamente para señalar la extemporaneidad de los escritos presentados con posterioridad a los tres días hábiles establecidos en el incidente de nulidad. Y se pronuncia, además, sobre aspectos de las intervenciones allegadas:

Respecto al escrito presentado por la Directora Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo controvierte la supuesta improcedencia de la acción de tutela por la revisión del asunto por parte del Consejo de Estado, en el sentido de que el trámite de selección eventual tardó más de 15 meses en realizarse, lo cual llevaba a suponer una indefinición temporal exagerada para la situación jurídica que la Corte resolvió en la Sentencia T-274 de 2012. Ello aunado al hecho de que el Auto por el cual el Consejo de Estado seleccionó para revisión, restringió su pronunciamiento a situaciones dentro del proceso ajenas a la controversia principal sobre la legalidad de las pruebas. De tal manera que el trámite de revisión no resultaba ser “el instrumento idóneo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de EPSA, sino que se debía acudir, como en efecto se hizo, a la acción de tutela”.

Todo esto, bajo el entendido que la Sentencia T-274 de 2012 no contrarió la jurisprudencia constitucional a favor de la procedibilidad de la acción de amparo aun cuando está pendiente la revisión eventual de acciones populares o de grupo.

Adicionalmente, sobre dicho escrito señala que no es viable cuestionar el perjuicio irremediable cuando el fallo objeto de estudio de la Sentencia T-274 de 2012, generaba una afectación importante al erario público, tanto porque EPSA tiene participación accionaria de varias entidades públicas, como porque en el fallo ordenaba a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca a pagar el 20% de la “multimillonaria condena”.

Por último, discrepa de las aseveraciones hechas por la organización de Abogados sin Fronteras en el sentido de considerar que no es cierto que la Sentencia T-274 de 2012 haya desconocido los derechos ni el estado de vulnerabilidad de los grupos étnicos y culturales, cuando justamente la providencia “restablece el ordenamiento constitucional vulnerado por los jueces administrativos de instancia”. En este orden de ideas, en ningún momento se ha obstaculizado el acceso a la administración de justicia a estas agrupaciones, cuya especial protección no es óbice para mantener una prueba inconstitucional, ni significa una vulneración de derechos fundamentales, al contrario: propende por su protección y la búsqueda de la verdad material.

6. El Procurador General de la Nación presentó un escrito el 26 de septiembre de 2013 en el que solicita a esta Corporación la prelación para resolver el presente incidente de nulidad.

7. El incidentante presentó varios escritos con posterioridad a la solicitud de nulidad, en los que reiteraba sus argumentos y además manifestaba que EPSA contaba con partidas presupuestales para asumir el pago indemnizatorio, con lo cual se desvirtuaba un perjuicio irremediable que justificase la procedibilidad de la acción de tutela.

IV. CONSIDERACIONES

Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente solicitud de nulidad, de conformidad con lo previsto en los artículos 142 y 309 del Código de Procedimiento Civil, 49 del Decreto 2067 de 1991 y 4° del Decreto 306 de 1992.

Nulidad de las Sentencias proferidas por la Corte Constitucional. Reiteración de jurisprudencia

2. El artículo 49 del Decreto 2067 de 1991 señala claramente que “contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno”. Sin embargo, la misma disposición normativa prevé la posibilidad de alegar la nulidad contra las sentencias de esta Corporación que contengan irregularidades “que impliquen violación del debido proceso”.

3. Al respecto, la Corte se ha pronunciado sobre la procedencia excepcional del incidente de nulidad contra las sentencias que ponen fin a los procesos de tutela³⁸, teniendo en cuenta que este trámite no constituye de manera alguna un recurso adicional que otorgue una nueva oportunidad para generar un debate ya concluido en la sentencia³⁹. Es, en cambio, una evaluación muy concreta de la providencia, que se circunscribe al análisis de unos requisitos de procedibilidad y reglas que la jurisprudencia constitucional ha establecido con precisión.

En efecto, esta Corporación ha definido dos tipos de requisitos de procedibilidad del incidente de nulidad. Unos formales y otros sustanciales⁴⁰, a saber:

4. Los requisitos formales de procedibilidad pueden concretarse de la siguiente manera:

i. Oportunidad: que la solicitud de nulidad se presente dentro del término de ejecutoria, es decir, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la sentencia proferida por la Corte. De manera que transcurrido este término en silencio, se entiende que todos los vicios que pudiesen derivar en la nulidad del fallo quedan automáticamente saneados⁴¹.

i. Legitimación activa: el incidente de nulidad debe ser promovido por quien fuese parte en el proceso de tutela, o por un tercero que resultase afectado por las órdenes proferidas en el fallo de la Corte en sede de revisión.

i. Carga argumentativa: quien alegue la existencia de la nulidad tiene la carga de argumentar “de forma clara y expresa la causal de nulidad invocada, los preceptos constitucionales transgredidos y su incidencia en la decisión adoptada”⁴². El incidente de nulidad no es una

oportunidad para cuestionar el sentido del fallo con el cual no se está de acuerdo, o “para que la Sala Plena de la Corte Constitucional reabra el debate probatorio realizado por la Sala de Revisión que profirió el fallo respectivo. (...), el cargo que sustente la solicitud de nulidad no puede estar dirigido hacia ese fin”⁴³. En consecuencia, la argumentación de la nulidad debe estar destinada a enseñar con precisión los errores en la providencia que causaron una vulneración al debido proceso, y no una sustentación valorativa sobre la apreciación que la Sala hizo del material probatorio o un desacuerdo con los argumentos de la Corte.

La carga argumentativa no se agota, empero, con un señalamiento general o subjetivo sobre el derecho al debido proceso; toda vez que esta Corporación ha sido clara al sostener que debe justificarse de forma ostensible, probada, significativa y trascendental que la corte, con su fallo incurre en violaciones al debido proceso con la capacidad de repercutir sustancial y directamente en la decisión o en sus efectos⁴⁴.

Al respecto, la jurisprudencia de este tribunal ha definido las causales concretas y taxativas por las que en una sentencia proferida por una sala de revisión de este Tribunal se puede afectar el derecho al debido proceso y que, en consecuencia, determinan la procedencia de un incidente de nulidad. Lo cual quiere decir que, en últimas, la verificación del requisito formal de carga argumentativa se satisface con la sustentación material de las causas que motivan la violación al debido proceso, y que se pasan a señalar a continuación.

5. Los requisitos sustanciales o materiales que ha establecido la Corte⁴⁵ como causales de violación al debido proceso son los siguientes:

i. Cambio de jurisprudencia: cuando una sentencia se aparta de la jurisprudencia en vigor de las Salas de Revisión de Tutela, o de la jurisprudencia sentada por la Sala Plena de la Corte Constitucional⁴⁶, con lo cual se contraviene directamente el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991 que dispone: “[l]os cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte (...)”.

i. Cuando una decisión de la Corte es tomada sin observancia de las mayorías establecidas

legalmente (Decreto 2067 de 1991, el Acuerdo No. 05 de octubre 15 de 1992 y la Ley 270 de 1996).

i. Incongruencia entre la parte motiva y la resolutive del fallo, que hace anfibológica o ininteligible la decisión adoptada, o también cuando la sentencia se contradice abiertamente o cuando la decisión adoptada carece totalmente de fundamentación.

i. Cuando en la parte resolutive de la sentencia se dan órdenes a particulares que no fueron vinculados o informados del proceso y que no tuvieron oportunidad de defenderse dentro del mismo.

i. Cuando la Sala de Revisión desconoce la cosa juzgada constitucional

i. Cuando de manera arbitraria se dejan de analizar asuntos de relevancia constitucional que tengan efectos trascendentales en el sentido de la decisión.

Verificación de los requisitos formales

6. Según consta en el expediente⁴⁷, el 25 de septiembre de 2012 la Secretaría General del Consejo de Estado notificó la Sentencia T-274 de 2012 al señor Germán M. Ospina Muñoz, en su calidad de apoderado del Consejo Mayor de la Comunidad Negra del Río Anchicayá. A su vez, el 27 de septiembre de la misma anualidad, el señor Ospina Muñoz presentó escrito solicitando la nulidad de la mencionada providencia⁴⁸, esto es, dentro del término de los 3 días siguientes a la notificación del fallo que vencía el 28 del mismo mes y año. Luego, queda satisfecho el requisito de oportunidad.

7. Por otra parte, no puede dejarse de lado que, con posterioridad al 28 de septiembre de 2012, el incidentante allegó a esta Corporación otros escritos reiterando y ampliando su argumentación. Sin embargo, la verificación que esta Corporación debe hacer sobre el

cumplimiento de los requisitos de procedibilidad, tanto de los formales como de los materiales, versa sobre la solicitud de nulidad presentada en oportunidad, pues ya lo ha señalado este Tribunal, que todos los cargos y razones que sustenten la solicitud de nulidad “deben formularse dentro del término para solicitarla y no con posterioridad al vencimiento del mismo”⁴⁹. De modo que estos escritos extemporáneos tendrán el mismo trato y consideración que las intervenciones que otros sujetos presentaron.

8. Igualmente se verifica el requisito de legitimación activa en cuanto que el incidente de nulidad fue promovido por el apoderado judicial⁵⁰ del Consejo Mayor de la Comunidad Negra del Río Anchicayá, entidad afectada directamente con el fallo de tutela.

10. El incidentante argumentó que la Sentencia T-274 de 2012 incurre en dos causales de nulidad:

El desconocimiento de la jurisprudencia constitucional. Sobre esta primera causal de nulidad el incidentante indica que se manifiesta de dos maneras. En primer lugar, al desconocerse la jurisprudencia sobre la procedibilidad de la acción de tutela, toda vez que no se satisfacía el requisito de inmediatez, en cuanto la accionante no había interpuesto la tutela recién se decretó la prueba cuestionada.

Además, indica que tampoco se cumplía con el requisito de subsidiariedad en la medida en que la accionante contaba con otro medio de defensa judicial concretado en la revisión eventual de la acción de grupo por parte del Consejo de Estado, y que, en la medida en que EPSA tenía previsto en sus finanzas el posible pago de esta indemnización, no se encontraba un perjuicio irremediable que justificara la intervención del juez de amparo. Sobre este aspecto se asume la carga argumentativa y, en consecuencia, se pasará a hacer un pronunciamiento de fondo.

La segunda causal de nulidad es la arbitraria omisión en el análisis de asuntos de relevancia constitucional que tienen efectos trascendentales para el sentido de la decisión.

Al respecto, el incidentante manifiesta dos omisiones puntuales. De una parte, que la Sala de revisión no tuvo en cuenta que la prueba que fue objeto del defecto fáctico en el fallo de tutela, después de ser una prueba anticipada incorporada extemporáneamente al proceso, fue aportada como informe técnico susceptible de ser valorado en el proceso. Y de otra

parte, tampoco había tenido en cuenta los derechos de los pobladores que reclamaban la indemnización en la acción de grupo. Aspectos que serán resueltos a continuación.

Al finalizar su escrito de solicitud, el incidentante agrega que la orden dada en la Sentencia T-274 de 2012, en cuanto a la práctica de una nueva prueba, resulta de imposible cumplimiento debido al paso del tiempo y al plazo tan corto concedido al juez de conocimiento para practicarla. Además, considera que no está fundamentada y que con ella se afecta la autonomía judicial, toda vez que pretende decirle al juez de conocimiento cómo debe practicar la prueba ordenada.

Satisfecho el requisito formal de argumentación en los cargos señalados, la Sala pasa a pronunciarse sobre su fondo.⁵¹

Verificación de los requisitos sustanciales que fueron sustentados

11. El incidente de nulidad sostiene que la Sentencia T-274 de 2012 desconoció la jurisprudencia sobre los requisitos de procedencia de la acción de tutela por cuanto contrarió los principios de inmediatez y subsidiariedad, así como los requisitos para que se configure un perjuicio irremediable. Para entrar a determinar si ello es así, es necesario establecer de antemano cuál es el alcance del deber de respeto al precedente, cuáles son las consecuencias de desconocerlo, y por supuesto, cuándo se entiende que existe un precedente jurisprudencial. Posteriormente, la Corte entrará a analizar si existe un precedente jurisprudencial o una línea jurisprudencial en vigor en materia de la subsidiariedad de la acción de tutela, cuál es el alcance del mismo, y finalmente establecerá si la Sentencia T-274 de 2012 entra en contradicción con ello.

12. Sin embargo, cabe precisar que, en la medida en que la parte motiva de la Sentencia T-274 de 2012 no se refiere en lo absoluto a la configuración de un perjuicio irremediable, ni en su parte resolutive se concedió la protección como mecanismo transitorio, la Corte no se referirá al asunto de si se vulneró o no la jurisprudencia sobre el particular.

Naturaleza y condiciones de los precedentes judiciales y la construcción de la jurisprudencia en vigor.

13. Desde sus inicios la Corte ha resaltado que el respeto por el precedente constituye un

deber de todos los jueces. Este deber está fundado en la consagración constitucional de la igualdad, en tanto principio fundamental del Estado, y como derecho fundamental. En particular, la Corte ha establecido que los jueces, como todas las demás autoridades del Estado, están obligados a darle un trato igual a quienes se encuentren en situaciones de hecho que sean iguales desde el punto de vista jurídico. Este deber, entonces, impone un límite a la autonomía que el artículo 230 de la Constitución les otorga a los jueces para interpretar y aplicar la Constitución y la ley.

14. Sin embargo, el deber de respeto hacia el precedente no sólo se relaciona con la igualdad. También está directamente vinculado con los derechos de libertad. Al interpretar y aplicar la Constitución y la ley de manera consistente los jueces les están dando certeza a los ciudadanos en relación con cuál es el conjunto de conductas que son protegidas por el ordenamiento jurídico como parte del ejercicio de sus libertades individuales y colectivas, y qué otras conductas no lo son. Por el contrario, los cambios inopinados en la interpretación y aplicación de la Constitución y la ley producen una falta de certeza en relación con el alcance de las libertades protegidas por el ordenamiento. Esta falta de certeza prevendrá a muchos ciudadanos de ejercer sus libertades plenamente, con lo cual se desvirtuaría el carácter expansivo de los derechos de libertad.

15. La vigencia del principio contemplado en el artículo 6º de la Carta, según el cual “[l]os particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes” presupone una labor de interpretación y aplicación consistente del ordenamiento por parte de los jueces que especifique el contenido de las normas jurídicas del ordenamiento, y así, les permita a los ciudadanos conocer el alcance de sus libertades básicas. Así lo estableció esta Corporación en la Sentencia C-836 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), que fijó el alcance de la llamada doctrina probable establecida en el artículo artículo 4º de la Ley 169 de 1896. En aquel caso, la Corte sostuvo:

“La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad

conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley.”

16. Posteriormente agregó que el respeto al precedente proviene también de la confianza legítima en la actividad judicial. Dijo al respecto al Sentencia:

“En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias... El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia. Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme.”

17. En conclusión, entonces, el respeto por el precedente judicial proviene de la obligación que tienen los jueces de dar el mismo trato a quienes se encuentren en situaciones jurídicamente iguales, y en la confianza en la administración de justicia como garantía de las libertades básicas de las personas.

Consecuencias de la desviación del precedente de la Sala Plena y de la jurisprudencia en vigor de las sentencias de tutela

18. La obligación de respetar el precedente, sin embargo, no significa que los jueces no puedan desviarse del mismo, bajo determinadas circunstancias. Sin embargo, para ello están sujetos a determinadas reglas que varían dependiendo del órgano judicial de que se trate. Algunas de estas reglas tienen que ver con la carga argumentativa que se le impone al juez para desviarse de la jurisprudencia. Otras reglas tienen que ver con el órgano competente para cambiar la jurisprudencia de la Corporación respectiva. Así, en principio, ni un juez ni un tribunal pueden desviarse del precedente establecido por el órgano de cierre de la respectiva

jurisdicción. Deben respetar lo que se ha denominado el precedente vertical, es decir, aquel precedente establecido por los órganos de cierre, y en general, por sus superiores funcionales. Sin embargo, algunas de tales reglas operan también en relación con el denominado precedente horizontal, que conforme la denominación utilizada por la Corte se le ha llamado jurisprudencia en vigor. Lo importante, entonces, es que el precedente tenga las siguientes características:

“Es decir, la jurisprudencia en vigor, puede constituirse a través de sentencias proferidas por la Sala Plena de la Corte o por las diversas Salas de Revisión de Tutelas de esta misma Corporación, sin que ello haga la diferencia. Por lo tanto, lo que se deberá evaluar en adelante, es si existe una línea jurisprudencial sostenida, uniforme y pacífica sobre un determinado tema, que fue desconocida por la sentencia cuya nulidad se solicita.

“En vista de lo anterior, cabe aclarar que cuando la solicitud de nulidad sea solicitada por desconocimiento de la jurisprudencia en vigor proferida por las distintas Salas de Revisión, la línea debe ser clara, uniforme, reiterada, constante y pacífica; es decir, no contradicha por otra Sala de Revisión, pues cuando esto ocurre, ya no se está en presencia del fenómeno de jurisprudencia en vigor.

“En conclusión, el desconocimiento de la jurisprudencia en vigor, aun cuando ésta no está contenida en una sentencia dictada por la Sala Plena, también es una causal de nulidad de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional.”

Es decir, ni siquiera un mismo órgano de la rama judicial tiene plena autonomía para desviarse de su propio precedente. Tratándose de la Corte Constitucional en particular, todo cambio de jurisprudencia debe adoptarlo la Sala Plena. Así lo ordena el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, que dispone:

“Artículo 34. DECISION EN SALA. La Corte Constitucional designará los tres Magistrados de su seno que conformarán la Sala que habrá de revisar los fallos de tutela de conformidad con el procedimiento vigente para los Tribunales del Distrito judicial. Los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte, previo registro del proyecto de fallo correspondiente.” (resaltado fuera de texto original)

19. Ahora bien, el hecho de que el órgano competente para cambiar la jurisprudencia en

materia de tutela sea la Sala Plena no quiere decir que sólo ésta tenga la competencia para fijar la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Por el contrario, las Salas de Revisión fueron creadas para este propósito, y sus sentencias tienen el mismo valor jurisprudencial que las de Sala Plena. En esa medida, los precedentes constitucionales los configuran tanto las sentencias de las salas de revisión como las de unificación dictadas por la Sala Plena. Así lo reconoció esta Corporación desde sus primeras decisiones en relación con el tema de nulidad de las sentencias de las salas de revisión por cambio de jurisprudencia. Al respecto, en el Auto A-013 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), la Corte sostuvo:

“De gran interés resulta la verificación de la competencia para los cambios jurisprudenciales, ya que, habiéndose creado las salas de revisión de tutela, no toda la jurisprudencia está contenida en fallos pronunciados por la Sala Plena de la Corporación. Es ésta, por supuesto, la señalada para modificar las tendencias doctrinarias que ella misma ha venido estableciendo y, por expreso mandato del artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, también para adoptar las decisiones que modifiquen la jurisprudencia sentada en las sentencias sobre amparo constitucional.”

20. En esa medida, la nulidad por desconocimiento del precedente judicial se configura independientemente de que las sentencias que constituyen dicho precedente judicial sean de las salas de revisión o de sala plena. Habiendo aclarado lo anterior, es necesario dilucidar qué constituye jurisprudencia en vigor. Al respecto, el mismo Auto antes citado dice lo siguiente:

“De otro lado, el concepto de “cambio de jurisprudencia” únicamente tiene lugar bajo el supuesto indispensable de que, en realidad, hay jurisprudencia en vigor, esto es, en el entendido de que las decisiones anteriores han dejado tras de sí un sustrato de interpretación judicial que permite inferir criterios mínimos de alguna manera reiterados por la Corte en cuanto al alcance de las normas constitucionales aplicables y en lo relativo a la solución de controversias planteadas en los mismos términos.

“Ello significa que no todo párrafo de una sentencia aprobada por la Corte Constitucional, aun citado fuera de contexto, se convierte de manera automática en jurisprudencia.

“En efecto, resulta indispensable la continuidad de unos criterios jurídicamente relevantes, con arreglo a los cuales se haya venido resolviendo, bajo directrices que implican la

concreción de postulados, principios o normas que se reflejan de la misma manera en casos similares, razón por la cual el cambio de jurisprudencia se produce cuando, al modificarse la forma de interpretar el sistema jurídico, se resuelve en un nuevo proceso, con características iguales a las de los precedentes, de modo contrario o diverso.”

21. De lo anterior se tiene que conforme lo ha establecido la Corte, no toda afirmación hecha por la Corte en la parte motiva de sus sentencias, ni cualquier sentencia puede entenderse como jurisprudencia vinculante para la propia Corte Constitucional. Como se dijo anteriormente, el fundamento jurídico constitucional del valor normativo del precedente se encuentra en la necesidad de proteger la igualdad de trato por parte de las autoridades judiciales, en la confianza en la administración de justicia, en la medida en que hace posible el ejercicio de las libertades básicas de las personas y la garantía de seguridad jurídica y certeza en el derecho que otorga la definición de un problema jurídico por parte de los órganos de cierre.

22. Por lo tanto, para establecer cuándo está la Corte frente a un precedente aplicable a una situación determinada, el primer parámetro debe ser la comparación de las situaciones de hecho en uno y otro caso. Por supuesto, ningún caso es exactamente igual a otro. Por lo tanto, lo importante es que los hechos jurídicamente relevantes sean lo suficientemente parecidos para ameritar identidad de trato por parte de los jueces. De lo contrario, si existen diferencias en las situaciones de hecho entre un caso y otro, y dichas diferencias son jurídicamente pertinentes, y además ameritan una diferencia de trato, la sentencia o conjunto de sentencias no constituirán un precedente aplicable. Sin embargo, aún en tales casos le corresponde al juez justificar la diferencia de trato entre un caso y otro sobre la base de la valoración jurídica de las diferencias de hecho.

23. El segundo parámetro para determinar cuándo se está frente a un precedente se refiere a la identificación de los elementos de la parte motiva de una sentencia que constituyen un precedente. Aquí el elemento fundamental es que el argumento respectivo sea realmente un fundamento para la decisión adoptada. Es decir, aquellos argumentos que los jueces utilizan para darle un contexto a sus decisiones, pero que no guardan una relación directa con la decisión adoptada, bien sea porque van más allá del ámbito de la decisión, o porque no se relacionan con el tema objeto de la misma, no erigen por sí mismos jurisprudencia vinculante. Para distinguir entre un tipo de argumentos y otro, la Corte ha adoptado la

distinción entre un obiter dictum y una ratio decidendi. Los primeros son argumentos que los jueces dicen de paso, pero que podrían no estar en la parte motiva de la sentencia, y el fundamento de la decisión sería el mismo. Por el contrario, las ratione decidendi las configuran todos aquellos argumentos que son necesarios para justificar la decisión. Sólo éstos últimos constituyen precedentes jurisprudenciales vinculantes. Los obiter dicta pueden proveer criterios generales de orientación para la decisión, que pueden llegar a ser de gran importancia, pero en estricto sentido no son jurisprudencia.

24. Ahora bien, aun cuando una sola sentencia puede constituir un precedente obligatorio en un momento dado, y de hecho existen sentencias que se convierten en verdaderos hitos en torno a la decisión de ciertos problemas jurídicos, lo cierto es que por cuestiones prácticas es más fácil identificar un precedente cuando se puede constatar que los jueces, en este caso la Corte, lo tiene como tal. Por este motivo, a la hora de establecer cuándo una determinada sentencia contradice la jurisprudencia constitucional y por lo tanto es susceptible de anulación, resulta indispensable corroborar que la interpretación que se contradice ha sido reiterada y uniforme.

25. Recogiendo los anteriores criterios, el Auto A-053 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), define las reglas básicas que deben cumplirse para que una Sentencia sea declarada nula por desconocimiento del precedente, las cuales han sido acogidas en la jurisprudencia posterior. Al respecto sostuvo:

“De todo lo anterior, es necesario concluir que para que la Sala Plena anule una sentencia es indispensable que se reúnan los siguientes presupuestos materiales:

“1. Que la sentencia objeto de la solicitud de nulidad en forma expresa acoja una interpretación normativa contraria a una línea jurisprudencial establecida por la Corte Constitucional, definida de manera reiterada y uniforme en varias sentencias y que esta no haya sido modificada por la Sala Plena.

“2. Que entre unas decisiones y otras exista identidad de presupuestos fácticos.

“3. Que la diferencia en la aplicación del ordenamiento jurídico conlleve que la resolución adoptada en la sentencia atacada sea diferente a la que se venía adoptando. Es decir, que las diferencias en la argumentación no sean accidentales e intrascendentes sino que, por el contrario, se refieran a la ratio decidendi.”

Ahora bien, estas reglas fueron especificadas recietnemente, en el sentido de aclarar en qué consiste la causal de nulidad por desconocimiento de la jurisprudencia. Al respecto, en Auto A-397 de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), la Sala Plena sostuvo:

“Ahora bien, para determinar con claridad cuándo está configurada la causal por “desconocimiento de la jurisprudencia”, es necesario precisar cuál es el alcance de esa expresión. Así, según lo ha indicado esta Corte⁵², este aparte normativo podría ser comprendido de distintas maneras: i) como desconocimiento de una sentencia cuya ratio decidendi coincide con el problema jurídico sobre el que versa la sentencia cuya nulidad se solicita; ii) como una contradicción con cualquier sentencia anterior, bien sea en su ratio decidendi o en su obiter dicta⁵³; iii) como la posibilidad de la Sala Plena de obrar como una segunda instancia de lo decidido por la Sala de Revisión.

“Como ya lo había indicado esta Corte, ‘de estas tres acepciones la única que se ajusta al sentido real de la causal en estudio es la primera, pues el segundo significado vulnera la autonomía y la independencia judiciales de las Salas de revisión de tutela... y la tercera posibilidad, desborda la competencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional’⁵⁴.”

27. Por otra parte se puede concluir que para que un argumento o regla fijada en la parte motiva de una sentencia constituya un precedente vinculante, las situaciones de hecho deben ser similares en cuanto a los hechos jurídicamente pertinentes, y constituir fundamentos necesarios para adoptar la respectiva decisión. De tal modo, para anular una sentencia tiene que haber una desviación de la línea jurisprudencial en vigor, bien se trate de sentencias de las salas de revisión o de la Sala Plena, en las que se traten situaciones similares en relación con los hechos jurídicamente relevantes, que tengan una incidencia directa sobre la decisión.

Análisis del precedente en materia de subsidiariedad de la acción de tutela

28. Con base en las anteriores consideraciones, le corresponde a esta Corporación determinar si existía un precedente de la Sala Plena o jurisprudencia en vigor de las Salas de Revisión, aplicables en el presente caso para establecer, posteriormente, si la Sentencia T-274 de 2012 lo desconoció. Para ello, la Corte empezará refiriéndose a si las decisiones que utilizó dicha Sentencia para fundamentar la procedencia de la acción de tutela en el caso constituyen precedentes vinculantes aplicables a aquel. Posteriormente, hará un análisis de la jurisprudencia en torno al principio de subsidiariedad en situaciones comparables a la que enfrentaba la Corte en la Sentencia cuya nulidad se solicita para establecer cuáles son las reglas aplicables en tales casos. Finalmente, la Corte evaluará si al declarar la procedencia de la acción de tutela dicha Sentencia contrarió las reglas jurisprudenciales aplicables al asunto objeto de estudio.

29. Sin embargo, cualquier análisis de la jurisprudencia en torno al tema de la subsidiariedad de la acción de tutela debe comenzar por establecer los alcances del artículo 86 de la Carta. El inciso tercero del artículo 86 de la Constitución dispone que la acción de tutela:

“... solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

De la lectura del artículo 86 superior se puede concluir que como regla general la tutela procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial. En este sentido es necesario reiterar que la tutela procede únicamente cuando el afectado no pueda interponer una acción, un recurso, un incidente, o como en este caso, de un mecanismo de defensa judicial, cualquiera que sea su denominación y naturaleza. Desde este punto de vista, no puede perderse de vista que, al margen de su denominación legal, y de su carácter ordinario o extraordinario, el mecanismo de revisión de las acciones de grupo y de las acciones populares, establecido en el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 estaría, al menos formalmente, incluido dentro de la hipótesis fáctica de improcedencia de la acción de tutela contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política.

30. A pesar de ello, la Sentencia T-274 de 2012 considera que el recurso de revisión no desplaza a la acción de tutela porque, según la interpretación que la Sentencia le da a la jurisprudencia de la Corte: “aun en el evento en el cual esté pendiente la posible revisión por parte del Consejo de Estado de una acción popular o de grupo, tal situación no excluye la

procedencia de la acción de tutela”. Para fundamentar tal interpretación de la jurisprudencia, cita un aparte del fundamento jurídico 10 de la Sentencia C-713 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández). En dicha providencia la Corte condicionó la exequibilidad del artículo 11 (parcial) del proyecto que se convirtió en la Ley 1285 de 2009, en el cual se creó el mecanismo extraordinario de revisión de providencias judiciales dictadas en acciones populares y de grupo. En lo pertinente, el aparte citado de la parte motiva de la Sentencia C-713 de 2008, dice:

“[...] 10.- Finalmente, en cuanto al inciso primero del artículo 11 del proyecto, la Corte debe condicionar la exequibilidad de la norma, en el entendido de que en ningún caso se impide interponer la acción de tutela contra la sentencia objeto de revisión, la decisión de no selección o la decisión que resuelva definitivamente la revisión, cuando de manera excepcional se configuren los requisitos exigidos por la jurisprudencia para tal fin.” (subrayado dentro del texto original citado en la Sentencia T-274 de 2012)

31. En la Sentencia C-713 de 2008, la Corte declaró la exequibilidad condicionada del mencionado artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 en el entendido de que la existencia del mecanismo de revisión “en ningún caso” impide interponer la acción de tutela contra la sentencia objeto de revisión. Sin embargo, a pesar de que la expresión utilizada por la Corte parece no admitir excepciones, no por ello desvirtúa la subsidiariedad establecida en el artículo 86 de la Carta. Aceptar la tesis contraria significaría afirmar que la sentencia C-713 de 2008 convirtió la tutela en un mecanismo principal de defensa judicial, alterando la regla de subsidiariedad establecida en el artículo 86 de la Carta. Más aun, como se puede observar de una lectura del párrafo citado, la misma Corte a renglón seguido aclara que la procedencia de la acción de tutela es excepcional, y que depende de que se configuren los requisitos exigidos por la jurisprudencia. Para ello, la Corte deja en claro en su pronunciamiento que la procedencia de la acción de tutela se sigue rigiendo por el principio de subsidiariedad, el cual, conforme a la jurisprudencia inalterada de esta Corporación, debe analizarse en cada caso en concreto.

32. En conclusión, conforme a la declaratoria de exequibilidad condicionada de la Sentencia C-713 de 2008, la procedencia de la acción de tutela se sigue rigiendo por el principio de subsidiariedad, el cual debe analizarse en cada caso en concreto. Cuando quiera que los afectados puedan recurrir a la tutela contra la sentencia objeto de revisión, la procedencia de

la tutela dependerá de que se configuren los requisitos establecidos por la jurisprudencia en aquellos casos en que existe otro medio de defensa judicial. En esta eventualidad la jurisprudencia ha identificado, desde 1992, dos hipótesis fácticas posibles:

1. Que formalmente exista otro medio de defensa judicial, pero que no sea idóneo para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual la tutela procede de manera definitiva.

1. Que exista otro medio de defensa judicial idóneo, pero que la tutela se conceda como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

33. De lo anterior se infiere que el primer paso para establecer la idoneidad del otro medio de defensa judicial debe evaluarse en concreto en cada caso. Si existe otro medio de defensa judicial idóneo, procede la acción de tutela, pero sólo como mecanismo transitorio, siempre y cuando se cumpla una segunda condición: que su protección constitucional sea necesaria para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

34. Así mismo, la Sentencia T-274 de 2012 citó la Sentencia T-022 de 2008 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), como precedente para superar el requisito de la subsidiariedad y justificar la procedencia de la acción de tutela en el caso. En ésta última providencia la Corte declaró procedente la acción de tutela a pesar de que existían otros medios de defensa judicial, y de que se solicitaba la protección del derecho colectivo al medio ambiente. Sin embargo, la Sentencia T-022 de 2008 no es un precedente aplicable al caso decidido mediante la Sentencia T-274 de 2012, por varias razones. En primer lugar porque en aquella la tutela no estaba dirigida en contra una providencia judicial, en cuyo caso la Corte ha dicho, el análisis de la subsidiariedad debe ser más estricto.⁵⁵ En segundo lugar, porque en aquel caso los derechos colectivos estaban directamente relacionados con los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, amenazados por Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. Finalmente, porque la Corte encontró probado el perjuicio irremediable en el caso concreto, ya que la empresa demandada había dejado de prestar servicios de alcantarillado a varias residencias familiares.

35. Por otra parte en el Fundamento Jurídico 15 de la Sentencia T-274 de 2012 se cita como precedente aplicable la Sentencia T-391 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), en la que la Corte anuló parcialmente un fallo del Consejo de Estado en una acción popular. Sin embargo, este caso tampoco constituye un precedente aplicable, pues aun cuando se trataba de una tutela contra una sentencia judicial, los hechos y los derechos invocados eran completamente diferentes. En tal caso esta Corporación no debía establecer si la acción de tutela era procedente por existir otro medio de defensa judicial, ya que frente a la decisión atacada no procedía recurso alguno. Por lo tanto, mal puede citarse como precedente en materia de subsidiariedad frente a la posibilidad de que el demandante interpusiera el recurso de revisión, ya que éste fue creado posteriormente, mediante la Ley 1285 de 2009. La Corte dijo en relación con la procedencia de la acción de tutela en ese caso: “Teniendo en cuenta que contra estas decisiones no proceden recursos adicionales al de reposición y apelación que fueron oportunamente interpuestos por las partes afectadas, y que son estas decisiones las que se están controvirtiendo como violatorias de derechos fundamentales, la Corte Constitucional considera que es procedente la acción de tutela en este caso, al no existir medios alternativos de defensa judicial para prevenir o remediar la afectación de los derechos constitucionales fundamentales en juego, según lo alegado por el tutelante.”

36. Por último, la Sentencia cita como precedente la Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez). Sin embargo, en dicha Sentencia tampoco se planteó el tema de la procedencia de la acción de tutela por estar pendiente el recurso extraordinario de revisión. Por otra parte, en aquella sentencia la Corte no sólo tuteló el derecho al debido proceso, sino los derechos “fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al trabajo, al acceso a cargos públicos, a la buena fe y la confianza legítima de los participantes en el concurso público y abierto para la provisión de cargos de notarios en propiedad y acceso a la carrera notarial” en la medida en que dejar de proteger tales derechos hubiera significado un perjuicio irremediable, pues las vacantes en los cargos de notario hubieran tenido que ser llenada de todos modos, creando así situaciones particulares y concretas en cabeza de las personas nombradas.

38. En el caso que dio origen a la Sentencia T-274 de 2012 el medio de defensa judicial que se presentaba como principal era el mecanismo de revisión de una sentencia dictada en una acción de grupo. Como se mencionó, este mecanismo de revisión fue objeto de una decisión por parte de la Corte Constitucional, que condicionó su exequibilidad a que la acción de

tutela sería procedente siempre que la revisión no permitiera la protección integral y efectiva de los derechos fundamentales, o a que se dieran las condiciones de procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio.

39. Este condicionamiento parte del supuesto según el cual la selección para revisión de una sentencia en una acción popular o de grupo no está garantizada para todos aquellos casos en los que se amenacen o violen derechos fundamentales. Al fin y al cabo, tal objetivo no siempre coincide con el fundamento para la revisión de las sentencias dictadas en acciones de grupo y populares, que consiste básicamente en la necesidad de unificar la jurisprudencia sobre derechos colectivos o sobre el derecho a la reparación de daños reparables. En esa medida, aun cuando se estén violando derechos fundamentales, el demandante no tiene garantizada la selección para revisión, a menos, claro está, que logre demostrar que es necesario unificar la jurisprudencia en relación con alguno de los temas abordados en el caso. Por otra parte, aunque el afectado logre demostrar que es necesario unificar la jurisprudencia en relación con alguno de los temas, el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 establece que el Consejo de Estado “podrá” seleccionar para su revisión los casos en que considere que es pertinente unificar jurisprudencia. Esto significa que el ejercicio de dicha facultad es potestativo por parte del Consejo de Estado. La falta de certeza con relación a la configuración de la causal de selección, y el carácter potestativo de la misma hacen que el juez de tutela deba estar especialmente atento a la hora de establecer la idoneidad del mecanismo de revisión en tales casos, para evitar una eventual desprotección de los derechos fundamentales.

40. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado sistemáticamente, y en sintonía con la jurisprudencia general sobre el tema de la subsidiariedad, que la revisión de las sentencias, bien sea en materia civil, contenciosa administrativa o penal, es un medio de defensa judicial idóneo, siempre que en el caso concreto permita la protección integral y efectiva de los derechos fundamentales.

41. En la Sentencia T-649 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), por ejemplo, la Corte denegó por improcedente la tutela del derecho al debido proceso presentada por la Contraloría Distrital de Bogotá contra la Sección Tercera del Consejo de Estado que exoneró a Carlos Ariel Sánchez de responsabilidad patrimonial “por la actuación gravemente culposa en que incurrió siendo contralor de Bogotá.” En aquella oportunidad la Corte se refirió a los

requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales establecidos en la Sentencia C-590 de 2005. Al referirse a la subsidiariedad, la Corte dijo:

“El recurso de revisión y las causales que dan lugar a su solicitud, están diseñados entonces como institución procesal dirigida a la protección de los derechos a acceder a la justicia y al debido proceso. En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva, el hecho de que su naturaleza sea la de proteger la justicia material pese a que el trámite judicial haya finalizado, concede a los ciudadanos un recurso efectivo” (resaltado fuera de texto original)

Aclarando más adelante cuáles deben ser los elementos que el juez de tutela considera a la hora de determinar la idoneidad del recurso de revisión en estos casos, en los siguientes términos:

“... la idoneidad del recurso debe determinarse teniendo en cuenta el derecho fundamental que el accionante considera vulnerado y las causales de revisión previstas en el ordenamiento legal.”

42. Por lo tanto, de conformidad con la anterior sentencia, el juez de tutela debe determinar la idoneidad del recurso a partir de los siguientes dos parámetros:

1. Los derechos fundamentales presuntamente afectados, lo cual va encaminado a determinar la capacidad del medio de defensa judicial para proteger integralmente los derechos fundamentales invocados, y

1. Las causales de revisión, que apuntan a determinar la procedencia del recurso en el caso concreto.

43. En ese mismo orden de ideas, la Corte en dicha Sentencia hace un recuento de la jurisprudencia en materia del recurso o acción de revisión, resaltando la distinción que la Corte ha establecido entre la subsidiariedad de la tutela frente la acción o recurso de revisión en materia penal, en que además del derecho al debido proceso está en juego la libertad individual y otros derechos fundamentales, y en materia civil, en la cual además del debido

proceso están en juego intereses económicos. En materia penal la tendencia de la Corte ha sido la de flexibilizar el principio de subsidiariedad, mientras que en materia civil, la Corte ha aplicado más estrictamente dicho principio. Esta distinción le permite a la Corte inferir la regla según la cual cuando el derecho fundamental presuntamente afectado sea el debido proceso, o el derecho de acceso a la administración de justicia, en conexidad únicamente con derechos económicos, la tutela será improcedente. Dice al respecto:

“Otras consideraciones, sin embargo, han sido expuestas en relación con la capacidad del recurso de revisión dentro de la jurisdicción civil, en el trámite de procesos reivindicatorios⁵⁶, ejecutivos⁵⁷ o de pertenencia⁵⁸. En estos eventos, la Corte ha sostenido que el único derecho fundamental que se encuentra en juego es el debido proceso, pues el trámite judicial versa sobre derechos que en principio no son exigibles mediante acción de tutela, tales como el derecho a la propiedad. Por lo tanto, su defensa puede adelantarse a través de los cauces previstos por el ordenamiento, sin acudir para ello a la excepcional vía de la acción de tutela.”

Y agrega más adelante:

“Partiendo de esta premisa, el recurso de revisión constituye un mecanismo idóneo y eficaz de defensa judicial dependiendo de la naturaleza de los derechos invocados por el peticionario, y la cobertura brindada por las causales aplicables al proceso específico. Así, el recurso será eficaz cuando a) la única violación alegada sea el derecho al debido proceso y, eventualmente, la de otros derechos que no tienen carácter fundamental, o b) cuando el derecho fundamental cuya protección se solicita sea susceptible de ser protegido de manera integral dentro del trámite del recurso, porque concurren en él (i) causales de revisión evidentemente dirigidas a salvaguardar dicho derecho, y (ii) en caso de prosperar el recurso, decisiones que restauran de forma suficiente y oportuna el derecho.” (resaltado fuera de texto original)

44. Así mismo, en la Sentencia T-127 de 2014 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) la Corte declaró la improcedencia de una acción de tutela promovida contra una Sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado en un caso de pérdida de investidura por doble militancia. En dicha oportunidad el fundamento explícito de la improcedencia –aun como mecanismo transitorio– fue que el demandante no había hecho uso del recurso de revisión. Al respecto

dijo:

“En el presente caso, la Sala encuentra que tampoco se cumple con este requisito de subsidiariedad, ya que el demandante no ha hecho uso de todos los mecanismos procesales que tiene a su disposición, tal como el recurso extraordinario de revisión, y por dicha razón solicitó que se le concediera el amparo tutelar solicitado como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, mientras se interpone y decide el recurso extraordinario de revisión.”

Ahora bien, este mismo patrón ha sido la norma tanto en materia penal como en materia civil. En materia penal, ver la Sentencia T-027 de 2004 (M.P. Alvaro Tafúr Galvis) que declaró la procedencia de la acción de tutela en un caso penal a pesar de existir la acción de revisión, pero únicamente porque la revisión no proveía una protección integral y efectiva de los derechos conclucados, ya que a lo sumo le otorgaría al demandante la libertad provisional, pero no permitiría la protección efectiva e integral de sus derechos. En la Sentencia T-196 de 2006 (M.P. Alvaro Tafúr Galvis) declaró improcedente la tutela por existir la acción de revisión. En la Sentencia T-029 de 2000 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte declaró improcedente la acción de tutela en un proceso ejecutivo de naturaleza civil, pues, como en el caso de la Sentencia T-274 de 2012, el derecho invocado era el debido proceso, el cual era susceptible de protección efectiva e integral por medio de la revisión. En la Sentencia T-049 de 1998 (M.P. Jorge Arango Mejía), la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela en un caso de naturaleza penal, por cuanto el demandante contaba con la acción de revisión, y su caso era susceptible de encuadrarse en la causal tercera de revisión de la sentencia, por lo cual se podía proveer una protección efectiva e integral a los derechos invocados. En la Sentencia T-474 de 2004 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), la Corte declaró procedente al acción de tutela a pesar de la existencia de la acción de revisión en un caso penal, pues contrario a a lo que ocurría en el caso anterior, la acción de revisión no proveería una protección integral, específicamente del derecho al buen nombre del demandante, quien había sido objeto de una suplantación para cometer un delito. Por otra parte, la Corte reconoció que la acción de tutela estaba dirigida a atacar una omisión del juez penal de corregir un error en el nombre del condenado en la sentencia penal, y no para que se revisara el contenido mismo de la sentencia.

45. Ahora bien, con todo, podría alegarse que a pesar de utilizar la misma denominación, el

mecanismo de revisión de acciones populares y de grupo no se puede equiparar con el recurso extraordinario de revisión o la acción de revisión contempladas en materia penal, civil y contenciosa administrativa. Sin duda se trata de medios de defensa judicial procedentes frente a situaciones distintas. Sin embargo, por un lado, tanto uno como la otra comparten características que los hacen comparables. Los dos medio de defensa judicial tienen un carácter extraordinario, lo cual limita su procedencia a las causales establecidas en la ley. Sin embargo, aun a pesar de las limitaciones en relación con las causales de procedencia de estos medios de defensa judicial, en determinadas circunstancias la acción, el recurso, y el mecanismo de revisión permiten proteger los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, que fueron invocados por la empresa demandante en el presente caso, tal y como se observa del análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia.

46. La Sentencia T-274 de 2012 sostuvo que el mecanismo de revisión en el presente caso no es idóneo, y por lo tanto, no desplaza a la acción de tutela debido a la demora de dos años en la selección de la acción de grupo para revisión por parte del Consejo de Estado. Según el planteamiento, esta demora permite concluir que el recurso no es idóneo. Al respecto, todo lo que la Sentencia dice es lo siguiente:

“Si se tiene en cuenta que, precisamente, corresponde al juez constitucional valorar los medios de defensa y evaluarlos ‘... en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.’, la Sala advierte que aunque en efecto existe la posibilidad de revisión ante el Consejo de Estado, el retardo en su materialización lo convierte en un mecanismo que a la fecha no ofrece la idoneidad necesaria para resolver la posible vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia y cuya indefinición genera incertidumbre frene a una orden de pago que tiene la potencialidad de afectar el erario. Ello si se tiene en cuenta que han transcurrido dos (2) años sin que se haya definido por parte del Consejo de Estado la selección para revisión de la citada acción de grupo.”

Y a renglón seguido continúa diciendo que la sola demora de dos años es suficiente para concluir que la tutela es procedente, de lo cual se desprende que tal demora constituía una razón suficiente para concluir que la tutela era procedente y entrar a revisar el fondo del asunto sometido a su consideración. La Corte dijo textualmente:

“Este argumento se encuentra suficiente para revisar en sede de tutela si el juez de la acción de grupo cumplió con el deber positivo que asiste a todas las autoridades públicas y, especialmente, a las autoridades judiciales, de preservar los derechos fundamentales como núcleo esencial de la Constitución Política.”

47. Sin embargo, la Corte no entró a explicar por qué la demora de dos años en seleccionar un asunto que ya se había escogido para efectos de unificar jurisprudencia, implica que el recurso de revisión no sea idóneo en el presente caso. En particular, no identifica qué aspectos de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia quedarían desprotegidos con la demora. Podría alegarse en gracia de discusión que al estar en firme la sentencia de la acción de grupo, su carácter ejecutorio significaba que la empresa podría tener que despojarse de una cuantía significativa de recursos económicos que después no podría recuperar. Sin embargo, este argumento no es de recibo al menos por tres razones distintas. En primer lugar, porque el apoderado de las comunidades negras de Anchicayá no ha recibido copia auténtica de la Sentencia, ya que el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca se la ha negado en diversas oportunidades, hasta tanto el Consejo de Estado no decida la revisión de la Sentencia de la acción de grupo. Por lo tanto, hasta el momento en que se notificó la Sentencia T-274 de 2012, la sentencia de la acción de grupo no se había podido ejecutar. En segunda medida, porque según la sentencia de la acción de grupo la indemnización debe ser entregada a la Defensoría del Pueblo, lo cual desvirtúa una eventual dificultad para recuperar los recursos. Y finalmente, en tercera medida, porque el deber de desembolsar los recursos de la indemnización se relaciona con intereses de carácter económico, pero no afecta los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia invocados por la empresa.

48. En conclusión, se reitera entonces que, si bien la Corte ha declarado procedente la acción de tutela a pesar de existir otros medios de defensa judicial, incluyendo la acción y el recurso de revisión, lo ha hecho cuando algún elemento de los derechos invocados se vería desprotegido si se utiliza el otro medio de defensa judicial en lugar de la acción de tutela. Es decir, se considera que el otro medio de defensa judicial no es idóneo cuando no ofrece una protección integral que permita el pleno restablecimiento de todos los derechos fundamentales invocados.

49. En esa medida, la demora de los procesos judiciales puede hacer que un medio de

defensa judicial sea ineficaz, pero sólo si esta demora incide sobre el ejercicio de los derechos fundamentales. Ello ocurre por ejemplo cuando la demora en el proceso implica que la persona permanezca privada de su libertad, cuando se afecta su mínimo vital, o cuando la falta de una acción judicial eficaz termina produciendo un impacto sobre el buen nombre de una persona. Sin embargo, en la Sentencia T-274 de 2012 la Corte no determinó de qué manera la demora de dos años por parte del Consejo de Estado para seleccionar el proceso de la acción de grupo, que ya había sido finalmente escogido, en el presente caso impactaría el debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia, que fueron los derechos invocados por la empresa demandante. En esa medida, la Sentencia T-274 de 2012 contradice la jurisprudencia sobre la subsidiariedad de la acción de tutela, y en particular, la regla jurisprudencial según la cual la idoneidad del medio de defensa judicial principal debe analizarse en el caso concreto.

50. Por otra parte, a pesar de reconocer explícitamente que el Consejo de Estado había seleccionado para una revisión eventual la acción de grupo en providencia del veintiocho (28) de marzo de dos mil doce (2012), la Sentencia no se refirió a los efectos que dicha selección podría tener sobre la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto. Si bien, como ya se dijo, la selección para que se surta el mecanismo de revisión de acciones populares y de grupo es necesario sobrepasar una serie de contingencias e incertidumbres que llevan a que el juez de tutela deba estar especialmente atento para evitar la desprotección de los derechos fundamentales, lo cierto es que en este caso dicho proceso ya se había surtido, y el Consejo de Estado ya había seleccionado la sentencia de la acción de grupo para su revisión. Es decir, en el momento en que se dictó la Sentencia T-274 de 2012, existía un medio de defensa judicial que estaba en curso. El trámite del mecanismo de revisión no era una mera expectativa sino una realidad, y el Consejo de Estado tiene plenas facultades para dejar sin vigor la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca frente a la cual se interpuso la acción de tutela. Desde este punto de vista la sentencia también desconoce la regla según la cual la idoneidad del medio principal de defensa judicial debe analizarse en el caso concreto. Por lo tanto, también por este motivo la Corte procederá a su declarar su nulidad.

51. El desconocimiento de la regla jurisprudencial según la cual la idoneidad del recurso judicial debe evaluarse en el caso concreto constituye una razón suficiente para declarar la nulidad de la Sentencia T-274 de 2012. Sin embargo, no es el único vicio de nulidad

predicable de la Sentencia. Por el contrario, la Corte estima pertinente agregar que la Sentencia también resulta violatoria del derecho fundamental al debido proceso. En particular, la Corte considera que la Sentencia resulta violatoria de la posibilidad real que tienen las comunidades negras del Río Anchicayá para presentar pruebas en el proceso de la acción de grupo.

La facultad de presentar pruebas es una garantía básica del derecho al debido proceso consagrada explícitamente en el artículo 29 de la Constitución Política. Sin embargo, el ejercicio efectivo de dicha garantía está supeditado a la posibilidad fáctica de practicar las pruebas necesarias para corroborar fácticamente un determinado argumento. Por esa razón, la posibilidad real de practicar pruebas para acreditar un daño y estimar el monto de la indemnización correspondiente se va deteriorando con el tiempo. El deterioro de las pruebas con el tiempo es especialmente patente en casos de daño ambiental como éste. Por un lado, porque el impacto recae sobre elementos de la naturaleza que gradualmente se transforman o recomponen por sí mismos. Por el otro, porque tratándose de un impacto sobre los medios de subsistencia de una comunidad, es de esperarse que la comunidad por sí misma se vea en la necesidad de restablecer las cosas a su estado anterior para poder acceder a los medios de subsistencia lo antes posible. De tal manera, tratándose de daños ambientales, el paso del tiempo hace especialmente difícil tanto demostrar los daños ocasionados como cuantificarlos económicamente.

Al dejar sin efecto la prueba pericial ordenada mediante Auto de octubre 22 de 2007 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura, y practicada por la contadora Rita Isabel Góngora Rosero, la Sentencia afectó la posibilidad real que tiene la comunidad negra del Río Anchicayá para que se valoren los perjuicios personales y ciertos, sufridos por ellos como consecuencia de los vertimientos llevados a cabo por la Empresa de Energía del Pacífico EPSA y por la Corporación del Valle del Cauca. Más aun, al dejar sin efecto ni valor probatorio alguno los informes rendidos por la Secretaría de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle del Cauca, y ordenar una nueva práctica de pruebas once años después de ocurridos los hechos, la Sentencia afectó la posibilidad real que tienen dichas comunidades para demostrar el daño mismo que habían sufrido.

Con todo, podría decirse que la Sentencia censurada no afecta el derecho al debido proceso de las comunidades negras del Río Anchicayá, puesto que ordena la práctica de las pruebas

en relación con el daño y su valoración pecuniaria, y que adicionalmente establece unos estándares mínimos que deben cumplir las pruebas que se practiquen. Con ello lo que la Sala buscaba era garantizar el derecho al debido proceso de las partes en el proceso mejorando la calidad de las pruebas que operan en el proceso, es decir, acercándolas a los hechos. En últimas, el objetivo de la Sala era garantizar que la valoración de los daños corresponda en la mayor medida posible a la realidad. Sin embargo, dejar sin efecto las pruebas que operan en el proceso y ordenar que se practiquen nuevamente once años después en nada contribuye a este objetivo y por lo tanto mal puede considerarse una solución adecuada. Ordenar la práctica de pruebas de un daño ambiental once años después de ocurridos los hechos desmejora significativamente las posibilidades reales de acceder a la verdad, y el ordenar que las efectúe una entidad con “reconocida trayectoria científica” no cambia el hecho de que las pruebas se han deteriorado o han desaparecido por el paso del tiempo. Por otra parte, tal decisión resulta desproporcionada ya que desmejora la posibilidad real que tiene la parte demandante de probar los hechos que alega, que en este caso son tanto el daño sufrido como su valoración económica.

Por lo tanto, también desde este punto de vista la Corte procederá a anular la Sentencia T-274 de 2012.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional en su Sala Plena,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR LA NULIDAD de la Sentencia T-274 de 2012, solicitada por el Consejo Comunitario Mayor de la Comunidad Negra del Río Anchicayá.

SEGUNDO.- Por Secretaría General de la Corte Constitucional, REMITIR el expediente al despacho de la Magistrada sustanciadora del presente asunto para que proyecte la nueva sentencia, que deberá ser adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Presidente

Con aclaración de voto

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada (E)

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

AL AUTO 132/15

Referencia: Nulidad de la sentencia T-274 de 2015.

Magistrada Ponente:

Gloria Stella Ortiz Delgado

Con el acostumbrado respeto, formulo aclaración de voto para precisar que los argumentos expuestos en la providencia, permiten demostrar que en el presente caso el tiempo que se tardara el Consejo de Estado en decidir de fondo la revisión eventual no afectaba el derecho al debido proceso ni los intereses económicos de la empresa accionante en la tutela, además de evidenciar que no estaba desvirtuada la idoneidad del medio de defensa judicial ordinario. Asimismo descartaban que se configurara un prejuicio irremediable que tornara procedente la tutela como mecanismo transitorio, ya que la primera copia auténtica de las sentencias de primera y segunda instancia que prestan mérito ejecutivo, para llevar a cabo la ejecución, le fue negada a los demandantes por el Tribunal Contenciosos Administrativo del Valle del Cauca, dicha corporación anotó en el auto de sustanciación N° 722 de noviembre 27 de 2009 que por encontrarse: “(...) pendiente de pronunciarse el Honorable Consejo de Estado sobre la solicitud de revisión elevada por las partes, considera el Despacho que no se puede acceder a lo requerido por los apoderados judiciales de la parte accionada”.

En tales circunstancias, era notorio que la sentencia T-274 de 2012, al declarar procedente el amparo, no aplicó las reglas jurisprudenciales referidas a la procedencia excepcional de la tutela en estos casos. Por tal razón, procedía declarar su nulidad, como en efecto lo decidió la

Sala Plena.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

AL AUTO 132/15

Referencia: Expediente T-2.972.159

Magistrado Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Aclaro el voto en la ponencia de la doctora Gloria Stella Ortiz Delgado, acogida por la mayoría de la Sala Plena de la Corte Constitucional porque, si bien estoy de acuerdo con la decisión de que se declare la nulidad de la Sentencia T-274 de 2012, considero que la Corte no analizó todos los defectos en los cuales recayó la sentencia anulada, por lo cual veo indispensable hacer mención a ellos.

La decisión de nulidad basa su conclusión en el hecho de que la Sentencia impugnada contradice la reiterada jurisprudencia de la Corte respecto de la procedencia del recurso de tutela para el caso sub lite, pues su admisibilidad se fundamentó en la demora de dos años en la revisión ante el Consejo de Estado, cuando la Corte ha sido clara en que la demora solo hace ineficaz un recurso cuando ella incide en el ejercicio de los derechos fundamentales, lo cual de ninguna manera sucedió en el proceso. Ello sin lugar a dudas es suficiente para declarar la nulidad, sin embargo quedan por fuera del análisis otros elementos, a mi entender de gran envergadura constitucional, por referirse a los derechos fundamentales vulnerados con la decisión y a las comunidades afectadas.

En primer lugar es menester recordar que el caso sobre el cual se ocupa la sentencia anulada

se refiere a la contaminación del río Anchicayá como resultado de los vertimientos que se realizaron por el mantenimiento de la presa de la central Hidroeléctrica del bajo Anchicayá de propiedad de la Empresa de energía del Pacífico S.A. E.S.P., dichos vertimientos dieron como resultado la grave afectación de los cultivos de la Comunidad Negra del Río Anchicayá.

Se trata de un caso emblemático en que están en juego las comunidades negras de la cuenca del Pacífico colombiano, comunidades que a lo largo de la jurisprudencia de esta Corporación, decisiones como el Auto 005 de 2009 o la Sentencia C-253 de 2013 se han considerado como comunidades históricamente discriminadas, titulares de derechos colectivos y en virtud del artículo 13 Constitucional objeto de un enfoque diferencial que debe tener en cuenta sus necesidades y sus características.

Los hechos que fueron objeto de la indemnización que se quería impugnar con la sentencia de T-274 de 2012, no solamente afectaron a un grupo étnico con una protección especial de la constitución, sino que afectaron a una población vulnerable, históricamente discriminada y marginada de los beneficios económicos del país. Con la sentencia T-274 de 2012 se borra de un solo golpe el decantado proceso jurisprudencial a través del cual la Corte se había convertido en el motor de protección de las comunidades étnicas, en violaciones diversas, como la afectación grave de su territorio por los perjuicios ambientales.

La sentencia anulada no solo adolece defectos por desconocer la jurisprudencia en cuanto a la procedencia de la acción de tutela, sino que vulnera la naturaleza de la acción de tutela, que es la de proteger a quienes se ven afectados en sus derechos fundamentales. En el caso concreto, quienes en realidad fueron afectados, y a quienes el país y por el ende la Corte deben proteger, es a los miembros de la comunidad negra de la cuenca del pacífico. No es posible que después de todo lo que ha sostenido la jurisprudencia constitucional, esta Corte termine sirviendo a intereses de empresas que violan las normas ambientales, contaminan los ríos y con ello pisotean derechos de los más vulnerables.

En conclusión, (i) las comunidades afectadas, las comunidades étnicas de especial protección constitucional, (ii) los derechos vulnerados, los daños a los territorios y a sus cultivos, los derechos colectivos fundamentales protegidos por la Constitución, y (iii) la aplicación del enfoque diferencial étnico, que debe tener en cuenta las características de la comunidad, las necesidades que tienen y la afectación que puede ocasionar la decisión; son aspectos de

relevancia constitucional con efectos trascendentes para el sentido de la decisión que por su importancia y por el deber de la Corte con los derechos de las comunidades negras de la Cuenca Pacífica, debieron analizarse en la decisión de nulidad, para dejar en claro la postura de la Corte sobre este punto.

Fecha ut Supra,

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

AL AUTO No. A-132 de 2015

Referencia: Solicitud de Nulidad de la Sentencia T-274 de 2012 formulada por el Consejo Comunitario Mayor de la Comunidad negra del Río Anchicayá.

Magistrada Sustanciadora:

Gloria Stella Ortiz Delgado

1. Con el acostumbrado respeto, me permito exponer las razones de mi disentimiento con la decisión mayoritaria, en el asunto de la referencia.

2. Inicialmente, es preciso recordar que la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena se profirió para resolver la solicitud de nulidad formulada por el Consejo Comunitario del río Anchicayá contra la Sentencia T-274 de 2012, la cual fue proferida el 11 de abril por la Sala Tercera de Revisión, y de la que, para entonces, el suscrito no hacía parte. En dicha Sentencia, la Corte conoció de una acción de tutela promovida por la Empresa de Energía E.S.P. —EPSA—, contra las providencias judiciales que resolvieron el proceso de acción de grupo destinado a la reclamación de los perjuicios que, miembros del Consejo Comunitario del río Anchicayá, alegaron haber sufrido, y en el cual EPSA fue condenada al pago de una indemnización.

En la mencionada Sentencia T-274 de 2012, esta Corporación consideró que la prueba que fue determinante para calcular la indemnización, había sido aportada al proceso de manera irregular, por lo que la Sala decretó la nulidad de lo actuado y ordenó que dicha prueba se practicara nuevamente.

En este contexto, el Consejo Comunitario del río Anchicayá solicitó la nulidad del fallo de la Corte, alegando, entre otras razones, que en la providencia se había desconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto a la subsidiariedad de la acción de amparo. Así, la ponencia para resolver esta solicitud correspondió al suscrito, quien consideró que debía negarse en la medida en que no se configuraba alguna de las situaciones que, de manera excepcional, esta Corporación ha establecido como causales para decretar la nulidad de sus fallos, pero esta postura no fue aprobada por la mayoría de la Sala Plena, que decidió decretar la nulidad de la Sentencia T-274 de 2012.

3. Para adoptar esta decisión, la posición mayoritaria se basó en dos argumentos: primero, (i) en la afirmación de que la Sentencia de la Corte había desconocido la jurisprudencia constitucional en relación con la valoración del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela cuando aún no se ha agotado el recurso de revisión; y, segundo, desarrolló brevemente el argumento según el cual (ii) la Sentencia T-274 de 2012 también resultaba violatoria del derecho de la Comunidad Negra del río Anchicayá, a presentar pruebas.

3.1. Respecto al primer argumento, la mayoría de la Sala Plena acogió la posición del solicitante, en el sentido que se había desconocido el derecho al debido proceso al configurarse una de las causales excepcionales que la misma jurisprudencia de esta Corporación ha definido para tal efecto, en este caso, la relativa al cambio de jurisprudencia, que opera cuando una sentencia proferida por una Sala de Revisión se aparta de la jurisprudencia en vigor, o de la jurisprudencia sentada por la Sala Plena de la Corte⁵⁹, con lo cual se contraviene directamente el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991 que dispone: “[l]os cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte (...)”.

En este contexto, se citan varios pronunciamientos en los que la Corte consideró que la acción de tutela resultaba improcedente ante la posibilidad de agotarse el recurso extraordinario de revisión. Para tal propósito, se refiere a providencias en las que se ha sostenido que el amparo resulta improcedente en procesos de carácter penal, civil y de

pérdida de investidura, en los que cabía agotar el recurso extraordinario de revisión.

3.1.1. Como ya fue afirmado, el suscrito se apartó de la anterior postura por considerar, en contra de la mayoría, que no existe en la jurisprudencia constitucional un precedente consolidado orientado a señalar que la acción de tutela resulta improcedente cuando se encuentra pendiente el recurso extraordinario de revisión, y menos, tratándose de los procesos de acciones populares o de grupo en los que este recurso adopta unas características particulares que lo diferencian del trámite en otro tipo de procesos, en especial, por su carácter eventual, que determina que su procedibilidad no dependa de unas causales taxativas, sino de la decisión discrecional del Consejo de Estado⁶⁰.

Así las cosas, lo que se encuentra, después de un atento estudio de la jurisprudencia, son pronunciamientos en uno y otro sentido, a partir de los cuales no es posible concluir la existencia de un precedente consolidado, y por ende vinculante, que defina una regla de improcedencia. A tal punto que es posible identificar otros fallos que no fueron tenidos en cuenta en la decisión mayoritaria, en los que la Corte concluyó que la eventual revisión por parte del Consejo de Estado no excluye la procedibilidad de la acción de tutela. Esto, de conformidad con lo señalado en la Sentencia C-713 de 2008, la cual, al examinar la constitucionalidad de la norma que establece el procedimiento de revisión eventual (artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009), indicó que el mencionado recurso “es una competencia adicional y que en ningún caso impide interponer la acción de tutela contra la sentencia objeto de revisión, la decisión de no selección o la decisión que resuelva definitivamente la revisión”.

En el mismo sentido, esta Corporación, mediante Auto 111 de 2010, arguyó que el conocimiento del juez de tutela sobre un asunto pendiente de revisión eventual no constituía un procedimiento irregular por intromisión en las competencias constitucionales del Consejo de Estado. En tal oportunidad, se recordó la jurisprudencia al respecto, en el sentido que: “(...) la eventual revisión de fallos en acciones populares y de grupo, a cargo de Consejo de Estado, no se equipara ni impide la revisión de acciones de tutela por parte de la Corte Constitucional (...)”.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, incluso, ha admitido la procedencia de acciones de tutela promovidas contra procesos que el Consejo de Estado ya ha seleccionado para

revisión. Así lo señaló en la Sentencia T-230 de 2011, en los siguientes términos:

“`[l]a Corte Constitucional ha considerado que la selección que realice el Consejo de Estado para revisar un fallo de acción popular, de manera alguna, le impide al juez constitucional entrar a decidir acerca de una acción de tutela que se instaure contra la misma providencia judicial”⁶¹.

En este fallo, la Corte consideró que la selección que el Consejo de Estado hizo de una acción popular “no impide, de manera alguna, que la Corte Constitucional se pronuncie en sede de amparo, bien sea de manera definitiva o como mecanismo transitorio”.

3.1.2. La anterior, fue la línea jurisprudencial y los argumentos que orientaron, en su momento, la Sentencia T-274 de 2012 para considerar que la acción de tutela resultaba procedente, no obstante que estuviera pendiente la eventual selección del proceso de acción de grupo. Al respecto, la providencia se refirió en los siguientes términos:

“(…) se debe recordar que es posición reiterada de esta Corporación, que aun en el evento en el cual esté pendiente la posible revisión por parte del Consejo de Estado de una acción popular o de grupo, tal situación no excluye la procedencia de la acción de tutela por causa de la posible afectación de derechos fundamentales. Así, en cuanto hace relación a la acción popular y a la acción de grupo, la sentencia C-713 de 2008 por la cual se revisó la constitucionalidad del inciso primero del artículo 11 del entonces proyecto de la Ley 1285 de 2009, mediante la cual se reguló el trámite de revisión de estas acciones”⁶².

Por lo tanto, no resulta de recibo la afirmación de que la Sentencia T-274 de 2012 desconoció la jurisprudencia de la Corte en torno a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales que se encuentran, bien sea pendientes o ya seleccionadas, para revisión del Consejo de Estado. De hecho, es a partir del anterior recuento legal y jurisprudencial que, en la aludida Sentencia, se consideró que era necesaria la intervención del juez de amparo de manera preferente, por cuanto el carácter expedito de la tutela permitía una mayor garantía para enfrentar la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, cuando ya han “transcurrido dos (2) años sin que se resuelva acerca de su selección”⁶³.

En efecto, si bien la sentencia que definió la acción de grupo se profirió el 7 de septiembre de

2009, durante todo el trámite de tutela que concluyó con la Sentencia T-274 de 2012, desde los pronunciamientos de los jueces de instancia hasta la selección por parte de la Corte Constitucional, se desarrolló sin que el Consejo de Estado hubiese resuelto sobre la revisión eventual. Y fue, solamente hasta el 28 de marzo de 2012, pocos días antes de proferirse la Sentencia T-274 del mismo año (el 11 de abril), que el Consejo de Estado resolvió seleccionar el proceso de acción grupo. En consecuencia, también era una posible conclusión que, de acuerdo con la jurisprudencia recién comentada, el juez de tutela, después de una valoración fáctica y la efectiva protección de los derechos fundamentales, concluyera que la acción de amparo resultaba procedente, no obstante la posibilidad de una eventual revisión, e incluso la efectiva selección (que no se haría sino días antes de que esta Corte proferiera la Sentencia).

Lo anterior, además, teniendo en cuenta que la valoración sobre la procedibilidad de la acción de tutela, responde a un examen fáctico que realiza el juez de amparo a partir de los elementos del caso concreto. Y fue, en tales términos, que la Sala de Revisión en la Sentencia T-274 de 2012, concluyó que el recurso de revisión, como mecanismo de defensa ordinario, y de carácter eventual, no era eficaz para proteger el derecho al debido proceso.

Ahora bien, no obstante que todo lo anterior, como cualquier análisis jurídico, puede suscitar distintas opiniones, no por ello considero que sea posible concluir que la valoración hecha en la Sentencia T-274 de 2012 careció de razonabilidad, y menos, que desconoció la jurisprudencia constitucional sobre la subsidiariedad de la acción de tutela como causa para decretar su nulidad.

3.2. Por otra parte, en la providencia que no comparto también se sostiene que la Sentencia T-274 de 2015 resultaba violatoria del derecho de las Comunidades Negras del río Anchicayá a presentar pruebas, por cuanto el prolongado paso del tiempo hace imposible que se practique nuevamente la prueba sobre la cual basó la tasación de los perjuicios dentro del proceso de acción de grupo, y cuya incorporación fue considerada violatoria del derecho al debido proceso en la mencionada Sentencia. Sin embargo, es justamente la naturaleza indemnizatoria del proceso de acción de grupo, la que exige que la tasación de los perjuicios se haga conforme a una incorporación y valoración probatoria ajustada a aquel derecho y a la igualdad de armas entre las partes.

Al respecto, resulta pertinente aclarar que esta Corporación ha sido amplia y enfática en la defensa de los derechos de las poblaciones minoritarias y de grupos étnicos⁶⁴; no obstante, en la Sentencia T-274 de 2012 no se cuestionaron sus derechos ni la protección especial derivada de la Constitución, y, en concreto, tampoco se entró a examinar la posible afectación de los derechos reclamados en el proceso que originó la acción de grupo. La providencia, en cambio, pasó a revisar las actuaciones judiciales dentro del mismo, con la finalidad de amparar las garantías procesales en igualdad de condiciones para las partes. De tal manera que, en caso que dentro del proceso contencioso administrativo se llegara a la conclusión de que había existido un perjuicio económico que debía repararse (o lo que en cualquier sentido se hubiera definido), se hiciera con sujeción a las garantías procesales de las partes.

En este sentido se adoptó la decisión en la Sentencia T-274 de 2012, que procuraba proteger una garantía basilar del debido proceso referida a la aportación del material probatorio, máxime, cuando en el presente caso, de ello dependía la tasación de un perjuicio dentro de un proceso de carácter eminentemente indemnizatorio. Todo lo cual, no significaba, en modo alguno, cercenar o limitar la posibilidad de probar el daño, sino ajustar esta posibilidad a los requisitos de ley.

Así pues, teniendo en cuenta los anteriores comentarios, me aparto de la decisión de la mayoría en el asunto de la referencia, toda vez que no considero que hayan razones suficientes que sustenten alguna de las casuales excepcionales que la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado para decretar la nulidad de sus sentencias. Más aún, en el entendido que, en el caso en concreto, la Sentencia T-274 de 2012 realizó un examen razonable, tanto de la procedibilidad de la acción de amparo, como de la efectiva vulneración del derecho al debido proceso a partir de la incorporación irregular de una prueba que resulta determinante en la tasación de los perjuicios dentro del proceso de acción de grupo.

Fecha ut supra,

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

1 En la sentencia T-079 de 1993, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional confirmó un fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el cual la Sala de Casación Civil consideró que era evidente la vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la accionante. Manifestó la Sala Tercera en aquella ocasión: “Una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela 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 fundamentales de la persona.

Carece de fundamento objetivo la actuación manifiestamente contraria a la Constitución y a la Ley. La legitimidad de las decisiones estatales depende de su fundamentación objetiva y razonable. El principio de legalidad rige el ejercicio de las funciones públicas (CP art. 121), es condición de existencia de los empleos públicos (CP art. 122) y su desconocimiento genera la responsabilidad de los servidores públicos (CP arts. 6, 90). Una decisión de la autoridad no es constitucional solamente por el hecho de adoptarse en ejercicio de las funciones del cargo. Ella debe respetar la igualdad de todos ante la ley (CP art. 13), principio que le imprime a la actuación estatal su carácter razonable. Se trata de un verdadero límite sustancial a la discrecionalidad de los servidores públicos, quienes, en el desempeño de sus funciones, no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas, so pena de abandonar el ámbito del derecho y pasar a patrocinar simple y llanamente actuaciones de hecho contrarias al Estado de Derecho que les da su legitimidad.

La decisión revestida de las formalidades de un acto jurídico encubre una actuación de hecho cuando ésta obedece más a la voluntad o al capricho del agente estatal que a las competencias atribuidas por ley para proferirla.”

2 Sentencia T-008 de 1998.

3 Ver al respecto las sentencias T-949 de 2003 y T-774 de 2004.

4 Sentencia T-949 de 2003

5 Sentencia 173/93.

6 Sentencia T-504/00.

- 7 Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05
- 8 Sentencias T-008/98 y SU-159/2000
- 9 Sentencia T-658-98
- 10 Sentencias T-088-99 y SU-1219-01.
- 11 Sentencia T-522/01.
- 12 Cfr. Sentencias T-1625/00, T-1031/01, SU-1184/01 y T-462/03.
- 13 Sentencia T-504 de 2000.
- 14 Auto de Sala Plena 010 de 2004.
- 15 Sentencia T-022 de 2008.
- 16 Sentencia T-288 de 2011.
- 17 Sentencia T-239 de 1996.
- 18 Sentencia T-538 de 1994.
- 19 Sentencia SU - 132 de 2002.
- 20 Sentencia T-814 de 1999.
- 21 Ibídem.
- 22 Sentencia SU-159 de 2001, reiterada en Sentencia T-061 de 2007.
- 23 LÓPEZ BLANCO, HERNAN FABIO. Procedimiento Civil. Segunda Edición 2008. Edit Dupré. Página 290.
- 24 Sentencia T-417 de 2008.
- 25 BERMUDEZ MUÑOZ MARTÍN. La Acción de Grupo, Normativa y Aplicación en Colombia. Editorial Universidad del Rosario 2007.

26 CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 26 de enero de 2006, radicación 250002326000200100213-01.

27 Ibídem. Se cita a Carlos de Miguel de Perales “La responsabilidad civil por daños al medio ambiente”. 2º edición., Civitas, Madrid, 1997, p 317.

28 Radicación 52001-23-31-000-2002-00226-01(AG) del Consejo de Estado.

29 HENAO PÉREZ, JUAN CARLOS. El Daño. Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998. págs. 156-157.

30 Sentencia del 24 de febrero de 2010, MP. Dr. Edgardo Villamil Portilla.

31 Fundamento 25 de las Consideraciones y fundamentos de la Sentencia T-274 de 2012.

32 Fundamento 27 de las Consideraciones y fundamentos de la Sentencia T-274 de 2012.

33 Fundamento 35 de las Consideraciones y fundamentos de la Sentencia T-274 de 2012

34 Fundamento 40 de las Consideraciones y fundamentos de la Sentencia T-274 de 2012.

35 Fundamento 46.4 de las Consideraciones y fundamentos de la Sentencia T-274 de 2012.

36 Fundamento 46.5 de las Consideraciones y fundamentos de la Sentencia T-274 de 2012.

37 Fundamento 46.7 de las Consideraciones y fundamentos de la Sentencia T-274 de 2012.

38 Véase, entre otros, los siguientes autos: 105 de 2008, 007 de 2008, 006 de 2008, 279 de 2007, 244 de 2007, 082 de 2006, 139 de 2004, 162 de 2003, 107 de 2003, 232 de 2001, 053 de 2001, 082 de 2000, 050 de 2000, 046 de 2000, 016 de 2000, 074 de 1999, 013 de 1999, 026A de 1998, 012 de 1998, 011 de 1998, 003A de 1998, 053 de 1997, 052 de 1997, 013 de 1997, 056 de 1996, 021 de 1996 y 012 de 1996.

39 Al respecto, los autos 009 de 2010 y 064 de 2004.

40 Sobre los requisitos formales y sustanciales para la declaratoria de la nulidad de las sentencias de la Corte Constitucional se distingue en explícitamente en los autos 245 de 2012 y 01 de 2014. Y de forma general en los autos A- 232 de 2001, A-063 de 2004, A-025

de 2007, y A-031A de 2002, ente otros.

41 Al respecto, en el Auto A-031A de 2002, esta Corporación sostuvo: “[V]encido en silencio el término de ejecutoria cualquier eventual nulidad queda automáticamente saneada, 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 (Corte Constitucional, Auto 232 del 14 de junio de 2001 (...)); (ii) en segundo lugar, ante la imposibilidad de presentar acción de tutela contra las providencias de tutela (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-1219 de 2001(...)). 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 (Según el artículo 242-3 de la Carta, las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año contado a partir de la publicación del respectivo acto).” (Negrilla fuera del texto original). Y ver también los autos: A-163A de 2003 y A-217 de 2006.

42 Auto 107 de 2013.

44 Entre otros, los autos: A-105 de 2008, A-244 de 2007, A-187de2007, A-330 de 2006, A299 de 2006, A-031A de 2012.

45 Estos requisitos han sido desarrollados ampliamente por la Corte Constitucional, y se pueden mencionar como ejemplo los Autos: A-022 de 1999, A-062 de 2000, A-082 de 2000, A-105A de 2000, A-031A de 2002, A-162 de 2003, y el A-025 de 2007.

46 Por ejemplo, sobre estas dos situaciones ver, de una parte, los autos: A-013 de 1997, A-052 de 1997, A-053 de 2001, A-031A de 2002, A-162 de 2003, A-330 de 2006, A-025 de 2007 y A-013 de 2013; y de la otra, los autos: A-105 de 2008, A-149 de 2008 y A-144 de 2012.

47 Folio 72 del cuaderno principal

48 Folio 105 del Cuaderno principal

49 Auto 057 de 2004. En este caso la Corte distinguió y excluyó los escritos de ampliación y adición a la solicitud inicial por haberse presentado después del término de los tres días de haberse notificado la Sentencia reclamada.

50 Mediante poder, que se puede ver en el folio 283 del Cuaderno 3.

51 Hasta aquí el texto del presente Auto corresponde en lo fundamental al proyecto original presentado por el Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez ante la Sala Plena.

52 Autos 009 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto y A-019 de 2011, M. P. María Victoria Calle Correa.

53 En la sentencia SU-047 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, La Corte señaló que aquella parte de las sentencias que se denomina precedente o ratio decidendi es “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”, a diferencia del obiter dictum que constituye “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”.

54 Auto A-019 de 2011, M. P. María Victoria Calle Correa.

55 Ver Sentencia T-113 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), en la cual la Corte sostuvo “En general, por mandato del artículo 86 de la Constitución Política, el análisis de procedencia de la acción de tutela exige del juez constitucional la verificación de la inexistencia de otro medio de defensa judicial. Ahora bien, la jurisprudencia ha precisado que tratándose de tutelas contra providencias judiciales la verificación del requisito de subsidiaridad implica un examen más riguroso.” Ver también: Sentencias T-649 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-108 de 2003 (Alvaro Tafúr Galvis), y T-567 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

56 Sentencia T-013/05

57 Sentencias T-843/06 y T-029/00.

58 Sentencias T-908/05 y T-294/04.

59 Por ejemplo, sobre estas dos situaciones ver, de una parte, los autos: A-013 de 1997, A-052 de 1997, A-053 de 2001, A-031A de 2002, A-162 de 2003, A-330 de 2006, A-025 de 2007 y A-013 de 2013; y de la otra, los autos: A-105 de 2008, A-149 de 2008 y A-144 de

2012.

60 Este recurso está contemplado en el artículo 36 A de la Ley 270 de 1996, en los siguientes términos:

“Artículo 36A. Del mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo y de la regulación de los recursos extraordinarios. En su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte o del Ministerio Público, el Consejo de Estado, a través de sus Secciones, en los asuntos que correspondan a las acciones populares o de grupo podrá seleccionar, para su eventual revisión, las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso, proferidas por los Tribunales Administrativos, con el fin de unificar la jurisprudencia”.

61 Sentencia T-230 de 2011.

62 Fundamento 13 de las Consideraciones y Fundamentos de la Sentencia T-274 de 2012.

63 Fundamento 16 de las Consideraciones y Fundamentos de la Sentencia T-274 de 2012.

64 Un ejemplo de ello son las amplias consideraciones en la Sentencia T-693 de 2011.