



Al contestar por favor cite estos datos:

No. de Radicado: 20225000026011-DDJ

Fecha de Radicado: 21-04-2022

Bogotá D.C.,

Señores

CONSEJO DE ESTADO (Reparto)

Bogotá D.C.

| | |
|---------------------|--|
| Referencia: | Acción de tutela contra providencia judicial |
| Accionantes: | Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible |
| Accionado: | Sala de lo Contencioso Administrativo-Sala 1 Especial de Decisión- del Consejo de Estado |

Respetado(a) Consejero(a) Ponente:

FRANK OLIVARES TORRES, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.092.340.596 y con T.P No. 216.492, actuando en calidad de apoderado de la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO** y de la **NACIÓN- MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE**, respetuosamente acudo ante usted con el propósito de **INTERPONER ACCIÓN DE TUTELA** contra la sentencia judicial proferida el 10 de junio de 2021, por la **Sala de lo Contencioso Administrativo-Sala 1 Especial de Decisión- del Consejo de Estado dentro del radicado No. 76001233100020020458402**; la cual fue objeto de solicitudes de aclaración, que fueron resueltas mediante providencia de 19 de enero de 2022, comunicada por mensaje de datos el 9 de marzo de 2022, por la **Secretaría General del Consejo de Estado**, mediante la cual se condenó al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a la Corporación Autónoma Regional del Valle (CVC) y a la Empresa de Energía del Pacífico (EPSA) al pago del daño emergente, lucro cesante y daño moral a las comunidades ribereñas del río Anchicayá, por el daño presuntamente ocasionado con las labores de mantenimiento de la Hidroeléctrica localizada en la zona del Alto de Anchicayá.

Lo anterior, por cuanto con la decisión cuestionada se configuraron las causales generales y especiales de la tutela contra providencias judiciales tales como **el defecto orgánico, el defecto sustantivo, la violación directa de la Constitución Política, el defecto fáctico y el desconocimiento del precedente horizontal**, como se pasará a demostrar. Con el propósito de demostrar las violaciones de los derechos fundamentales en los que incurrió la Sala de lo Contencioso Administrativo-Sala 1 Especial de Decisión- del Consejo de Estado en la providencia del 10 de junio de 2021, en un primer momento se hará un análisis general de los aspectos procesales, fácticos y sustanciales de la providencia objeto de la acción (I); para luego identificar los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y su configuración en el caso concreto (II); en tercer lugar, se hará el análisis concreto de la violación de los derechos fundamentales de la Nación- Ministerio del Medio Ambiente (III).



I. Aspectos procesales y sustanciales de la providencia objeto de análisis

1.1. La competencia para decidir el *sub lite*

De acuerdo con el numeral 5° del artículo 1° del Decreto No. 333 del 6 de abril de 2021, modificadorio de lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, por ser esta una acción de tutela dirigida contra una providencia judicial proferida por la Sala 1 de Especial Decisión del Consejo de Estado, su conocimiento en primera instancia corresponde a la misma Corporación, según el reparto.

1.2. Contexto fáctico y procesal

1. La Empresa de Energía del Pacífico, en adelante EPSA, realizó labores de mantenimiento de la Hidroeléctrica localizada en la zona del Alto de Anchicayá, las cuales consistieron en la apertura de compuertas y el vertimiento de residuos en el río Anchicayá. Las labores de mantenimiento de la Hidroeléctrica se realizaron entre el 23 de julio y el 26 de agosto de 2001, para asegurar el correcto funcionamiento de la planta y la generación de energía destinada al servicio público de toda la región.
2. Al iniciar las labores de mantenimiento, el nivel del embalse descendió, lo que ocasionó la salida de considerables volúmenes de agua y sedimentos. Con fundamento en lo anterior, el 1 de octubre de 2002, los habitantes de las comunidades ribereñas del río Anchicayá interpusieron una acción de grupo contra la EPSA-, con el fin de obtener el pago de perjuicios derivados de la descarga de sedimentos y el daño ambiental que se produjo por parte de EPSA al Río Anchicayá.
3. Del proceso en primera instancia conoció el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura, quien ordenó notificar de la acción de grupo presentada a la EPSA, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a la Corporación Autónoma Regional del Valle -CVC, al Defensor del Pueblo, al Ministerio Público e informar a la comunidad sobre la existencia de la acción.
4. La CVC manifestó encontrarse impedida para abrir una investigación con base en los hechos que dieron origen a la acción de grupo, debido a que era accionista de la empresa demandada -EPSA-.
5. Por su parte el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Sostenible en su contestación se opuso a todas las pretensiones y manifestó que carecía de legitimación pasiva, puesto que los hechos no fueron ocasionados por su acción u omisión. Además, indicó que no se presentaban los supuestos para declarar una falla del servicio, debido a que adelantó un proceso sancionatorio en contra de la EPSA, por los hechos ocurridos, de conformidad con sus competencias legales y constitucionales.
6. La EPSA se opuso a todas las pretensiones y formuló la excepción de inexistencia de la obligación de indemnizar perjuicios de cualquier clase a los demandantes.



7. Mediante sentencia de 20 de mayo de 2009, el juez de primera instancia desvinculó al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, accedió a las pretensiones de la demanda de acción de grupo y condenó a la EPSA y a la CVC.
8. El anterior proveído fue objeto de apelación por las partes. 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, y confirmó la declaratoria de la falta de legitimación por pasiva del Ministerio de Ambiente.
9. En lo que atañe al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Sostenible, el fallador de instancia confirmó la decisión del *a quo* de declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa, por considerar que no existió un nexo de causalidad entre sus actuaciones y el daño, y que la entidad cumplió con todas sus funciones constitucionales y legales.
10. En atención a la decisión condenatoria y por considerar que la misma se adoptó con desconocimiento de sus derechos fundamentales, la EPSA interpuso acción de tutela por la práctica de pruebas irregulares en el curso del proceso. Adicionalmente, la CVC y la EPSA presentaron mecanismo de revisión eventual ante el Consejo de Estado de la sentencia de Segunda Instancia, contemplado en el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.
11. Mediante providencia del 28 de marzo de 2012, el Consejo de Estado seleccionó el asunto antes referido y consideró que los siguientes aspectos hacían procedente el trámite de revisión eventual previsto en la Ley 1285 de 2009:
 - i) Los criterios para determinar el grupo afectado y la individualización de sus miembros.
 - ii) El tratamiento de la indemnización colectiva que, a términos de lo dispuesto por el artículo 65.1 de la Ley 472 de 1998, debe contener la suma ponderada de las indemnizaciones individuales.
 - iii) Las competencias y responsabilidades de la Defensoría del Pueblo en calidad de administradora del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, entidad que tiene a cargo el pago de las indemnizaciones individuales de los miembros del grupo afectado que estuvieron presentes en el proceso y los ausentes que se acojan a la sentencia dentro del término señalado en el artículo 55 de la Ley 472 de 1998.
 - iv) En conexidad con los anteriores puntos, los criterios a considerar para el eventual reconocimiento de perjuicios morales a favor de las comunidades que son sujetos de especial protección constitucional.
12. El trámite de revisión eventual adelantado por el Consejo de Estado fue suspendido en virtud de la orden dada por la Corte Constitucional en sentencia T-274 de 2012, en la cual se resolvió: “**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”.



13. Al haberse dejado sin efectos la decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el trámite de la revisión eventual adelantado por el Consejo de Estado se dio por terminado mediante Auto del 24 de octubre del 2012. Lo anterior, por cuanto el trámite carecía de objeto por sustracción de materia.
14. Sin embargo, la sentencia T-274 de 2012 fue declarada nula por la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante Auto A-132 de 2015 y se dictó nueva sentencia, esto es la SU-686 de 5 de noviembre de 2015, que dejó en firme la decisión de segunda instancia dictada en el curso de la acción de grupo por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.
15. Al cobrar vigencia nuevamente la sentencia de 07 de septiembre de 2009 dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante Auto de 25 de febrero de 2016 se declaró nulo el Auto de 24 de octubre de 2012 y se reanudó el trámite del mecanismo de revisión eventual surtido ante el Consejo de Estado.
16. El Consejo de Estado, en auto del 22 de septiembre de 2016, consideró que, dado que el trámite de revisión eventual podría afectar los criterios para la conformación del grupo y la liquidación de los perjuicios, se hacía necesario suspender los efectos de la parte resolutive de la sentencia de segunda instancia hasta que cobrara ejecutoria la providencia que pusiera fin al trámite de revisión eventual.

1.3. La providencia judicial cuestionada

Mediante sentencia de unificación del 10 de junio de 2021, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala 1 Especial de Decisión, C.P. María Adriana Marín, puso fin al mecanismo de revisión eventual en acción de grupo al resolver lo siguiente:

“QUINTO: UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto a los criterios para determinar el grupo afectado y la individualización de sus miembros, en el sentido de señalar que para determinar un grupo se debe identificar el hecho generador del daño para establecer si este hecho tuvo una relación causal con los daños sufridos por los miembros del grupo. Con respecto al establecimiento de criterios uniformes para la individualización de los miembros de cada grupo, la Sala considera que no es posible fijar una taxonomía de los mismos dadas las circunstancias específicas de cada caso concreto.

SEXTO: UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto al tratamiento de la indemnización colectiva prevista en la Ley 472 de 1998, en el sentido de acoger el criterio señalado por la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia del 29 de octubre de 2015, exp. 2002-00351, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, según la cual la indemnización colectiva corresponde a la sumatoria de los perjuicios que individualmente se tasen para cada miembro del grupo.

SÉPTIMO: UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto de las Competencias de la Defensoría del Pueblo en calidad de administradora del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, en el sentido de reiterar que las competencias de esta entidad son eminentemente administrativas, y que el juez de acción de grupo, con el fin de preservar la naturaleza tanto de la función administrativa como de la función judicial, debe cumplir con todos los requisitos exigidos por el artículo 65 de la Ley 472 de 1998 respecto del contenido de la sentencia, y, definir clara y explícitamente todos los elementos de la obligación indemnizatoria que nace luego de proferirse una sentencia de acción de grupo condenatoria.

OCTAVO: UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto a los criterios que permiten el reconocimiento de perjuicios morales a favor de sujetos de especial



protección constitucional, en el sentido de señalar que la intervención de un sujeto de especial protección constitucional no será un criterio determinante al momento de reconocer daños morales y daños a la salud, debido a que en todo caso, las características de cierto, personal y directo deben quedar probadas, pero, por otro lado, la situación de vulnerabilidad sí resultará determinante al momento de reconocer daños a otros bienes constitucional y convencionalmente protegidos, debido a que el juez competente deberá evaluar si se violó un interés jurídicamente protegido tanto por el ordenamiento jurídico nacional como por los instrumentos de derecho internacional aplicables al caso.

NOVENO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio de Buenaventura, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

DÉCIMO: CONDENAR a la EPSA, a la CVC y a la Nación – Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible a pagar a título de indemnización por daño emergente, lucro cesante y daño moral, la suma total de doscientos tres mil novecientos sesenta y un millones cuatrocientos cuarenta mil setecientos cuarenta y ocho pesos (\$203.961.440.748), a los integrantes del grupo que se hayan constituido como parte en el proceso y los que lo hagan después, en los términos señalados en la parte motiva. La suma de dinero constitutiva de esta condena se deberá pagar al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, en los términos de la Ley 472 de 1998...¹.

II. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y su configuración en el caso concreto

2.1. La configuración de los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

El punto de partida de la jurisprudencia constitucional relacionado con la acción de tutela en contra de providencias judiciales se encuentra en la sentencia C-543 de 1992, en la cual se declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que se

¹ Adicionalmente, se adoptaron las siguientes órdenes: PRIMERO: DECLARAR la legitimación en la causa de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para intervenir en el proceso, de conformidad con los artículos 2 del Decreto 4085 de 2011; 2.2.3.2.1 y 2.2.3.2.2 del Decreto 1069 de 2015. SEGUNDO: RECHAZAR las intervenciones de las ONG Earth Law Center, International Rivers, Réseau International des Droits Humains y Abogados sin Fronteras, de conformidad con la parte motivada de esta sentencia. TERCERO: DEJAR SIN EFECTO ni valor probatorio el dictamen pericial tramitado como prueba anticipada ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura en el año 2004. CUARTO: DEJAR SIN EFECTO ni valor probatorio el dictamen pericial practicado en el año 2008 por la perito contadora Rita Isabel Góngora. QUINTO: UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto a los criterios para determinar el grupo afectado y la individualización de sus miembros, en el sentido de señalar que para determinar un grupo se debe identificar el hecho generador del daño para establecer si este hecho tuvo una relación causal con los daños sufridos por los miembros del grupo. Con respecto al establecimiento de criterios uniformes para la individualización de los miembros de cada grupo, la Sala considera que no es posible fijar una taxonomía de los mismos dadas las circunstancias específicas de cada caso concreto.

DÉCIMO PRIMERO: LIQUIDAR los honorarios de los dos abogados que intervinieron en el proceso en una suma equivalente al tres por ciento (3%) de la indemnización que obtenga cada uno de los miembros del grupo que no haya sido representado judicialmente. DÉCIMO SEGUNDO: DEVOLVER los excedentes a las entidades demandadas en sus debidas proporciones, si llegaren a existir, luego de finalizado el pago de las indemnizaciones individuales. DÉCIMO TERCERO: ORDENAR la publicación de la parte resolutive de esta sentencia en un medio masivo de comunicación que efectivamente garantice el principio de publicidad para las comunidades afectadas, dentro del mes siguiente a su ejecutoria, con el fin de que todos los interesados se presente sus reclamaciones ante la Defensoría del Pueblo, dentro de los 20 días siguientes para acreditar su pertenencia al grupo afectado. DÉCIMO CUARTO: CONDENAR en costas a la EPSA, a la CVC y a la Nación – Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, teniendo en cuenta las expensas necesarias para la publicación del extracto de la sentencia. Así, por secretaría se liquidarán las mismas. DÉCIMO QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo. DÉCIMO SEXTO: Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador>.



referían a la caducidad y alcance de la acción de tutela contra providencias judiciales, *“por considerar que contrariaba los principios constitucionales de gran valía como la autonomía judicial, la desconcentración de la administración de justicia y la seguridad jurídica”*².

Entendiendo, pues, que el artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela está encaminada a la protección de derechos fundamentales, cuando quiera que dichos derechos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, la Corte Constitucional se manifestó al respecto:

*“(...) De conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente. En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia (...)”*³.

En esta sentencia se reconoció abiertamente que las autoridades que administran justicia pueden desconocer derechos fundamentales a través de las denominadas vías de hecho, situación que permitía la posibilidad de solicitar el amparo de dichos derechos a través de la acción de tutela.

El reconocimiento de las vías de hecho como causal para incoar la acción de tutela en contra de decisiones judiciales, se convirtió en una línea jurisprudencial desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En la sentencia T-231 de 1994, se señalaron las condiciones de la configuración de vías de hecho en las providencias judiciales:

“El Juez que incurra en una vía de hecho, no puede esperar que al socaire de la independencia judicial, sus actos u omisiones, permanezcan incólumes. En este evento en el que se rompe de manera incontestable el hilo de la juridicidad, los jueces de tutela están excepcionalmente llamados a restaurar esa fidelidad a la ley de la que ningún juez puede liberarse sin abjurar de su misión. Solo en este caso, que por lo tanto exige la mayor ponderación y la aplicación de los criterios de procedencia más estrictos, es dable que un juez examine la acción u omisión de otro (...) Si este comportamiento - abultadamente deformado respecto del postulado en la norma - se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo), o en el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico), o en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental), esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión

² Corte Constitucional, sentencia SU-918 de 2013.

³ Corte Constitucional, sentencia C-543 de 1992.



entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial”⁴.

Sin duda alguna, esta fue la postura que imperó durante gran parte en la jurisprudencia constitucional, sin embargo, la Corte Constitucional llegó a la conclusión de que resultaba posible atacar las decisiones de los jueces en situaciones distintas a las vías de hecho. Así pues, con la finalidad de establecer uniformidad respecto de las causales de procedencia de la acción de tutela en contra de decisiones judiciales, la sentencia C-590 de 2005 se alzó como hito jurisprudencial en la materia, puesto que en dicha sentencia se propugna por clasificar los requisitos de procedencia de la acción de tutela en contra de decisiones judiciales en dos grupos, el primer grupo denominado requisitos generales⁵:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones⁶. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa por qué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

“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 irremediable⁷. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

“c. 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 vulneración⁸. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificaron los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cernirá una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

“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 actora⁹. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C – 591 de 2005, 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

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-231 de 1994. Doctrina reiterada y precisada en otras sentencias como en la SU-1184 de 2001 y en la SU-159 de 2002.

⁵ Hacen referencia a aquellos requisitos que habilitan la interposición de la tutela: “Requisitos de orden procesal de carácter general orientados a asegurar, entre otros, el principio de subsidiariedad de la tutela - Requisitos de procedencia” (Sentencia SU-918 de 2013).

⁶ Cita textual: T-173 de 1993.

⁷ Cita textual: T-594 de 2000.

⁸ Cita textual: T-315 de 2005.

⁹ Cita textual: T-008 de 1998, SU-159 de 2000.



vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible¹⁰. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

“f. Que no se trate de sentencias de tutela¹¹. 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”¹².

Además de los requisitos generales, resulta necesario acreditar la existencia de causales específicas. Señaló la Corte Constitucional, que para que proceda la acción de tutela se requiere la presencia de al menos uno de los siguientes presupuestos¹³:

“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 inconstitucionales¹⁴ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

“f. 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.

“g. 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.

“h. 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 vulnerado¹⁵.

“i. Violación directa de la Constitución”¹⁶.

¹⁰ Cita textual: T-658 de 1998.

¹¹ Cita textual: T-088 de 1999, SU-1219 de 2001.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005.

¹³ “Requisitos centrados en los defectos de las actuaciones judiciales en sí mismas consideradas que desconocen derechos fundamentales – Requisitos de Procedibilidad” (Sentencia SU-918 de 2013).

¹⁴ Cita textual: T-522 de 2001

¹⁵ Cita textual: T-462 de 2003, SU-1184 de 2001, T-1625 de 2000, T-1031 de 2001

¹⁶ En efecto, “Teniendo en cuenta que la tutela contra providencias judiciales no da lugar a una tercera instancia, ni puede reemplazar los recursos ordinarios, es necesario que la causa que origina la presentación de la acción suponga el desconocimiento de un derecho fundamental. En otras palabras, la tutela contra decisiones judiciales debe fundarse en un asunto de evidente relevancia constitucional y no puede ser utilizada para discutir asuntos de mera legalidad” (Corte Constitucional, sentencia T-061 de 2007).



Agregó la Corte, en Sentencia SU-918 de 2013, “*siempre que concurren los requisitos generales y, por lo menos, una de las causales específicas de procedibilidad contra las providencias judiciales, es procedente ejercitar la acción de tutela como mecanismo excepcional por vulneración de derechos fundamentales*”¹⁷. Esta postura mantiene su integridad en la actualidad¹⁸.

2.2. Cumplimiento de las causales generales de procedencia de la acción de tutela en el *sub lite*

i) Relevancia constitucional del caso. El asunto que se somete a conocimiento del juez de tutela tiene una evidente relevancia constitucional, pues **se relaciona de manera directa con el derecho fundamental al debido proceso de mi representada** y, en especial, con las competencias del juez de la revisión eventual de una acción de grupo para proferir sus decisiones.

Así mismo, la presente acción constitucional guarda una especial relación con: **(i)** el ejercicio de las funciones de prevención por parte de las entidades ambientales en nuestro ordenamiento y la reparación de eventuales daños por el incumplimiento de éstas, **(ii)** la determinación del alcance de las competencias del Consejo de Estado en materia de recurso extraordinario de revisión, en particular, la posibilidad de pronunciarse sobre todos los aspectos del litigio, **(iii)** la sola existencia de una infraestructura pública como causal de responsabilidad del Estado por riesgo excepcional y **(iv)** el alcance del debido proceso en materia de configuración de títulos de imputación en la responsabilidad del Estado pues se vulneró de manera directa el artículo 90 la Constitución Política, como quiera que condenó al Estado sin que se encontrara acreditada la imputación del daño a las entidades demandadas, elemento indispensable para la declaratoria de responsabilidad del Estado.

Es así que, al contarse con múltiples juicios en contra de la sentencia del 10 de junio del 2021 que implican una violación del derecho fundamental del debido proceso y de defensa de mi representada, es claro que el Juez de Tutela tiene completa competencia constitucional para el estudio de la misma, pues no se está solicitando que actúe como juez de instancia, sino que se revise lo decidido por la Sala Especial de Decisión dentro del marco constitucional.

ii) Cumplimiento del requisito de inmediatez. Según la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela, conforme al artículo 86 de la Carta Política, no está sujeta a un término de caducidad, y en consecuencia puede ejercerse en cualquier tiempo¹⁹. En ese sentido, la

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-918 de 2013.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-297 de 2015. Ver también, Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia de Unificación del 5 de agosto de 2014, Exp. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 16 de julio de 2015, Exp. 11001-03-15-000-2015-00988-00(AC). Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 14 de abril de 2016. Exp. 11001-03-15-000-2015-03421-01(AC).

¹⁹ Por ello, aunque el artículo 11 del Decreto 2591 de 1991 por el cual se reglamenta la acción de tutela, establecía un término de caducidad de la acción, mediante la sentencia C-543 de 1992 la Corte Constitucional decidió la inexecutable de esta disposición. En efecto, en dicha sentencia esta Corporación sostuvo: “a) *Inconstitucionalidad de la caducidad. El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona “tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar (...) la protección inmediata de sus derechos fundamentales (...) Resulta palpable la oposición entre el establecimiento de un término de caducidad para ejercer la acción y lo estatuido en el artículo 86 de la Constitución cuando señala que ella puede intentarse ‘en todo momento’, razón suficiente para declarar, como lo hará esta Corte, que por el aspecto enunciado es inexecutable el artículo 11 del Decreto 2591 de 1991. Esta norma contraviene la Carta Política, además de lo ya expuesto en materia de caducidad, por cuanto excede el alcance fijado por el Constituyente a la acción de tutela, quebranta la autonomía funcional de los jueces, obstruye el acceso a la administración*”



Corte Constitucional ha dispuesto que, si bien no existe un término objetivo para la interposición de la acción de tutela, es de la naturaleza del amparo la necesidad de buscar la protección inmediata de los derechos por parte del afectado, de manera que esta debe interponerse en un plazo razonable, a partir de la alegada violación a un derecho fundamental²⁰.

Con base en la anterior regla, la Corte Constitucional ha señalado que en cada caso concreto el juez constitucional debe evaluar la razonabilidad del plazo transcurrido entre el momento de expedición de la providencia judicial cuestionada y la presentación de la acción de tutela. En el presente caso, la decisión que se impugna fue emitida el 10 de junio de 2021, la cual fue objeto de solicitudes de aclaración, que fueron resueltas mediante providencia del 19 de enero de 2022, notificada el 9 de marzo del 2022, por la Secretaría General del Consejo de Estado; es decir, conforme al artículo 302 del CGP la sentencia del 10 de junio del 2021, quedó ejecutoriada hasta el 9 de marzo del 2022.

De ahí que, la presente acción de tutela se radicó dentro de los dos meses posteriores a la ejecutoria de dicha decisión. Por tanto, la presentación de la acción constitucional responde perfectamente a los parámetros temporales establecidos por la Corte Constitucional para respetar el requisito de inmediatez de la acción de tutela.

iii) Identificación de los hechos y derechos vulnerados. Tal como consta en la exposición de hechos y fundamentación de derecho de esta acción, este requisito es adecuadamente cumplido.

iv) No se trata de una acción de tutela contra un fallo de tutela. En el caso *sub lite* evento, la acción de tutela se dirige contra la sentencia judicial dictada en el marco del proceso de revisión eventual de una acción de grupo por la Sala 1 de Especial Decisión del Consejo de Estado.

v) Incidencia de la irregularidad procesal en la decisión. En este caso los vicios específicos que se alegan como el sustento del señalamiento de una violación al debido proceso, son el defecto orgánico, el defecto sustantivo, el defecto fáctico y el desconocimiento del precedente horizontal, los cuales como se acreditará a lo largo de este escrito tiene una incidencia directa en la decisión adoptada por el Tribunal accionado.

vi) Agotamiento de los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial. El principio de subsidiariedad de la acción de tutela se encuentra consagrado en el artículo 86 de la

de justicia, rompe la estructura descentralizada y autónoma de las distintas jurisdicciones, impide la preservación de un orden justo y afecta el interés general de la sociedad, además de lesionar en forma grave el principio de la cosa juzgada, inherente a los fundamentos constitucionales del ordenamiento jurídico.”

²⁰ Esta posición coincide con la de la Corte Suprema de Justicia, que ha afirmado que *“aunque la ley no señala un término de caducidad para la presente acción, ésta debe incoarse en un término razonable, en orden a que no se convierta en un factor de inseguridad jurídica, por lo que no resulta atendible que transcurridos más de diez meses desde la presunta vulneración al derecho fundamental se quiera por este mecanismo refutar nuevamente la decisión cuestionada”*. Por ese motivo, la Corte Suprema ha denegado las acciones de tutela presentadas más allá de un término de diez (10) meses sin que se hubiera presentado una justificación para esa demora. *V.gr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de mayo de 2006, Rad. 2006-00030-01, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

Constitución Política²¹ y en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991²², normas en las cuales se establece que dicha acción solo procede cuando el afectado no disponga de otro mecanismo de defensa judicial.

En el caso concreto, mi representada no cuenta con otro medio de defensa judicial para obtener la protección de su derecho fundamental al debido proceso. Lo anterior, por cuanto se trata de una decisión judicial dictada por el Consejo de Estado en el marco de un proceso de revisión eventual de una acción de grupo, contra la cual no cabe recurso ordinario alguno.

III. La configuración de las causales específicas de procedibilidad en el caso concreto

3.1. La configuración de un defecto orgánico en el *sub lite*

3.1.1. El defecto orgánico en la jurisprudencia constitucional

El defecto orgánico, como causal específica de procedencia de la acción de tutela como providencias judiciales, tiene como fuente principal el artículo 121 de la Constitución Política, en virtud del cual las autoridades del Estado solo pueden ejercer las funciones que les asigna la Constitución y la ley. El anterior postulado se complementa, para el caso de los jueces, con lo dispuesto en el artículo 29 Superior, el cual establece que los ciudadanos deben ser juzgados por juez o tribunal competente, esto es, por quien la Constitución o la ley le asignó el conocimiento de un determinado proceso, en otras palabras, por el juez natural.

La Corte Constitucional ha establecido además la relación del defecto orgánico con el derecho al acceso a la administración de justicia²³, anotando al respecto que la expedición de una providencia judicial exige: *“(i) la preexistencia del juez, (ii) la determinación legal y previa de su competencia en abstracto, incluso si es una competencia especial o por fuero, y (iii) la garantía de que no será excluido del conocimiento del asunto, una vez ha asumido regularmente competencia²⁴, aunque una modificación legal de competencia pueda significar un cambio de radicación del proceso en curso, sin que se entienda que se desconoce el derecho al juez natural, al tratarse de una “garantía no absoluta y ponderable”²⁵.*

²¹ De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.
(...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial (...).”.

²² De conformidad con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991: *“CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales (...).”*

²³ Sentencia C-537 de 2016, reiterada en la C-585 de 2017.

²⁴ Esto implica “que una vez asignada –debidamente- competencia para conocer un caso específico, no les sea revocable el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones de competencias al interior de una institución”: (...) SU-1184/01.

²⁵ Sentencia C-755/13 que declaró la constitucionalidad del artículo 625 numeral 8 (parcial) de la Ley 1564 de 2011, CGP, que dispone que para el tránsito legislativo, los procesos de responsabilidad médica en curso ante la jurisdicción ordinaria laboral, deberán ser enviados a los jueces civiles, en el estado en el que se encuentren. En esta sentencia, la Corte Constitucional reconoció que la competencia del legislador para diseñar los procesos, le permite variar incluso la competencia de procesos en curso, si persigue un fin legítimo y el medio

La jurisprudencia constitucional ha establecido además que, el defecto orgánico tiene un carácter: **(i) funcional**, cuando la autoridad judicial extralimita de forma manifiesta el ámbito de las competencias otorgadas tanto por la Carta Política como por la ley; o **(ii) temporal**, cuando los jueces a pesar de contar con ciertas atribuciones para realizar determinada conducta, lo hace por fuera del término consagrado para ello. Por lo anterior, cuando un operador judicial desconoce los límites temporales y funcionales de la competencia, configura un defecto orgánico y en consecuencia vulnera el derecho fundamental al debido proceso²⁶.

3.1.2. La configuración de un defecto orgánico en el *sub lite*

Como se ha indicado a lo largo de este escrito, la decisión judicial ahora cuestionada en sede de tutela fue expedida en el marco del mecanismo de revisión eventual de una acción de grupo por parte de la Sala Primera de Decisión del Consejo de Estado.

Tal y como lo indicó la Sala en la sentencia objeto de cuestionamiento, el marco normativo aplicable al caso concreto resulta ser el contenido en la ley 1285 de 2009, por ser la disposición vigente al momento de interposición de la acción de grupo. El citado cuerpo normativo prevé de manera clara lo siguiente en su artículo 11:

“ARTÍCULO 11. Apruébese como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996, el artículo 36A que formará parte del Capítulo Relativo a la organización de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el cual tendrá el siguiente texto:

“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** (énfasis añadido).

En sentencia C-713 de 2008, la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria de Reforma a la Justicia que contiene el artículo 11 antes citado. En aquella oportunidad el máximo órgano constitucional señaló lo siguiente:

“Desde esta perspectiva, si bien es válida la facultad de revisión para (i) la unificación de jurisprudencia, pues ello es propio de un Tribunal Supremo, no puede asignarse dicha función para (ii) asegurar la protección exclusiva de derechos constitucionales fundamentales, ni para (iii) ejercer control de legalidad, por cuanto éstas son atribuciones propias de una Corte de Casación -según fue explicado anteriormente²⁷-, calidad que no ostenta el Consejo de Estado, más aún cuando las acciones populares y de grupo son acciones de clara naturaleza constitucional.

Además, la redacción de la norma al referirse a la revisión para proteger derechos constitucionales “*fundamentales*”, sugiere la exclusión de otros derechos constitucionales que no tienen esa categoría (iusfundamental), como los derechos e intereses colectivos que son justamente los que se protegen a través de las acciones populares.

es adecuado para el mismo. Una medida parecida prevista en el art. 2 del Decreto 2001 de 2002 fue declarada exequible en la sentencia C-1064/02.

²⁶ Ibidem.

²⁷ En este sentido la Corte remite a las consideraciones expuestas al analizar el artículo 7º del proyecto.



En consecuencia, la Corte declarará la inexecutable de la expresión “*asegurar la protección de derechos constitucionales fundamentales o ejercer el control de legalidad respecto de los fallos correspondientes*”, del inciso 1º del artículo 11 del proyecto.

8.- Así mismo, deberá declarar inexecutable las expresiones “*de oficio o*” y “*Al efectuar la revisión se decidirá sin las limitaciones propias de los recursos*”, del inciso primero del artículo 11, por cuanto riñen con los postulados del debido proceso (art. 29 CP).

En efecto, como la configuración de las acciones populares y de grupo parte de la base de que el trámite de recursos exige una suerte de legitimación por activa, es necesaria la intervención y solicitud directa de las partes. **En esa medida, permitir que la revisión eventual opere de manera oficiosa y que el Consejo de Estado pueda decidir sin ningún tipo de limitación, implicaría transferir una facultad reservada a las partes, entre las que se encuentra el Ministerio Público como garante de los intereses colectivos y de la sociedad en general, resulta contrario al debido proceso y a los derechos de los sujetos involucrados**” (énfasis añadido).

En sentido similar, en relación con este mecanismo de revisión eventual de las acciones populares y de grupo, el Consejo de Estado se ha pronunciado en diversas oportunidades como se relaciona a continuación.

Así, en sentencia de 19 de noviembre de 2009, proferida por la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo, dentro del proceso con radicado 73001-33-31-004-2008-00032-01 (AP), se indicó lo siguiente:

“De lo transcrito se desprende con claridad que la finalidad del mecanismo de la eventual revisión es la unificación de la jurisprudencia por parte del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo con miras a evitar la existencia de criterios contradictorios respecto de un mismo tema, derivados, por ejemplo y a título puramente enunciativo, de su complejidad, indeterminación, ausencia de claridad normativa, vacío legislativo, confusión y diversidad de interpretaciones, inexistencia de criterio consolidado respecto de determinados tópicos, entre otros aspectos significativos o propios de la tarea unificadora”.

Posteriormente, en sentencia de 20 de enero de 2011, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, proceso con radicado número: 41001-33-31-006-2008-00320-01(AP)REV²⁸, se indicó lo siguiente:

“La única finalidad del mecanismo de revisión eventual es la unificación de la jurisprudencia para garantizar principios básicos para el adecuado funcionamiento del aparato judicial, como la igualdad, la seguridad jurídica y la unidad del derecho.

Aunque no de manera exhaustiva, pero sí ilustrativa, es posible identificar las siguientes hipótesis en las cuales el Consejo de Estado, en su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, está llamado a ejercer su función de unificación de jurisprudencia, como lo precisó el auto del 14 de julio de 2009 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expediente 2007-00244- 01 (IJ):

- Cuando uno o varios de los temas tratados en la providencia objeto del mecanismo tiene tratamiento diverso por el Consejo de Estado o por los tribunales administrativos, de manera que resulte indispensable fijar una posición unificadora.
- Cuando uno o varios de los temas de la providencia, por su complejidad, indeterminación, ausencia de claridad de las disposiciones normativas o ausencia de regulación, sean confusos o involucren disposiciones respecto de las que existan diferentes formas de aplicación o interpretación.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO Bogotá, D.C., veinte (20) de enero de dos mil once (2011) Radicación número: 41001-33-31-006-2008-00320-01(AP)REV



- Cuando sobre uno o varios de los temas de la providencia no exista una posición consolidada por parte de la jurisprudencia de esta Corporación.
- Cuando uno o varios de los temas de la providencia no tengan desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado y que, por su importancia y trascendencia, ameriten un pronunciamiento de la Corporación.

En razón de su propósito, la revisión eventual no constituye un nuevo recurso, ni supone una instancia adicional en el trámite del proceso, precisamente, porque no es un mecanismo de control de legalidad de las providencias de instancia. Coherentemente, el mecanismo no está concebido para exponer razones de inconformidad frente a la decisión judicial cuya revisión se pretende ni para replantear temas que ya fueron objeto de litigio y, por ende, decididos en las instancias respectivas” (énfasis añadido).

En sentencia de 5 junio de 2018, proferida por la Sala Seis Especial de Decisión, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el marco del proceso con radicado 15001-33-31-001-2004-01647-01(SU)(REV-AP), se indicó lo siguiente:

“En tales condiciones, el mecanismo de revisión eventual tiene como objetivo unificar jurisprudencia, por lo que esta Corporación se encuentra facultada para elegir para selección o no las providencias –autos o sentencias- que finalicen el proceso, según el tema, con el fin de que se apliquen las mismas directrices en casos que compartan iguales supuestos fácticos y jurídicos”²⁹

Finalmente, vale la pena traer a colación la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 11 de octubre de 2018, en el cual Sección Quinta³⁰, luego de reiterar lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C- 713 de 2008 y los criterios para la procedencia del mecanismo de revisión eventual de acciones populares y de grupo señaló lo siguiente:

“Se debe reiterar que el único propósito, el de unificar jurisprudencia, **descarta que se use como un nuevo recurso o una instancia adicional dentro del trámite de las acciones populares o de grupo**. Por lo tanto, para su justificación no son de recibo la exposición de las razones de inconformidad con la providencia o replantear el tema de fondo discutido y definido en las instancias” (énfasis añadido).

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 1285 de 2009, con los apartes jurisprudenciales citados y en especial con la revisión constitucional realizada por la Corte Constitucional en sentencia C-713 de 2008, es preciso indicar que el fin del mecanismo de revisión eventual de la acción de grupo es la Unificación de Jurisprudencia, no la de servir como una instancia más de decisión.

Contrario a lo señalado en la providencia judicial que ahora se cuestiona en sede de tutela, no es posible indicar que el Consejo de Estado con miras a unificar la jurisprudencia no tenga límites en sus pronunciamientos, pues precisamente ello fue declarado inconstitucional por la Corte en su decisión de inexecutable al indicar con absoluta claridad que, **“permitir que la revisión eventual opere de manera oficiosa y que el Consejo de Estado pueda decidir sin ningún tipo de limitación, implicaría transferir una facultad reservada a las partes, entre las que se encuentra el Ministerio Público como garante de los intereses colectivos y de la**

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SALA SEIS ESPECIAL DE DECISIÓN Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO. Bogotá D.C., cinco (5) de junio de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 15001-33-31-001-2004-01647-01(SU)(REV-AP)

³⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ Bogotá, D.C., once (11) de octubre de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 15001-23-33-000-2017-00011-01(AP)REV

sociedad en general, resulta contrario al debido proceso y a los derechos de los sujetos involucrados”.

Precisamente, resulta en extremo contrario al debido proceso, la asignación de competencias que se atribuyó el Consejo de Estado en la providencia ahora cuestionada para estudiar nuevamente todo el proceso, evaluar pruebas, determinar responsabilidades de entidades cuya legitimación por pasiva ya había sido descartada en las instancias y fijar los montos de indemnización, sin indicar las particularidades del caso o la relación que dicha decisión tenía con las tesis de unificación.

Lo expuesto excede claramente la naturaleza y finalidad del mecanismo de revisión eventual contemplados en la Ley, e incluso la orden dada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-686 de 2015, lo que permite afirmar que el fallador actuó por fuera de sus competencias.

En particular, llama la atención la decisión del Consejo de Estado de establecer la legitimación por pasiva del Ministerio de Ambiente en sede del mecanismo de Revisión Eventual de una acción de grupo. Lo anterior, por cuanto la participación de la entidad demandada en la generación del daño a reparar había sido descartada en las instancias de la acción de grupo, por lo que la sentencia de condena del Ministerio de Ambiente solo se generó en sede del mecanismo excepcional.

Es decir, en sede del mecanismo eventual de revisión la Sala de Decisión realizó un análisis de legitimación por pasiva, el mismo que estaría totalmente prohibido su proposición a cualquier parte mediante dicho mecanismo, pues es un argumento y análisis propio del giro ordinario del proceso, no de este mecanismo, en el entendido de que el debate de la legitimación por pasiva es un argumento propio de un recurso de apelación de las partes y tal y como lo precisó la Sala Quince Especial de Decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 10 de marzo del 2021, “la discusión del mecanismo eventual de revisión no se centra en argumentos propios de un recurso de apelación de las partes”³¹.

En gracia de discusión, se podría decir que la falta de legitimación por pasiva se podría dar en sede del mecanismo eventual de revisión, siempre y cuando sea objeto de unificación, lo cual no ocurrió en el presente asunto.

Lo anterior además de exceder las competencias del Consejo de Estado en sede de revisión eventual de una acción de grupo, implica un desconocimiento del derecho a la rectificación del fallo como aspecto integrante del debido proceso, pues el Ministerio de Ambiente al ser condenado por primera vez en sede del mecanismo de revisión eventual, no contará con una instancia ordinaria adicional para que se estudie y rectifique su caso, como si ocurriría en sede de instancia.

Además, si se observan los recursos de apelación presentados, en ninguno de ellos se aduce que se revoque la decisión de declarar la falta de legitimación por pasiva decretada a favor de Minambiente; en el trámite en segunda instancia, la Procuraduría 18 Judicial solicitó que se confirmara la decisión y por ello, en segunda instancia, se confirmó la decisión en relación

³¹ Radicación número: 66001-33-31-003-2009-00225-01 (AP)REV.



con mi representada. Al respecto, aprecia esta Agencia que la Sala Especial de Decisión para atribuirse una competencia que no tenía, indicó lo siguiente:

“Es importante precisar que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible sí estuvo legitimado formalmente en la causa por pasiva, en todas las instancias. Y si bien los jueces de instancia lo absolvieron, ello no impide que se vuelva a estudiar su posible responsabilidad por los hechos, toda vez que en el mecanismo de revisión eventual es posible volver a estudiar la legitimación material en la causa por pasiva, esto es, establecer si a las entidades mencionadas les es imputable o no el daño por acción u omisión, **sin limitación alguna, por lo que constituye una excepción al principio de non reformatio in pejus, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación.**”³² (Resaltado fuera de texto)

Como se aprecia, la Sala parte de la premisa de que sí tienen competencia ilimitada al estudiar un caso en sede de revisión eventual, lo cual como ha quedado referenciado es claro y jurídico que dicha premisa es inválida si se tiene en cuenta lo previsto en la sentencia C-713 de 2008 y además, que ni la parte accionante *-que sería la interesada-*, alegó en segunda instancia o en sede de revisión eventual dicho aspecto consistente en volver a estudiar la legitimación por pasiva del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Igualmente, se observa que se indica que dicha premisa *“constituye una excepción al principio de non reformatio in pejus, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación”* y que *“como se advierte, la competencia del juez de la revisión eventual es amplia, toda vez que permite no solo unificar la jurisprudencia, también volver a fallar el asunto, sin consideración alguna en relación con las instancias y, por tanto, sin que opere la prohibición de reforma en peor, la cual tiene aplicación en el recurso de apelación, pero no en el mecanismo de revisión eventual”*.

De ahí que, esta Agencia infiere que la Sala considera que en sede de revisión eventual pueden actuar como un juez de legalidad y constitucionalidad en sentido amplio. Para sustentar dicha premisa, se respalda principalmente en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 3 de septiembre del 2013, e17001333100120090156601, la cual nos permitimos traer a colación el extracto en la cual se hace una posible mención a lo aludido por la Sala:

“Ahora bien, al efectuar el examen detallado del caso concreto citado en la referencia, dentro del cual se dictó la providencia que fue seleccionada para revisión eventual y que ha dado lugar a que aquí se unifique la jurisprudencia en torno a la derogatoria de la figura del incentivo económico inicialmente previsto para las acciones populares, así como acerca de la improcedencia de su reconocimiento en procesos que aunque promovidos con anterioridad a la expedición de la Ley 1425 aún no han culminado de manera definitiva, la Sala considera que las particularidades del caso en estudio imponen la necesidad de proferir un fallo que sustituya la sentencia que adoptó el Tribunal Administrativo del Caldas en segunda instancia, comoquiera que se encuentra –según se expondrá detalladamente a continuación– que la parte demandada no vulneró los derechos colectivos cuya protección invocó la parte actora y, por lo tanto, resultaría contrario a los fines materiales de realización de justicia mantener incólume el fallo de segunda instancia que, por el contrario, estimó procedente declarar la violación de tales derechos colectivos, al igual que resultaría inaceptable que una vez efectuada la revisión eventual de dicha decisión y después de advertir la inconsistencia probatoria que afecta sus conclusiones, el Consejo de Estado en su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo mantuviera silencio al respecto, se limitara a realizar la mencionada unificación jurisprudencial y permitiera que en el mundo jurídico permaneciera una sentencia que contraría los fines de la justicia, que

³² Ver página 50 de la sentencia.



se apoya en premisas fácticas equivocadas y que, por ende, se aparte de los principios, los dictados y las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico colombiano.”

Como se puede apreciar, la sentencia en mención no estipula como regla general que la revisión eventual “constituye una excepción al principio de non reformatio in pejus”, sino que todo lo contrario, el estudio particular del caso se realiza de manera excepcional tal y como se realizó en dicho caso, al indicarse que *“Sala considera que las particularidades del caso en estudio imponen la necesidad de proferir un fallo que sustituya la sentencia”* y particularmente, satisfacer los fines de justicia material, lo cual en el presente caso no existió, pues ni en primera, ni en segunda instancia se le negaron las pretensiones a los demandantes y se reitera, la decisión de declarar la legitimación por pasiva del Ministerio de Ambiente, no fue controvertida por ninguna de las partes, y en especial, de la parte demandante.

Siguiendo la anterior línea de análisis, en la citada sentencia se precisa dicho aspecto en los siguientes términos:

“En ese sentido, el Consejo de Estado estima necesario reiterar que si bien la finalidad de unificar la jurisprudencia constituye el único criterio o parámetro que puede tenerse presente al momento de decidir si se selecciona, o no, una decisión para su eventual revisión, lo cierto es que más adelante, esto es después de que se haya efectuado la respectiva escogencia, cuando llegue la oportunidad procesal de proferir la providencia con la cual se ponga fin a la revisión eventual y se proceda, en consecuencia, a cumplir la referida tarea de unificación jurisprudencial, en ese momento la Corporación, después de un examen integral acerca del asunto al que se refiere la decisión seleccionada para revisión y según las particularidades de cada caso, deberá resolver entonces si hay lugar, o no, a confirmar, a modificar o incluso a revocar el pronunciamiento objeto de revisión eventual.

Así pues, desde ahora se precisa que al efectuar la unificación jurisprudencial en virtud del mecanismo de revisión eventual, no siempre será necesario que la Corporación profiera una decisión que se ocupe de resolver de fondo el caso concreto que dio lugar a la expedición de la providencia objeto de revisión eventual, puesto que ese será un aspecto que en cada oportunidad deberá examinarse y decidirse a la luz de las particularidades de cada caso concreto, para cuyo propósito, entre otras cuestiones de importancia, habrá de considerarse cuál es la incidencia que en el respectivo caso pueda representar la línea en la cual se realice la correspondiente unificación jurisprudencia.”

Se resalta de lo anterior, que el Consejo de Estado concluye que después de analizarse integralmente el proceso, se deberá resolver entonces si hay lugar, o no, a confirmar, a modificar o incluso a revocar el pronunciamiento objeto de revisión eventual; es decir, se requiere un pronunciamiento de necesidad al respecto, pues tal y como se advierte en la sentencia, “no siempre será necesario que la Corporación profiera una decisión que se ocupe de resolver de fondo el caso concreto que dio lugar a la expedición” y que además, se deberá examinar a la luz de las particularidades del caso y se deberá considerar cuál es la incidencia que en el respectivo caso pueda representar la línea en la cual se realice la correspondiente unificación.

Precisa esta Agencia en representación del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible que, en la sentencia del 10 de junio del 2021, la Sala Primera de Decisión desconoció dicho aspecto sustancial de la misma sentencia con la que se respaldan, pues sin ser reiterativos se puede revisar de manera literal la sentencia para comprobarse que existió un defecto orgánico pues en ningún momento se justificó que el caso ameritaba de manera particular entrar a decidirlo de fondo y en especial, entrar a decidir la excepción de falta de legitimación por pasiva del Ministerio de Ambiente y lo más grave, no se indicó cuál era la



incidencia en que el respectivo caso pudiera representar la línea en la cual se realizaría la correspondiente unificación, pues como se advierte y se advertirá en la justificación de otros defectos específicos, las tesis de unificación que se plantearon no fueron utilizadas en la resolución del caso y por otro lado, no se unificó lo relacionado con la falta de legitimación por pasiva en las acciones de grupo.

Ahora bien, se observa que se respaldan igualmente en la sentencia SU-686 del 2015, proferida por la Corte Constitucional, y al respecto indican lo siguiente:

“En el presente caso, la Corte Constitucional, mediante la sentencia SU-686 de 2015, consideró que el mecanismo de revisión eventual era idóneo y confería competencia suficiente al Consejo de Estado para examinar la totalidad del expediente, garantizar los derechos fundamentales de las partes, hacer las correspondientes valoraciones probatorias y proferir una decisión de fondo.”³³

En atención a la anterior referencia, solo basta por indicar que la Corte Constitucional en la sentencia SU-686 del 2015, en ningún argumento precisó que el Consejo de Estado mediante el mecanismo de revisión eventual tenía competencia para examinar la totalidad del expediente como se pretende hacer ver. De una lectura de la precitada sentencia SU 686, se infiere deductivamente que la tesis que se manejó es que el mecanismo eventual de revisión era un mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales de las partes, lo cual no ocurrió en relación con mi representada. Igualmente, aprecia esta Agencia que en la misma sentencia la Sala se contradice al indicar lo siguiente:

“La Corte Constitucional, en la sentencia SU-686 de 2015 consideró que el Consejo de Estado tenía plena competencia para determinar el valor probatorio de los mencionados dictámenes y que la revisión eventual resultaba ser un mecanismo judicial idóneo para proteger los derechos fundamentales de las partes, razón por la cual la Sala procederá a: i) exponer el debate jurídico y probatorio que generan los dictámenes periciales, ii) examinar si la valoración de los mismos implica una afectación al debido proceso, a efectos de iii) establecer su incorporación o exclusión del acervo probatorio.”³⁴

De ahí que, la misma sala en un argumento posterior es clara en afirmar que la precisión de la Corte Constitucional se dio en relación con la idoneidad del mecanismo eventual de revisión para proteger los derechos fundamentales de las partes, más no se consideró que se le otorgó esa competencia ilimitada al Consejo de Estado como se pretende hacer ver en la sentencia.

De ahí que, si bien en sede de revisión eventual la Sala puede entrar a revisar el fondo del proceso, es válido afirmar que dicha competencia no es ilimitada sino que está relacionada con las particularidades del caso y con la relación e incidencia de la tesis de unificación con el caso, lo cual debe estar justificado, aspecto que no ocurrió en la sentencia enjuiciada.

Finalmente, vale la pena destacar que el Consejo de Estado en el fallo cuestionado usurpó competencias propias del legislador, pues unificó la jurisprudencia en relación con un asunto que es del resorte exclusivo del legislador y no del juez de la acción de grupo. Tal es el caso del pronunciamiento en relación con las competencias de la Defensoría del Pueblo en el ejercicio de las facultades que le fueron atribuidas en el marco de la Ley 472 de 1998 y de las obligaciones en cabeza de las entidades que ejercen control ambiental contenidas en la Ley 99 de 1993.

³³ Página 51 de la sentencia del 10 de junio del 2021.

³⁴ Página 96 de la sentencia del 10 de junio del 2021.

En atención a lo aquí señalado, es claro que la Sala 1 Especial de Decisión del Consejo de Estado al abrogarse competencias que exceden las señaladas en la ley en materia del mecanismo de revisión eventual de una acción de grupo y desconocer el precedente sentado por la Corte Constitucional en sentencia C-713 de 2008 y reiterado en diversas sentencias del mismo Consejo de Estado, incurrió en un defecto orgánico o competencial que hace necesaria la pronta intervención del juez de tutela con miras a restablecer el derecho fundamental al debido proceso conculcado.

3.2. La configuración de un defecto sustantivo

El defecto sustantivo como causal específica de procedencia de la acción de tutela contra las providencias judiciales, se configura cuando la autoridad judicial respectiva desconoce las normas de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado, ya sea por su absoluta inadvertencia, por su aplicación indebida, por error grave en su interpretación o por el desconocimiento del alcance de las sentencias judiciales con efectos erga omnes cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada.

Tal como lo señala la jurisprudencia constitucional, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo: (i) Cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador, (ii) Cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación *contra legem*) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y, finalmente, (iii) Cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva.

Frente a la configuración de este defecto puede decirse que, si bien es cierto los jueces, dentro de la esfera de sus competencias, cuentan con autonomía e independencia judicial para interpretar y aplicar las normas jurídicas, dicha facultad no puede ser en ningún caso absoluta. Por tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho³⁵.

También ha señalado la jurisprudencia que, el defecto sustantivo se presenta cuando se interpreta una norma en forma incompatible con las circunstancias fácticas y, por tanto, la exégesis dada por el juez resulta a todas luces improcedente³⁶.

En el caso *sub lite*, la providencia judicial dictada por la Sala 1 Especial del Consejo de Estado que condenó al Ministerio de Ambiente en el marco del mecanismo de revisión eventual de una acción de grupo incurrió en un defecto sustantivo por las razones que se pasan a exponer.

³⁵ Entre otras, Corte Constitucional, sentencia T-125 de 2012

³⁶ *ibidem*



a. La providencia del 10 de junio de 2021 desconoció el contenido de la SU-686 de 2015 – existe una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión

En primer lugar, llama particularmente la atención el hecho de que se utilice la SU-686 de 2015 para justificar la revisión de la sentencia, bajo el supuesto de que en dicha sentencia “se ordenó al Consejo de Estado continuar con el trámite de revisión eventual, dado que consideró que tenía la plena competencia para velar por los derechos fundamentales de las partes, unificar jurisprudencia, establecer el valor probatorio de los medios de conocimiento allegados al proceso y proferir una sentencia de fondo con respecto al caso concreto”. Esta lectura de la sentencia de unificación resulta abiertamente descontextualizada respecto de lo decidido por la Corte Constitucional, la cual se basó en:

- i) El reconocimiento de que el recurso de revisión es un mecanismo adecuado para garantizar los derechos fundamentales y que, en tal virtud, no procedía el uso de la acción de tutela como mecanismo transitorio.
- ii) Sin embargo, no ordenó la adopción de una decisión en concreto, por respeto a la independencia judicial en la decisión del recurso.
- iii) En consecuencia, la decisión de unificar la jurisprudencia en el caso concreto en nada tiene que ver con la obligación de condenar a la CVC o al Ministerio de Ambiente.

A pesar de lo anterior, en el caso concreto, la Sala optó por abrir de manera plena el debate, con lo cual **convirtió el asunto de la referencia en una verdadera tercera instancia** con total y plena violación de los fundamentos que deben servir al instrumento de la revisión de sentencias proferidas en acciones de grupo.

Ahora bien, la cuestión se agrava si se tiene en cuenta de que no existe relación alguna entre los asuntos que supuestamente fueron objeto de unificación y la decisión finalmente adoptada en el caso concreto. **Es decir, la Sala 1 de Decisión no aplicó su propia tesis de unificación al resolver el caso de fondo desconociendo así lo estipulado en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 3 de septiembre del 2013, e17001333100120090156601.**

| OBJETO DE UNIFICACIÓN | ANÁLISIS EN EL SUB LITE |
|---|--|
| <p>UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto a los criterios para determinar el grupo afectado y la individualización de sus miembros, en el sentido de señalar que para determinar un grupo se debe identificar el hecho generador del daño para establecer si este hecho tuvo una relación causal con los daños sufridos por los miembros del grupo. Con respecto al establecimiento de criterios uniformes para la individualización de los miembros de cada grupo, la Sala considera que no es posible fijar una taxonomía de los mismos dadas las</p> | <p>1. Los criterios de identificación no se utilizaron este caso concreto, pues genéricamente se tomó como grupo a poblaciones enteras, sin tener en consideración la identificación de los miembros. Únicamente se indicó que “la Sala hace explícito que el grupo demandante a indemnizar son: todas las personas asentadas en la ribera del río Anchicayá durante los años 2001 y 2002, que demuestren haber sufrido un perjuicio por cuenta del vertimiento de sedimentos realizado por EPSA”³⁷ y se verificó solo el parentesco y el número de cédula. Igualmente, se desconoció que la acción que ocasionó el daño cesó el 26 de agosto del 2001,</p> |

³⁷ Página 139 de la sentencia del 10 de junio del 2021.



| | |
|---|--|
| <p>circunstancias específicas de cada caso concreto.</p> <p>Al desarrollar dicho criterio, precisó la Sala:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Se debe identificar el hecho o los hechos generadores alegados en la demanda. 2. Se debe determinar si estos son uniformes para todo el grupo. 3. Mediante el análisis de la teoría de la causalidad adecuada que permite un mayor enfoque jurídico determinar si estos hechos generadores tienen un mismo nexo de causalidad con los daños sufridos por los miembros del grupo. <p>Igualmente, se precisó que cada persona en aplicación de la carga de la prueba que pretenda integrarse en el respectivo grupo le corresponderá acreditar que sufrió un daño antijurídico derivado de la misma causa compartida por el grupo, así como demostrar su causalidad.</p> | <p>tal y como en la misma sentencia se indica³⁸ por lo que esta Agencia no entiende porque proyectó la reparación del daño a los años 2001 y 2022, sin dar las razones necesarias.</p> <ol style="list-style-type: none"> 2. Se desconoció la propia regla estipulada en la sentencia relacionada con que “cada persona en aplicación de la carga de la prueba que pretenda integrarse en el respectivo grupo le corresponderá acreditar que sufrió un daño antijurídico derivado de la misma causa compartida por el grupo, así como demostrar su causalidad”. No se aprecia una justificación ni que se dio cuenta de las razones de si los 1712 demandantes cumplieron con dicha carga. 3. No se realizó un análisis del criterio de uniformidad del grupo conforme los 3 elementos estipulados en la sentencia de unificación, si bien se indicó a lo largo de la sentencia los hechos generadores alegados en la demanda que básicamente fueron la apertura de las compuertas y el vertimiento de sedimentos³⁹, no se determinó de manera clara si estos son uniformes para todo el grupo pues no se realizó el análisis mediante la teoría de la causalidad adecuada. Solo se indicó que “la alteración provocada por el vertimiento de sedimentos al tener como consecuencia la muerte de buena parte de la fauna acuática, si fue un factor que generó un daño a esa población”⁴⁰ y “se puede inferir que el vertimiento de lodos ocasionó un daño a los cultivos ilícitos aledaños al río”.⁴¹ <p>Lo anterior justifica la conclusión de la acreditación de un daño ambiental puro, pero no el daño ambiental consecutivo.</p> |
| <p>UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto al tratamiento de la indemnización colectiva prevista en la Ley 472 de 1998, en el sentido de acoger el criterio señalado por la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia del 29 de octubre de 2015, exp. 2002-00351, C.P Ramiro Pazos Guerrero, según la cual la indemnización colectiva corresponde a la sumatoria de los perjuicios que individualmente se tasan para cada miembro del grupo.</p> <p>Se preció que no es estrictamente necesario que todos los miembros del grupo acrediten los perjuicios sufridos (entendidos como la consecuencia de un daño) individualmente a efectos de liquidar su indemnización siempre que existan elementos objetivos que permitan</p> | <ol style="list-style-type: none"> 1. No se trataba de un asunto que correspondiera unificar pues se reiteró la jurisprudencia uniforme que se venía desarrollando desde la sentencia del 29 de octubre del 2015. 2. No se utilizó el criterio para determinar la condena, pues se falló en equidad, en desconocimiento de las reglas que la propia jurisprudencia había creado en relación con el particular. Lo anterior, en atención de que no existió en la sentencia una justificación razonada de la prueba de los elementos personal, cierto y directo de cada uno de los 1712 demandantes, advirtiéndose que al resolverse el caso se realizó una confusión entre la prueba del daño y la prueba del perjuicio, y es en relación con este último que |

³⁸ Página 49 de la sentencia del 10 de junio del 2021.

³⁹ Páginas 49, 119, 120, 121, 126 de la sentencia del 10 de junio del 2021.

⁴⁰ Página 124 de la sentencia del 10 de junio del 2021.

⁴¹ Página 126 de la sentencia del 10 de junio del 2021.



| | |
|--|---|
| <p>efectuar la respectiva tasación. Es decir, advierte esta Agencia que no se presumen los perjuicios.</p> <p>Lo anterior se une a lo descrito en la página 78 de la sentencia de que el daño debe ser personal, cierto y directo y que siempre se deben probar dichos elementos⁴². En tal sentido, se precisó en la sentencia que “i) con base en el criterio reiterado, pacífico y consolidado, según el cual el reconocimiento de las tres tipologías de daño inmaterial está sujeto a que se pruebe el mismo junto con sus características de cierto, personal y directo”⁴³.</p> | <p>existe la indemnización colectiva y una especie de aligeramiento de la carga probatoria en relación con la cuantía del mismo, más no con la prueba del daño.</p> |
| <p>UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto de las Competencias de la Defensoría del Pueblo en calidad de administradora del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, en el sentido de reiterar que las competencias de esta entidad son eminentemente administrativas, y que el juez de acción de grupo, con el fin de preservar la naturaleza tanto de la función administrativa como de la función judicial, debe cumplir con todos los requisitos exigidos por el artículo 65 de la Ley 472 de 1998 respecto del contenido de la sentencia, y, definir clara y explícitamente todos los elementos de la obligación indemnizatoria que nace luego de proferirse una sentencia de acción de grupo condenatoria.</p> | <ol style="list-style-type: none"> 1. Se emitió una supuesta unificación en un asunto de estricta reserva legal, como es el relacionado con las competencias de la Defensoría del Pueblo. Asunto que, por demás, no hacía parte del objeto del litigio. 2. Al fallarse en equidad, no se identificaron <i>los elementos de la obligación indemnizatoria</i>, ni los requisitos de los miembros del grupo demandante. |
| <p>UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto a los criterios que permiten el reconocimiento de perjuicios morales a favor de sujetos de especial protección constitucional, en el sentido de señalar que la intervención de un sujeto de especial protección constitucional no será un criterio determinante al momento de reconocer daños morales y daños a la salud, debido a que en todo caso, las características de cierto, personal y directo deben quedar probadas, pero, por otro lado, la situación de vulnerabilidad sí resultará determinante al momento de reconocer daños a otros bienes constitucional y convencionalmente protegidos, debido a que el juez competente deberá evaluar si se violó un interés jurídicamente protegido tanto por el ordenamiento jurídico nacional como por los instrumentos de derecho internacional aplicables al caso.</p> | <ol style="list-style-type: none"> 1. No se trata de un asunto que requiriera unificación jurisprudencial pues no se acreditó la existencia de posturas contradictorias al interior de la Sala. 2. Lo único que se hizo fue retomar las sentencias de unificación previamente adoptadas por la Sala Plena de la Sección Tercera, sin que se aclarara ningún aspecto novedoso o confuso. 3. La sentencia del 10 de junio de 2021 reitera lo evidente en relación con la violación de intereses jurídicamente protegidos en materia de reparación de bienes constitucional y convencionalmente protegidos. |

En este punto, resulta de capital importancia aclarar que no se podrá *so pretexto de unificar* unas posturas, reabrir plenamente el debate en el juicio de fondo, en particular si los asuntos objeto de unificación no se aplican en la decisión final. En el caso *sub lite*,

⁴² Páginas 80, 84 de la sentencia del 10 de junio del 2021.

⁴³ Página 91 de la sentencia del 10 de junio del 2021.



se hace evidente que lo único que se aplicó fue la diferencia de criterio entre la decisión en segunda instancia y el del Consejo de Estado, con lo cual, el recurso de revisión se convirtió en una tercera instancia y los asuntos a unificar no pasaron de ser una excusa para reabrir el debate procesal que se encontraba cerrado lo cual viola el derecho fundamental al debido proceso de mi representada y por ende la configuración del defecto sustantivo.

Es de precisar que, no se está en contra de la decisión de unificar pues ello es una decisión autónoma del Consejo de Estado, lo que se reprocha es que no existía razón jurídica válida para reabrir el debate de responsabilidad en contra del Ministerio de Ambiente y que se utilizó la unificación para justificar de manera inválida el nuevo estudio de la falta de legitimación por pasiva, lo cual constituye a todas luces una violación del derecho fundamental al debido proceso.

b. La sentencia del 10 de junio de 2021 se produjo con un total desconocimiento de las competencias sancionatorias del Ministerio de Ambiente

El argumento central de la condena contra el Ministerio de Ambiente se encuentra en tres párrafos -de una sentencia de 243 páginas-, los cuales se transcriben a continuación:

“A partir de este primer informe se puede inferir el cumplimiento de los requisitos fijados por la Corte Constitucional, puesto que existía un principio de certeza científica respecto de la posible configuración de un daño ambiental grave, y, la CVC y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible contaban con los instrumentos suficientes para ordenar la suspensión de las labores de mantenimiento, al menos mientras se examinaba la situación y se tomaba una decisión respecto al estado de la represa, y de esta forma, evitar que se agravara el daño generado por el vertimiento de lodos.

“Pero, dado que las dos entidades permitieron que las labores de mantenimiento se prolongaran por el espacio de un mes, la Sala considera que al haber omitido dar la orden de suspender estas operaciones, las autoridades ambientales adoptaron una actitud tolerante frente al daño causado, lo que implicó una contribución al peligro creado por el vertimiento de lodos y al daño que posteriormente se configuró.

“De esta forma, la Sala considera que, a pesar de que la CVC y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible no fueron los causantes directos del daño, el hecho de haber tolerado que el vertimiento de sedimentos se hubiera prolongado por un mes aproximadamente, configuró una omisión en el cumplimiento de sus obligaciones legales como autoridades ambientales, que contribuyó con la producción del daño. Como consecuencia, es claro que se configuró una falla del servicio puesto que el daño resulta imputable a ambas entidades”.

Al respecto, resulta necesario señalar que, en el juicio de imputación realizado en la providencia judicial cuestionada, el Tribunal accionado concluyó que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible incurrió en una falla en el servicio al omitir el cumplimiento de sus deberes de evaluación, control y seguimiento ambiental contenidos en la Ley 99 de 1993. La citada omisión consistió en no haber suspendido las obras de mantenimiento de la Hidroeléctrica adelantadas por EPSA entre los meses de julio y agosto de 2001.

Para soportar la anterior afirmación, en la providencia judicial objeto de reproche se indicó lo siguiente:



“la Ley 99 de 1993, al crear el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible le otorgó funciones que no se identifican con una facultad sancionatoria:

Artículo 5. Funciones del Ministerio. Corresponde al Ministerio del Medio Ambiente: 16) Ejercer discrecional y selectivamente, cuando las circunstancias lo ameriten, sobre los asuntos asignados a las Corporaciones Autónomas Regionales, la evaluación y control preventivo, actual o posterior, de los efectos de deterioro ambiental que puedan presentarse por la ejecución de actividades o proyectos de desarrollo, así como por la exploración, explotación, transporte, beneficio y utilización de los recursos naturales renovables y no renovables y ordenar la suspensión de los trabajos o actividades cuando a ello hubiese lugar;

35) Hacer evaluación, seguimiento y control de los factores de riesgo ecológico y de los que puedan, incidir en la ocurrencia de desastres naturales y coordinar con las demás autoridades las acciones tendientes a prevenir la emergencia o a impedir la extensión de sus efectos;

(...)

De lo anterior se desprende que la Ley 99 autorizaba tanto al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible como a la CVC, en su calidad de autoridades ambientales, a ordenar que se suspendieran las labores de mantenimiento de la EPSA, lo cual no implicaba una sanción para la EPSA, sino que era una medida que se hubiera podido tomar con el fin de prevenir el posible daño ambiental”.

En relación con lo manifestado por el Consejo de Estado, es preciso destacar que, de la lectura de los artículos 5 y 35 de la Ley 99 de 1993, no se desprende en ningún momento la obligación tajante del entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial de suspender las labores de mantenimiento de la Hidroeléctrica ubicada en la zona del río Anchicayá por parte de EPSA.

Contrario a ello, de la lectura de la norma se evidencia con absoluta claridad que el Ministerio de Ambiente contaba con una “**facultad discrecional y selectiva**” de ejercer la “*evaluación y control preventivo, actual o posterior, de los efectos de deterioro ambiental que puedan presentarse por la ejecución de actividades o proyectos de desarrollo, así como por la exploración, explotación, transporte, beneficio y utilización de los recursos naturales renovables y no renovables y ordenar la suspensión de los trabajos o actividades cuando a ello hubiese lugar*”.

Frente a dicha disposición, la Corte Constitucional mediante la sentencia C - 462 del 14 de mayo de 2008, con ponencia del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, declaró la exequibilidad del numeral 16 del artículo 5° de la Ley 99 de 1993, que consagra la facultad discrecional y selectiva a cargo del Ministerio y al respecto señaló lo siguiente:

“(…) Del contenido de estas disposiciones se tiene entonces que la norma demandada autorizó al Ministerio para evaluar y controlar los proyectos asignados y vigilados por las Corporaciones Autónomas Regionales que pudieran resultar o resulten potencialmente peligrosos para el medio ambiente. Para la Corte es claro que la medida interviene en el ámbito funcional de las Corporaciones Autónomas Regionales y, por tanto, afecta el despliegue de sus competencias en materia ambiental. No obstante, este tribunal considera que dicha intervención no es inconstitucional porque no constituye atentado alguno contra el ámbito de autonomía de las Corporaciones Autónomas Regionales. Ciertamente, el ámbito de injerencia de las decisiones del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial es el propio en que le corresponde participar como “organismo rector de la gestión del medio ambiente” (art. 2º Ley 99 de 1993) y como coordinador del Sistema Nacional Ambiental, SINA, (ídem). Adicionalmente, repárese en el hecho de que la intervención del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en los programas de exploración y explotación que pudieran perjudicar el medio ambiente no es permanente, sino esporádica, selectiva, producto de la detección de hechos extraordinarios que por su



potencial peligrosidad o su verificada importancia ecológica ameritarían la intervención directa de la autoridad encargada del control general del sistema. (...)”.

En concordancia con el fallo anterior, la Corte Constitucional ha establecido en las sentencias C - 535 de 1996 y C – 035 de 2016, que es necesario que el Legislador garantice que las entidades puedan ejercer sus competencias para la gestión de sus intereses, bajo el entendido de que las autoridades ambientales del nivel nacional no pueden vaciar a las autoridades ambientales regionales y a las entidades territoriales de sus funciones que le son propias, según la Constitución y la ley, como garantía del respeto de varias disposiciones constitucionales, incluida la preservación del núcleo de la autonomía de las corporaciones autónomas regionales (numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política de 1991).

A pesar de la claridad de la norma, el Consejo de Estado en la providencia judicial cuestionada, decidió realizar una lectura que desconoce su literalidad, pues al aplicarla al caso concreto: **i)** se suprime por completo el elemento discrecional que faculta la intervención del Ministerio de Ambiente para realizar vigilancia, control y suspensión de actividades y lo vuelve de carácter obligatorio y **ii)** se impone una responsabilidad objetiva por no haber iniciado un trámite que depende de las condiciones concretas de cada caso, **advirtiendo esta Agencia que no se precisa ni se prueba desde cuándo el Ministerio de Ambiente conoció el hecho dañino o el hecho generador alegado en la demanda -que no es una omisión del Ministerio de Ambiente-** pues solo se indica que “a partir de este primer informe se puede inferir el cumplimiento de los requisitos fijados por la Corte Constitucional, puesto que existía un principio de certeza científica respecto de la posible configuración de un daño ambiental grave, y, la CVC y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible contaban con los instrumentos suficientes para ordenar la suspensión de las labores de mantenimiento”, y es claro que el primer informe lo realizó la CVC el 23 de julio del 2001, más no el Ministerio de Ambiente, **iii)** se crea por vía jurisprudencial una regla general e imperativa a cargo de las autoridades ambientales como la es suspender no discrecionalmente una actividad y de ahí justificar una presunta omisión y una causalidad por omisión.

De ahí que, la interpretación de la norma realizada por el Consejo de Estado, además de resultar contraria a la literalidad, implica un desconocimiento de la Autonomía propia de las entidades de control ambiental, quienes a partir de los criterios técnicos con los que cuentan, deciden el tipo de intervención a realizar, sin que la misma pueda ser entendida como una camisa de fuerza que obliga a la suspensión inmediata de obras y actividades que puedan generar posibles daños ambientales.

Ahora, en relación con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 99 de 1993, se tiene que el mismo dispone que, corresponde al Ministerio de Ambiente “*hacer evaluación, seguimiento y control de los factores de riesgo ecológico y de los que puedan, incidir en la ocurrencia de desastres naturales y coordinar con las demás autoridades las acciones tendientes a prevenir la emergencia o a impedir la extensión de sus efectos*”, sin que de la lectura literal, sistemática y teleológica del mismo, pueda derivarse la obligación irrestricta del Ministerio de Ambiente o de cualquier otra autoridad, de suspender las actividades de mantenimiento de la hidroeléctrica realizadas por EPSA, máxime si se tiene en cuenta que en la propia sentencia se consideró que el daño ambiental supuestamente causado se produjo como consecuencia de una actividad legítima.

Contrario a ello, de la lectura del anterior precepto se tiene que, el Ministerio de Ambiente contaba con la obligación de realizar evaluación, seguimiento y control de los factores de riesgo ecológico, como efectivamente lo hizo al adelantar las visitas respectivas, realizar los informes técnicos y dar apertura al proceso sancionatorio contra la EPSA que finalizó con la sanción de ésta última.

En ese orden de ideas, al presentarse una interpretación errónea de la norma ambiental que terminó con una decisión de condena de mi representada, es evidente la configuración de un defecto sustantivo en el caso concreto que amerita la intervención del juez de tutela con miras a restablecer los derechos fundamentales de mi representada. Una posición en contrario implicaría avalar una interpretación arbitraria del Consejo de Estado en sede del mecanismo de revisión de sentencia.

3.3. Violación directa de la Constitución – defecto sustantivo No valoración de la causa

Por último, es necesario señalar que la sentencia cuestionada violó de manera directa la Constitución Política de 1991, por cuanto condenó al Ministerio de Ambiente sin que se hubieran probado en el proceso los elementos de la responsabilidad en los términos establecidos en la norma y desarrollados por la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional. Igualmente, al desconocer lo estipulado en el artículo 90 superior, incurrió en otro defecto sustantivo consistente en una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión, **puntualmente en la mención de aplicar la teoría de la causalidad adecuada pero al resolver el caso no lo realizó así.**

Se debe tener en cuenta que la Corte Constitucional ha señalado que se presenta la violación directa de la Constitución como causal específica de procedencia de la tutela cuando se deja de aplicar o se aplica de manera inadecuada una norma de rango constitucional⁴⁴ y dado que en este caso se aplicó de manera equivocada el artículo 90 constitucional es claro que la misma ha tenido lugar. El precitado artículo superior estipula que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por acción u omisión de las autoridades públicas”.

De ahí que, para que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado se requiere el cumplimiento de las condiciones necesarias del daño antijurídico, la causalidad por acción o por omisión y la respectiva imputación. En el presente caso, la Sala 1 Especial de Decisión incurre en los defectos anunciados al condenar al Ministerio de Ambiente sin el cumplimiento de la causalidad por omisión, y por ende, sin el cumplimiento de dicho requisito no se podía realizar una imputación por falla en el servicio. Para fundamentar la anterior premisa nos referiremos a lo estipulado en la misma sentencia del 10 de junio del 2021.

En dicha sentencia al estipularse los criterios para determinar el grupo afectado y la individualización de sus miembros como tesis de unificación, hizo referencia a la sentencia C-569 del 2004, en la cual se precisó la expresión condiciones uniformes respecto a una causa, indicándose que dicho elemento es estructural de la responsabilidad al referirse a la causalidad y que la causalidad no debe ser estudiada como un fenómeno puramente natural

⁴⁴ C. Const., Sent. T-374 de 2014.

sino esencialmente jurídico. Igualmente, la Corte Constitucional dejó claro en la citada sentencia que las condiciones uniformes son en relación con la causalidad.

Teniendo en cuenta el anterior sustento jurisprudencial vinculante, la Sala 1 de Decisión acogió como tesis el criterio de la sentencia del Consejo de Estado del 2 de agosto del 2006 e250002324000200500495 y precisó que mediante el “análisis de la teoría de la causalidad adecuada que permite un mayor enfoque jurídico determinar si éstos hechos generadores tienen un mismo nexo de causalidad con los daños sufridos por los miembros del grupo”.

De ahí que, acogió como tesis de unificación la teoría de la causalidad adecuada para determinar si existe un mismo nexo de causalidad. **Esta Agencia quiere ser enfática en precisar que dicha concepción teórica no se desarrolló en la sentencia y no se aplicó al resolver el caso concreto.** En tal sentido resulta importante traer a colación algunas referencias teóricas de lo que se entiende por causalidad adecuada con el objeto de analizar la sentencia y determinar si se realizó o no un adecuado juicio que la misma Sala propuso, la conclusión que se verá es que no se realizó ni el intento de realizar dicho juicio, lo que implica una violación clara al derecho fundamental de defensa y debido proceso del Ministerio de Ambiente.

3.3.1. Aproximación a la teoría de la causalidad adecuada⁴⁵

Siguiendo la misma línea de pensamiento de la sentencia C-569 y la sentencia de unificación objeto de impugnación, es claro que en las mismas se distingue la causalidad de la relación de causalidad o el nexo causal, igualmente, se es consciente que en la teoría de la causalidad existen elementos tanto fácticos como jurídico, y que la causalidad no se puede resolver a través de elementos fácticos únicamente.

Las anteriores precisiones dejadas sentadas por las dos sentencia se comparten, y en ese sentido, se precisa que la causalidad a la que se hace alusión en el artículo 90 de la Constitución Política es precisamente el resultado de un análisis de los elementos fácticos que conocemos como el nexo causal o la relación de causalidad, y de un análisis de dichas causas fácticas desde el punto de vista jurídico, o lo que se conoce como la relación de explicación causal que se daría en el marco de la causalidad jurídica y en la cual según la sentencia del 10 de junio del 2021, se utilizaría la causalidad adecuada.

Al respecto, Prades⁴⁶ al referirse a pensamiento de Strawson⁴⁷ nos indica que “En un célebre ensayo, P.F. STRAWSON distinguió entre la relación de causalidad y la relación de explicación causal. La primera, según STRAWSON, es una relación natural, una relación que se da entre cosas en el mundo natural, cosas a las que podemos asignar un tiempo y un lugar en la naturaleza. La segunda, por el contrario, debe ser concebida como una relación entre hechos o verdades y el que se dé depende de la tendencia psicológica de nuestra mente a entender mejor ciertos hechos cuando los vemos a la luz de otros. La relación de explicación es intencional, depende esencialmente del tipo de descripción del mundo que escojamos. La causalidad como relación natural sería una relación extensional entre particulares, entre sucesos. Un suceso admite descripciones muy diferentes. La caída de la

⁴⁵ En este acápite de la acción de tutela se citarán algunos apartes textuales del proyecto de tesis doctoral: Olivares Torres, Frank. *La Teoría de la Causalidad Estatal*, Universidad Carlos III de Madrid, 2022.

⁴⁶ Prades, J. L. (2014). La fragilidad de los sucesos y la normatividad de la causalidad. En D. M. Papayannis, *Causalidad y atribución de responsabilidad* (págs. 19-43). Madrid: Marcial Pons, p. 19.

⁴⁷ Strawson, P. F. (1992). *Causation and explanation. Analysis and Metaphysics*, Oxford University Press.



torre puede ser también la destrucción de la más valiosa muestra de arquitectura renacentista de la ciudad. Entendida la relación causal como relación natural, todo lo causado por la caída de la torre es también causado por la destrucción de la más valiosa obra del renacimiento en la ciudad. Simplemente, porque se trata de uno y el mismo suceso”.

Con la anterior distinción, Strawson pretendió denotar que la relación de explicación causal tiene como primera premisa de análisis la relación de causalidad. En otros términos, se podría decir que la relación de causalidad es una condición necesaria pero no suficiente para que se dé la relación de explicación causal, pues en esta última no se analiza únicamente un hecho descrito desde una base natural y material, sino que se analizan otros tipos de descripciones las cuales no pueden ser necesariamente naturales o fenomenológicas.

Por su parte, Campagnucci de Caso⁴⁸ sostiene que “para que se pueda decir que determinada alteración del mundo exterior ha sido cometida es necesario que entre la fase subjetiva de la acción (conducta corporal), y la fase objetiva de la misma (resultado) medie una relación. Ése es el problema que se ha planteado bajo el nombre de relación de causalidad”.

Es así que, en la relación de causalidad es donde se analizan los hechos generadores en primera medida para determinar si fácticamente causaron el daño que se está reclamando y con ese resultado, se analiza el aspecto jurídico en atención a que , “un aspecto muy relevante en los procesos de aplicación del derecho es la distinción entre cuestiones fácticas y cuestiones normativas... desde el punto de vista analítico la distinción es útil porque el tipo de argumentos que se emplean en cada uno de esos ámbitos es en términos generales de naturaleza distinta. La dicotomía norma/hecho está presente en la propia estructura del razonamiento judicial que se utiliza para resolver casos concretos”⁴⁹.

Ahora bien, en relación con la teoría de causalidad mencionada en la sentencia del 10 de junio del 2021, se tiene que según Von Bar, “una condición adquiriría la categoría de causa solo cuando de acuerdo con la forma como regularmente se desarrollan los fenómenos conduzcan a un resultado, es decir, cuando de acuerdo con las reglas generales de la vida, esa condición sea adecuada para la producción de determinados resultados”⁵⁰.

Lo anterior, por cuanto en esta teoría se parte de una premisa denominada relación de causalidad en sentido estricto, pues se analiza desde el punto de vista de la causalidad física todas esas condiciones que formarían dicha relación. Una vez se cuente con la misma, se pasaría a lo que Strawson denominó la relación de explicación causal, que no es otra que seleccionar una o unas de las condiciones en función de la probabilidad, a dichas condiciones seleccionadas son a las que se les otorga la categoría de causa adecuada o en otros términos, de causa jurídica del daño.

De ahí que, “esta teoría parte del concepto empírico de causa, reconociendo que un fenómeno es siempre producto de la confluencia de diversas condiciones y por tanto,

⁴⁸ Campagnucci de Caso, R. (1984). *Responsabilidad civil y relación de causalidad*. Buenos Aires: Astrea, p. 23.

⁴⁹ Barcena Zubieta, A. (2014). El derecho de daños como banco de pruebas de una disputa filosófica sobre la causalidad. En D. M. Papayannis, *Causalidad y atribución de responsabilidad* (págs. 183-214). Madrid: Marcial Pons, p. 183.

⁵⁰ Reyes Alvarado, Y. (1994). *Imputación objetiva*. Bogotá: Temis, p. 23.



distingue de entre dichas condiciones a aquellas que de acuerdo con la experiencia general de vida, son generalmente apropiadas para producir el resultado, desdeñando el papel de las restantes que solamente por azar contribuían al logro del mismo, y que por tanto, se consideran jurídicamente irrelevantes”⁵¹.

Por lo tanto, como lo precisa Campagnucci de Caso⁵² “el interrogante que se plantea es determinar cuál de la totalidad de las condiciones que forman una cadena para arribar al resultado, adquiere la jerarquía de causa adecuada del daño”. Es decir, esta tesis “coincide con las demás teorías individualizadoras en que trata de aislar una de las condiciones para otorgarle la categorización de causa”⁵³.

Es importante precisar que las condiciones a las que se alude en la teoría de la causalidad adecuada no son una mera relación de eventos, sino que son las que luego del estudio de la causalidad física se consideran causa material del daño. En otros términos, se podría indicar que la causalidad física es una condición necesaria para el estudio de la causalidad adecuada.

Siguiendo la anterior línea argumentativa, lo primero que se debe realizar es un análisis de la relación de condiciones que pueden confluir en el hecho dañino material, y a partir de allí, realizar un primer análisis de las que serían las causas físicas utilizando, pues las causas que requiere la teoría de la causalidad adecuada no pueden ser cualquiera, sino deben tener una connotación desde el punto de vista jurídico importante que resulta del estudio de la adecuación.

Al respecto, Goldenberg⁵⁴ nos precisa que, “la operatividad de la teoría que nos ocupa se condiciona a que todos los eslabones de la cadena sean adecuados, la regularidad debe existir en cada etapa del iter causal. Como bien lo señala Orgaz “no basta establecer que la acción era en general idónea para producir el daño, sino que es además necesario que las circunstancias intermedias hayan sucedido también normalmente, sin la intervención de factores anómalos o extraordinarios (ORGAZ, El daño resarcible, p. 71)... Precisamente la concurrencia de esos eventos disociantes interfieren el curso originario del proceso, interrumpiéndolo, se produce entonces la fractura del nexo causal. En tales hipótesis queda excluida la imputatio facti entre el resultado final y el suceso desencadenante de la trama de acontecimientos”⁵⁵.

Se resalta de esta teoría que la selección de la condición a la que se le otorgará la categoría de causa adecuada del daño, se realiza en función de la probabilidad -que en estipulación de esta teoría-, no es otra que las reglas del comportamiento normal, es decir, se analiza la regularidad en la ocurrencia de un resultado.

Al respecto, Cuevillas⁵⁶ precisa que “la teoría examina la adecuación de la causa en función de la posibilidad y probabilidad de un resultado, teniendo en cuenta lo que generalmente

⁵¹ Serrano Escobar, L. (2011). *Imputación y causalidad en materia de responsabilidad por daños*. Bogotá: Tesis Doctoral - Universidad Externado de Colombia, p. 30.

⁵² Campagnucci de Caso, R. (1997). *Manual de obligaciones*. Buenos Aires: Astrea, p. 185.

⁵³ *Ibíd*, p. 184.

⁵⁴ Goldenberg, I. (2000). *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires : La Ley, p. 26.

⁵⁵ En esa misma línea de pensamiento podemos ver a Cuevillas, I. (2000). *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 93.

⁵⁶ Cuevillas, I. (2000). *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 91.

acontece según lo indica la experiencia habitual en orden al curso ordinario de los acontecimientos. Adecuación quiere decir adaptación; el efecto ha de ser apropiado a la forma de obrar del sujeto en función del daño resultante, que era de esperar en la esfera del curso normal de los sucesos, es decir, para que exista nexo causal, según el análisis interpretativo de la doctrina la acción tiene que ser idónea para producir el efecto acaecido, tiene que determinarlo normalmente”.

La gran pregunta que surge en la pragmática jurídica es la que en nuestro concepto presenta múltiples problemas y es, ¿Cómo se realiza el juicio de probabilidad en la teoría de la causalidad adecuada? Consideramos que en la solución a dicho interrogante esta el éxito de utilizar correctamente la teoría, o fracasar y resultar aplicando otra teoría de causalidad jurídica con el ropaje de la causa adecuada.

Para responder a dicha pregunta, se acude a lo que teóricamente se ha considerado como el juicio retrospectivo de probabilidad, que tal y como lo precisa Goldenberg⁵⁷, no es otro que analizar si esa acción u omisión que se juzga, era de por sí apta o adecuada para provocar normalmente esa consecuencia.”

3.3.2. Violación directa de la Constitución – defecto sustantivo en el *sub lite*

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Agencia precisa que el daño que se reclamó en la acción de grupo fueron los ocasionados por la descarga de sedimentos al río Anchicayá a la comunidad ribereña los cuales se estructuraron en moral, a los cultivos de la zona, al recurso pesquero dulceacuícola y marino, a la imposibilidad de hacer uso de las aguas del río como principal vía de transporte, la imposibilidad de acceder al agua potable y la disminución del turismo en la zona⁵⁸. La Sala al respecto, precisó que el daño que se analizaría era el daño ambiental consecutivo que pudiera haber ocasionado el vertimiento de sedimentos al río⁵⁹.

De ahí que, la pregunta contrafactual que surge es, qué ocasionó el vertimiento de sedimentos al río, pues es el punto de partida del daño reclamado y analizado por la Sala. Para responder la anterior pregunta basta con referirnos a lo indicado por la misma sentencia impugnada en la cual se dejó claro cuál era la causa que consideró del daño.

Se indicó que el grupo está integrado por cada uno de los habitantes de las veredas que se encuentran en la ribera del río Anchicayá y que se tenían que analizar los perjuicios que sufrieron por la causa del vertimiento de sedimentos en el río⁶⁰. La Sala al plantearse el problema jurídico se indagó ¿si los demandados son responsables por los perjuicios sufridos por los demandantes con ocasión de la apertura de compuertas y vertimiento de sedimentos al río Anchicayá?⁶¹

Es así que, el problema jurídico que guio la decisión de la Sala, partió de la premisa que la relación de causalidad se debía analizar entre el daño y la conjunción de la apertura de las compuertas y el vertimiento de sedimentos al río. Este aspecto resulta de gran importancia, pues la Sala habiendo planteado el marco de decisión derivado de la demanda, al resolver la responsabilidad del Ministerio de Ambiente lo desconoció.

⁵⁷ Goldenberg, I. (2000). *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires : La Ley, p. 24.

⁵⁸ Página 120 de la sentencia impugnada del 10 de junio del 2021.

⁵⁹ Página 121 de la sentencia impugnada del 10 de junio del 2021.

⁶⁰ Página 49 de la sentencia impugnada del 10 de junio del 2021.

⁶¹ Página 119 de la sentencia impugnada del 10 de junio del 2021.



Ahora bien, teniendo claro que en el análisis de la relación de causalidad que será utilizado posteriormente en el análisis jurídico de la causalidad adecuada se parte de una conjunción entre la apertura de las compuertas y el vertimiento de sedimentos al río, se aprecia que los criterios de análisis o las condiciones que se pueden dar en la misma con básicamente las mismas, (i) la apertura de las compuertas y (ii) el vertimiento de sedimentos al río, por lo cual resulta de vital importancia analizar si el Ministerio de Ambiente era la entidad encargada para tomar dichas decisiones.

Al respecto, en la sentencia se tiene como hechos probados que EPSA realizó unas operaciones de mantenimiento en la central hidroeléctrica del bajo Anchicayá y que dio apertura de las compuertas con el fin de reducir los niveles del embalse y evacuar la sedimentación del mismo del 23 de julio del 2001 al 26 de agosto del 2001⁶². Igualmente, se precisó que las operaciones de mantenimiento que implicaron el vertimiento de sedimentos al río generaron un daño al ecosistema⁶³ y que la alteración provocada por el vertimiento de sedimentos al tener como consecuencias la muerte de buena parte de la fauna acuática, si fue un factor que generó un daño a esa población, puesto que impidió que se pudiera seguir ejerciendo la pesca⁶⁴. Se precisó que se puede inferir que el vertimiento de los lodos ocasionó un daño a los cultivos aledaños al río⁶⁵.

Como se puede apreciar, la Sala al plantear el enfoque del litigio y al analizar los hechos probados siempre fue consistente en que el daño reclamado derivó del hecho dañino determinado en la apertura de las compuertas y en el vertimiento de sedimentos al río. Por tal razón, se podría concluir que las condiciones que constituyen el nexo causal con el daño reclamado son esas mismas y en tal razón, al aplicar la teoría de la causalidad adecuada es necesario realizar la pregunta de la prognosis póstuma a la que nos invita la teoría, que no es otra si esas actuaciones normalmente ocasionarían el daño reclamado.

De ahí que, sin entrar a analizar si dichas condiciones realmente son las causantes del daño pues no es el objeto de la presente acción de tutela, si se resalta que fueron realizadas y/o bajo la titularidad de EPSA y no del Ministerio de Ambiente, y en relación con las mismas, la Sala consideró que se constituyeron en actos positivo o acciones lícitas, pues se consideró que ante la imposibilidad de rescatar los instrumentos era necesario abrir las compuertas de fondo para bajar el nivel del embalse y así garantizar el funcionamiento de la represa, de lo contrario era probable que esta hubiera colapsado. Ante ello, la Sala consideró que no existió una falla en el servicio y/o omisión por parte de EPSA.

Lo anterior se trae a colación porque allí es en donde se inicia la fundamentación contraintuitiva de la Sala, pues teniendo claro que las dos causas físicas que en términos de la Sala se constituyen en el nexo causal del daño demandado son actuaciones lícitas de EPSA, termina concluyendo que existió una causa como lo es la presencia de la hidroeléctrica pues la misma constituyó un riesgo para las comunidades asentadas en la zona desde el año 1944⁶⁶. Es decir, en términos lógicos condenó a la EPSA por una acción

⁶² Página 121 de la sentencia impugnada del 10 de junio del 2021.

⁶³ Página 123 de la sentencia impugnada del 10 de junio del 2021.

⁶⁴ Página 124 de la sentencia impugnada del 10 de junio del 2021.

⁶⁵ Página 126 de la sentencia impugnada del 10 de junio del 2021.

⁶⁶ Página 131 de la sentencia impugnada del 10 de junio del 2021.

lícita pero peligrosa como lo es la construcción de la hidroeléctrica que es claro que fue décadas antes del 23 de julio del 2001⁶⁷.

El anterior panorama nos arroja lo siguiente. Las causas físicas que se constituyen en nexo causal con el daño para la Sala son 3, (i) la apertura de las compuertas, (ii) el vertimiento de sedimentos al río y (iii) la presencia de la hidroeléctrica⁶⁸. Igualmente, se precisa que de las anteriores tres causas la única que se consideró causa jurídica para realizar el juicio de imputación bajo el fundamento de riesgo excepcional fue el de la presencia de la hidroeléctrica.

De ahí que siguiendo la misma línea de análisis trazada por el Despacho y utilizando técnicamente la teoría de la causalidad adecuada, se tiene que la única pregunta que surgiría es si esa acción consistente en construir la hidroeléctrica normalmente causa los daños de afectación al recurso agrícola y pesquero. Sin entrar a analizar ese supuesto pues se escapa del objeto de la presente acción de tutela, lo válido por precisar es que ello se aleja por completo de todo el juicio causal que se realizó y que se indicó en el problema jurídico.

Ahora bien, descendiendo al objeto de la acción se aprecia que en relación con el Ministerio de Ambiente se tiene que la causa por la cual se condenó es la siguiente: la omisión en permitir que EPSA desarrollara las labores de mantenimiento durante un mes⁶⁹.

De ahí que lo primero que precisa esta Agencia es que se consideró como causa dicha omisión ante lo cual existen múltiples reparos que se acompañan con la violación del derecho fundamental de defensa de mi representada. En los términos del artículo 90 de la CP para que exista causa por omisión y la posterior imputación bajo el fundamento de falla en el servicio, la premisa básica es que exista una omisión estatal y para que exista la misma, se requiere que exista el contenido obligatorio.

El contenido obligatorio por el cual se juzgó al Ministerio de Ambiente es el siguiente: El Ministerio de Ambiente tiene la obligación de suspender las labores de mantenimiento de una hidroeléctrica de manera directa y definitiva. Tal y como se advirtió en el acápite precedente dicha función no existe tal cual la consideró la Sala, sino que si está una función, pero discrecional y dependiendo en todo caso del conocimiento del hecho por parte del Ministerio de Ambiente.

Es decir, el hecho dañino inició el 23 de julio del 2001 y por ende, debería estar probado que el Ministerio de Ambiente desde dicha fecha conocía el hecho y que tenía la obligación de suspender. Las anteriores premisas son falsas, pues en relación con la primera se tiene que la CVC realizó la primera visita el 27 de julio del 2001 y el Ministerio de Ambiente emitió un concepto el 27 de agosto del 2001 y si se analiza la sentencia, se tiene que se indicó que a partir de ese primer informe existía un principio de certeza científica respecto de la posible configuración de un daño ambiental grave y la CVC y Minambiente contaban con los

⁶⁷ Se reitera que no se está realizando una defensa de EPSA o indicando si esa causa que escogió la Sala es la válida o no, solo se trae a colación para significar una contradicción lógica que implicó al Ministerio de Ambiente.

⁶⁸ Se resalta que esta causa no fue incluida en el problema jurídico.

⁶⁹ Página 134 de la sentencia impugnada del 10 de junio del 2021.



instrumentos suficientes para ordenar la suspensión de las labores de mantenimiento⁷⁰. Al respecto, el Despacho no advirtió que el primer informe es del 27 de julio del 2001 y que lo realizó la CVC, además, ¿en el proceso quedó probado y justificado en la sentencia el momento en el que el Ministerio de Ambiente conoció y advirtió la existencia de un supuesto principio de certeza científica? La respuesta verdadera es que no y la Sala no dio cuenta de ello ni justificó.

De ahí que, advierte esta Agencia que la Sala desconoció su deber de motivar la decisión en cuanto a la omisión que estructuró en cabeza del Ministerio de Ambiente, y si no existe omisión, no existe causalidad por omisión, por lo que se aprecia que utilizó el principio de solidaridad de manera implícita para fundamentarla. Ahora bien, el supuesto e inexistente caso de que la obligación existiera en cabeza del Ministerio de Ambiente, la pregunta lógica que nos debemos hacer es si es causa y de qué hecho.

Fíjese que la causa por la cual se condenó al Ministerio de Ambiente es por omisión en no suspender el mantenimiento, lo que de manera implícita se estaría sentando de que el mantenimiento en su extensión en el tiempo fue irregular y negligente en cabeza de EPSA, pero si se analiza la imputación que se realizó a EPSA es claro que la Sala consideró que las actividades de mantenimiento fueron legales y sin irregularidad y por ello consideró que no existió falla en el servicio y menos omisión. Es decir, se aduce una omisión en una actuación lícita sin omisión, lo cual es completamente contraintuitivo y violatorio del derecho fundamental de defensa. Por otra parte, la imputación que realizó el demandante y la que consideró la Sala en el problema jurídico es relacionada con los daños derivados por la apertura de las compuertas y el vertimiento en el río, no fue por la prolongación de dicho vertimiento que es completamente distinto.

En términos de causalidad por omisión y utilizando la teoría de la causalidad adecuada la pregunta contrafáctica es, si la omisión de suspender el mantenimiento a la hidroeléctrica normalmente genera los daños de este caso. Esta pregunta no fue resuelta por la Sala desde el punto de vista probatorio y argumentativo, pues la Sala lo supuso, pero si hubiera utilizado la teoría de la causalidad adecuada que ella misma unificó en su tesis, la respuesta hubiera sido negativa pues se requiere un estándar probatorio en relación con la probabilidad y dicho aspecto se reitera, no se probó. Además, las causas que tuvo en cuenta para determinar las condiciones uniformes de manera teórica porque no se analizó de manera particular en el caso, fue la apertura de las compuertas y el vertimiento, las cuales fácticamente son antes de la supuesta omisión del Ministerio de Ambiente y en relación con la causa por la cual se condenó a EPSA que es la acción de la construcción de la hidroeléctrica o la presencia de la misma, es claro que la omisión que se predica no es ni quiera un evento, y menos una condición que sea concausa de la misma. De ahí que, para que una omisión sea causa necesariamente debe ser una condición dentro del nexo causal y es claro que no lo es.

Considerar la supuesta omisión como causa, sería indicar que no existen condiciones uniformes de los demandantes pues se declaró la existencia de condiciones uniformes por unas causas y se condenó al Ministerio de Ambiente por otra, lo cual es totalmente violatorio de la congruencia que debe existir en el caso.

⁷⁰ Página 138 de la sentencia impugnada del 10 de junio del 2021.



Todo lo indicado permite afirmar que, la sentencia incurre en graves incoherencias lógicas y argumentativas respecto de una supuesta falla del servicio sancionatorio, en virtud del cual se debió haber suspendido la ejecución de las medidas de mantenimiento. Sin embargo, en la sentencia no se hizo análisis alguno acerca de la posibilidad de tomar dicha decisión en el momento en que ocurrieron los hechos, en relación con los riesgos que se estaban generando para la infraestructura.

En el acápite anterior se indicó que existe una grave incongruencia al haber considerado que el daño debe resarcirse como consecuencia de la aplicación de la teoría del riesgo excepcional -es decir, una actividad legítima del Estado, calificada como peligrosa, que causa un daño antijurídico- y, sin embargo, se condenó al Ministerio de Ambiente por falla del servicio. Ese hecho, por sí solo, debería servir para demostrar los graves yerros conceptuales de la sentencia objeto de esta acción, pero esos yerros se profundizan en la ausencia total de argumentación en relación con las condiciones concretas en que se dio la supuesta falla y las posibilidades de actuar que le incumbían a las entidades condenadas, en particular al Ministerio de Ambiente que resultó exonerado en el trámite ordinario.

Para resolver este punto, vale la pena resaltar la teoría de la relatividad de la falla del servicio, como elemento que da contenido y alcance al régimen subjetivo de responsabilidad, los cuales fueron totalmente desconocidos por el Consejo de Estado en la sentencia del 10 de junio de 2021. Sobre el particular la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado:

“... el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, de que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades..., ‘debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera’.

“Es que las obligaciones que están a cargo del Estado - y por lo tanto la falla del servicio que constituye su transgresión, han de mirarse en concreto, frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo” (énfasis añadido)⁷¹.

En igual dirección, para el profesor Juan Carlos Henao:

“En este sentido afirma pertinentemente el profesor Rivero que, ‘el juez para decidir, en cada caso, si hay o no falla del servicio, se pregunta aquello que podríamos, en cada caso, esperar del servicio, teniendo en cuenta la dificultad más o menos grande de la misión, las circunstancias de tiempo (períodos de paz o momentos de crisis), de lugar, de recursos sobre los cuales disponía el servicio público en personal y en material, etc. De lo anterior resulta que la noción de falla del servicio tiene un carácter relativo, pudiendo el mismo hecho, según las circunstancias, ser reputado de culposo o no culposo’. Es el denominado ‘principio de la relatividad de la falla del servicio’, aplicado en múltiples ocasiones por la jurisprudencia colombiana y francesa. Y es que, en efecto, el juez administrativo toma en consideración los medios con los cuales dispone el

⁷¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2011, Exp. 21055.



servicio para hacer frente al contenido obligacional que lo vincula. Se recuerda que la máxima universal y de sentido común, en virtud de la cual, 'a lo imposible nadie es obligado', también se aplica al servicio público cuando se pretende su declaratoria de responsabilidad con base en la falla del servicio.

“Este aserto es natural en la medida en que el régimen de la falla del servicio **implica obligaciones de medio y no de resultado**. Con independencia de la polémica que pueda existir sobre la distinción entre tales obligaciones así como sobre su repercusión en el ámbito probatorio, vale la pena anotar que, ‘hay oportunidades en las que el deber del deudor consiste solamente en ser diligente, advertido, cuidadoso, entendido, y emplear los medios idóneos, conforme a las circunstancias, para alcanzar un determinado resultado útil para el acreedor y que esté apetece, pero sin asegurarlo, o sea que no responde por el mero hecho de la ausencia de aquel, sino en razón de una conducta deficiente (...) Esto quiere decir que el deudor no asume responsabilidad por el mero hecho de que el objetivo no se logre, por lo mismo que su obtención no es riesgo suyo; responderá, apenas, en el evento de que el fracaso sea imputable a su incuria, negligencia, imprudencia, impericia, deficiencia’.

“Esta lógica es inobjetable en derecho administrativo: en ocasiones la inexistencia de medios para hacer frente al contenido obligacional genera que la obligación no se pueda exigir al actuar estatal. Al decir del profesor Gour, **‘la obligación sólo existe en la medida en que los servicios disponen de los medios para hacer frente al contenido obligacional**. La amplitud de éste es proporcional a la importancia de los medios. **En ausencia de medios, la administración no comete falta alguna**’, porque, precisamente, ‘la toma en cuenta de los medios del servicio lleva a una restricción de las obligaciones (y es) una condición de existencia de las mismas’”⁷² (Se resalta).

La teoría reseñada no es exclusiva del derecho nacional, por el contrario, hace parte integral del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos. En ese mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en la sentencia del 16 de noviembre de 2009 *“Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”*:

“Ahora bien, conforme a jurisprudencia de la Corte es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía”.

Igualmente en la sentencia del 20 de noviembre de 2013 *“Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (operación génesis) vs. Colombia”*, la CorteIDH señaló:

“puede generarse responsabilidad internacional del Estado por atribución a éste de actos violatorios de derechos humanos cometidos por terceros o particulares cuando aquél incumple, por acción u omisión de sus agentes que se encuentren en posición de garantes, sus obligaciones de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales, contenidas en los artículos

⁷² Henao Pérez Juan Carlos, La Falla del Servicio, ensayo escrito en homenaje a Fernando Hinestrosa, en los 40 años al frente de la Universidad Externado de Colombia y en las bodas de oro de su ejercicio profesoral.



1.1 y 2 de la Convención. **Lo anterior implica valorar si el Estado ha adoptado las medidas necesarias y efectivas de prevención y protección ante el conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo**” (negritas por fuera del texto).

En esta dirección, la más reciente doctrina, liderada por el profesor Jaime Orlando Santofimio, ha concluido que existe identidad conceptual entre la teoría de la falla relativa del servicio y las *posibilidades razonables de prevenir o evitar un riesgo* en el sistema interamericano; en efecto, para el profesor Santofimio Gamboa:

“El Estado no es un asegurador universal, simplemente obedece a unas obligaciones que se desprenden del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho...

(...)

“... Se trata, sin duda, de concretar los elementos en los que dogmáticamente se sostiene la posición de garante en la que se encuentra el Estado (especialmente cuando el daño antijurídico imputado tiene su origen en el conflicto armado): a) porque existe un deber constitucional positivo (arts. 2, 90 y 93 CP) de proteger a los administrados en su vida, integridad y seguridad, **que implica que debe emplear todos los medios razonables para alcanzar dicha protección eficazmente**; b) deber que en la posición del Estado permite **concretar** la cláusula del Estado Social de Derecho”.

“Las obligaciones de prevención se conciben por lo general como obligaciones de realizar los máximos esfuerzos, es decir que obligan a los Estados a adoptar todas las medidas razonables o necesarias para evitar que se produzca un acontecimiento determinado, aunque sin garantizar que el acontecimiento no vaya a producirse, advirtiendo que cuando se trata de la violación sistemática y empleo de todos los medios razonables y disponibles para precaver y prevenir la ocurrencia de potenciales daños antijurídicos (por ej., utilizando medios tecnológicos, servicios de inteligencia, estudio y planeación de las estrategias para enfrentar el conflicto armado)”⁷³.

En conclusión, frente a este punto, siguiendo los principios y la estructura de la responsabilidad del Estado tanto nacional como internacional, mal podría el Juez Administrativo declarar que se ha incurrido en falla del servicio por el simple hecho de haberse acreditado la ocurrencia de un daño –en este caso no se atribuye responsabilidad, como ordena el artículo 90 CP, sino que se atribuirían resultados independientemente de la existencia de una obligación-, puesto que se deben revisar en cada caso concreto la exigibilidad de la obligación a partir de las *posibilidades razonables* –deber relativo- de acción de la Administración para evitar el daño y, en consecuencia, encontrar configurada la responsabilidad patrimonial del Estado. Esta premisa es aún más clara cuando se trata de investigaciones de naturaleza judicial o penal.

3.4. Defecto Fáctico

La jurisprudencia constitucional ha conceptualizado el contenido y alcance del defecto fáctico como uno de los requisitos específicos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales⁷⁴. Este defecto está directamente relacionado con la práctica o la valoración de las pruebas.

⁷³ Jaime Orlando Santofimio, “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática” en A. Brewer-Carías y J.O. Santofimio, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, U. Externado, 2013, p. 185 a 187.

⁷⁴ Consultar, particularmente, la sentencia SU-159 de 2002. En el mismo sentido ver: T-806 de 2006, T-1082 de 2007, T-778 de 2005, T-231 de 1994, T-442 de 1994, T-567 de 1998, T-008 de 1998, T-025 de 2001, T-109 de 2005, T-958 de 2005, T-1276 de 2005, T-639 de 2006, T-086 de 2007, T-162 de 2007, T-737 de 2007 y T-264 de 2009, T-590 de 2009, T-064 de 2010, T-078 de 2010 y T-114 de 2010.



Ha indicado la Corte que la acción de tutela únicamente procede cuando se hace manifiestamente irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en su providencia. Esto puede ocurrir cuando el juez toma una decisión sin que los hechos del caso *“se hallan subsumido adecuadamente en el supuesto de hecho que legalmente la determina⁷⁵, como consecuencia de una omisión en el decreto o de la suposición de la existencia de una prueba⁷⁶, o de una valoración irrazonable de las mismas que tenga como resultado el otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios obrantes en el proceso⁷⁷”*.

La Corte ha indicado que el defecto fáctico puede darse en dos dimensiones: en una dimensión positiva⁷⁸, cuando se presenta una *valoración por completo equivocada*, o en la *fundamentación de una decisión en una prueba no apta para ello*, y en una dimensión negativa⁷⁹, cuando se presenta una omisión en la valoración de una prueba determinante, o en el decreto de una prueba de carácter esencial⁸⁰.

Ahora bien, la acusación de la existencia de un defecto fáctico supone partir del presupuesto jurisprudencial que indica que el marco de intervención del juez de tutela es limitado, pero no por ello inexistente⁸¹. Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que, a pesar del respeto de la autonomía e independencia judicial, del juez natural y de sus amplias facultades discrecionales en el análisis del material probatorio, éste debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, los cuales reclaman que la decisión esté fundada en criterios objetivos y racionales.

Así mismo, la jurisprudencia ha indicado que para que el amparo resulte procedente ante un defecto fáctico, *“[e]l 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 asunto”*. Es decir, no se puede acudir al juez constitucional como una instancia de debate judicial adicional, sino como último recurso en razón a sus facultades en su condición de guardián de las garantías fundamentales⁸².

Señaladas las generalidades del defecto fáctico en la jurisprudencia constitucional, a continuación, se pasará a establecer su configuración en el caso concreto.

En el caso concreto se configura un evidente defecto fáctico, en tanto la decisión adoptada por la Sala 1 de Especial de Decisión del Consejo de Estado carece en absoluto de elementos probatorios que permitan acreditar la responsabilidad del Ministerio de Ambiente en el daño generado al grupo por el mantenimiento de la hidroeléctrica en la zona del río Anchicayá por parte de EPSA.

⁷⁵ La Sentencia SU-159 de 2002, define el defecto fáctico como *“la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal a partir de pruebas válidas”*.

⁷⁶ Cabe resaltar que si esta omisión obedece a una negativa injustificada de practicar una prueba solicitada por una de las partes, se torna en un defecto procedimental, que recae en el ejercicio del derecho de contradicción.

⁷⁷ Cfr. T-590 de 2009.

⁷⁸ Cfr. Sentencias SU-159 de 2002, T-538 de 1994 y T-061 de 2007.

⁷⁹ Ver sentencias T-442 de 1994, T-567 de 1998, T-239 de 1996 y SU-159 de 2002, T-244 de 1997.

⁸⁰ Ver SU-159 de 2002.

⁸¹ Sentencia T-055 de 2007.

⁸² Ver T-055 de 2007.



Del material probatorio arribado al expediente y reseñado en la providencia judicial que ahora se cuestiona en sede tutela, es posible observar que, si bien se acredita la existencia de un daño ambiental consecuencial para los accionantes, dicho daño no puede ser atribuido al Ministerio del Medio Ambiente, pues nada acredita la responsabilidad de ésta.

Contrario a lo esperado, esto es al deber del juez de soportar las decisiones en el material probatorio arribado al expediente, se tiene que el juicio de imputación realizado a mi representada para establecer su responsabilidad en el daño generado al grupo, se limitó a citar de los artículos 5 y 35 de la Ley 99 de 1993, para concluir que no se había cumplido con la obligación de suspensión de la actividad de mantenimiento de la hidroeléctrica, que como bien se señaló de manera previa, no se derivan de la norma.

En ese orden de ideas, ante la ausencia absoluta de material probatorio que evidencie la responsabilidad de mi representada en la generación del daño ambiental consecuencial al grupo, es posible afirmar que en el presente evento se configura un defecto fáctico.

3.5. Defecto por desconocimiento del precedente

El precedente judicial ha sido definido por la Corte Constitucional como aquella sentencia o *“conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia”*.⁸³

La aplicabilidad del precedente por parte del juez es de carácter obligatorio, siempre que la *ratio decidendi* de la sentencia antecedente **(i)** establezca una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente; **(ii)** haya servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o una cuestión constitucional similar a la que se estudia en el caso posterior; y **(iii)** los hechos del caso o las normas juzgadas en la providencia anterior sean semejantes o planteen un punto de derecho parecido al que se debe resolverse posteriormente.⁸⁴

La Corte Constitucional ha sostenido que la importancia de respetar el precedente radica en dos razones principales, a saber: la primera, en la necesidad de garantizar el derecho a la igualdad y los principios de seguridad jurídica, cosa juzgada, buena fe, confianza legítima y de razonabilidad, pues la actividad judicial se encuentra regida por estos principios constitucionales:

“ii) el principio de cosa juzgada otorga a los destinatarios de las decisiones jurídicas seguridad jurídica y previsibilidad de la interpretación, pues si bien es cierto el derecho no es una ciencia exacta, sí debe existir certeza razonable sobre la decisión; (...); iv) Los principios de buena fe y confianza legítima imponen a la administración un grado de seguridad y consistencia en las decisiones, pues existen expectativas legítimas con protección jurídica; y v) por razones de racionalidad del sistema jurídico, porque es necesario un mínimo de coherencia a su interior. De hecho, como lo advirtió la Corte, ‘el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico son a la ética, puesto que es buen juez aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos’⁸⁵.

⁸³ Sentencia T-1029 de 2012.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*.



La segunda, en el carácter vinculante de las decisiones judiciales en la medida en que *“el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, (...), sino una práctica argumentativa racional”*⁸⁶. En este sentido, y dado que los fallos de las autoridades judiciales delimitan parte del engranaje del ordenamiento jurídico⁸⁷, se le otorga a la sentencia precedente la categoría de fuente de derecho aplicable al caso concreto⁸⁸.

No obstante, el precedente no constituye una obligatoriedad absoluta, pues en razón del principio de la autonomía judicial, el juez puede apartarse de aquellos, siempre y cuando presente **(i)** de forma explícita las razones por las cuales se separa de aquellos, y **(ii)** demuestra con suficiencia que su interpretación aporta un mejor desarrollo a los derechos y principios constitucionales.⁸⁹

En el caso concreto, el Tribunal accionado al momento de reconocer el lucro cesante, desconoció el límite temporal para ello fijado en precedentes horizontales de la misma Corporación.

Al respecto se reitera que, en lo que atañe al lucro cesante, el Consejo de Estado indicó lo siguiente: *“a pesar del daño que sufrieron los demandantes afectó sus actividades económicas, para el año 2008, la actividad económica pesquera había sido reemplazada por otras actividades como la ganadería, y dado que, según las reglas de la experiencia, el ser humano, al verse privado de una forma de subsistencia, tiende a buscar alguna otra manera de sobrevivir, la Sala reconocerá lo correspondiente a un lucro cesante consolidado desde julio de 2002 hasta febrero de 2008”*. Es decir, se reconoció el lucro cesante por un periodo de casi 8 años.

La anterior decisión, desconoce entre otros los siguientes precedentes que aluden al límite temporal para el reconocimiento de los perjuicios en 6 meses.

En sentencia de 09 de mayo de 2018, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sede de tutela realizó el siguiente recuento jurisprudencial⁹⁰:

“el lucro cesante por la ausencia de producción de la actividad comercial debe reconocerse por un término de seis meses, pues se entiende que este es un término razonable para que la víctima pueda recomponerse de la situación adversa a la que estuvo sometida. Al respecto, la Sección Tercera de esta Corporación en reiterados pronunciamientos ha manifestado lo siguiente:

“(…) Por su parte, en relación con el lucro cesante, se acreditó que el señor Herrera se dedicaba a la ganadería, no se demostraron en concreto las actividades específicas a las

⁸⁶ Sentencia SU-053 de 2015.

⁸⁷ Sentencia T-1029 de 2012.

⁸⁸ En Sentencia SU-053 de 2015, la Corte Constitucional sostuvo que *“La fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como **órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones.** El mandato de unificación jurisprudencial, únicamente dirigido a las cortes jurisdiccionales de cierre, se erige en una orden específica del Constituyente para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores.”*

⁸⁹ Sentencia T-342 de 2016.

⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. C.P. César Palomino. Radicado N. 11001-03-15-000-2017-03460-00(AC).



que se dedicaba (cría, leche, carne, comercio), empero, es evidente para la Sala que el hurtó debió generarle la imposibilidad de ejecutar su actividad al verse despojado de ese capital de trabajo, mientras realizaba las acciones tendientes a reponerse del daño sufrido.

Ha considerado la Sala que en tales eventos corresponde reconoce las posibles utilidades dejadas de percibir durante el lapso razonable en que la víctima tenía la carga de reponerse de las condiciones adversas, conforme lo ha aplicado la Sección en diversos eventos de lucro cesante de actividades comerciales, que se ha estimado en seis meses.

En recientes pronunciamientos, la Sección Tercera de esta Corporación, teniendo en cuenta el anterior criterio ha señalado:

“(…) En relación con el lucro cesante solicitado, se advierte que en consideración a que no se acreditó que el señor Martínez Vergara hubiese obtenido un ingreso económico adicional de las reses robadas -como por ejemplo, que produjeran leche y que se demuestre que de esa producción el demandante efectivamente recibía un dinero extra-, para lo que no se puede tener en cuenta el valor que habría recibido a partir de su venta, puesto que ello ya es objeto de indemnización por concepto de daño emergente, la indemnización de dicho detrimento, cuya causación se puede inferir por el tipo de bien que representa el ganado, será equivalente al interés legal del valor de las vacas hurtadas -daño emergente-, el cual será liquidado por el término de 6 meses, postura que ha asumida con anterioridad por esta Subsección, al aseverar que: (v) En ausencia de prueba alguna aportada al plenario sobre el lucro cesante reclamado, esto es, sobre las utilidades que la actividad ganadera generaba a los actores, este se determinará aplicando el interés legal civil al valor que se obtenga como daño emergente, liquidado por un término de seis meses⁹¹ (...)”^{92,93} (Subrayado fuera de texto).

El anterior argumento, tiene como sustento las sentencias de 25 de febrero de 1999, (expediente N.º. 14.655) y de 12 de septiembre de 2002, (expediente N.º. 13.395), C.P. Ricardo Hoyos Duque en las cuales se manifiesta que el término prudencial que tendría el afectado para recomponer la actividad económica que desarrollaba con el bien destruido sería de **seis meses**, con fundamento en el siguiente criterio:

“En relación con el daño sufrido por la pérdida o deterioro de las cosas materiales, se considera que la víctima debe desarrollar una actividad tendiente a limitar en el tiempo dicho perjuicio. Cuando no se conoce con certeza su duración, ese límite debe ser apreciado y determinado en cada caso concreto por el fallador, 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

⁹¹ Conforme a la jurisprudencia de la Corporación, en el afectado recae una carga de recomponer la actividad económica que desarrollaba y por ende, se ha estimado que el término de seis meses constituye un lapso prudencial para su recuperación. Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de diciembre de 2013, expediente 27.966, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Ver además: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 3 de septiembre de 2015, exp. 35.834, M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo, Sentencia de 11 de mayo de 2006, expediente N.º. 14.694. C.P. Ramiro Saavedra Becerra

⁹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de junio de 2017, exp. 07001-23-31-000-2004-00198-01(35197), C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁹³ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección B, Sentencia de 20 de abril de 2017, Actor: Enrique Martínez Vergara y otros, expediente N.º 7000123310000200300500 01 (38718), C.P. Danilo Rojas Betancourth. Reiterado en sentencia de 14 de marzo de 2018, expediente N.º 200012331000 2002 145 01 (33118), Actor: Elbert Augusto Araújo Morón, C.P. Danilo Rojas Betancourth.



de la situación dañina se extiendan indefinidamente sería patrocinar la lógica de la desesperanza, de la tragedia eterna y de un aprovechamiento indebido”⁹⁴.

A pesar de la solidez de los precedentes jurisprudenciales que señalan que el lucro cesante se debe reconocer por un límite temporal de 6 meses en lo relacionado con actividades económicas, el Consejo de Estado en la providencia judicial cuestionada, decide hacer caso omiso de sus propios precedentes y, sin hacer mención alguna a ellos o señalar la razón por la cual se apartaría de la regla decisonal fijada, resuelve conceder unos perjuicios materiales por lucro cesante por el término de casi 8 años.

Lo anterior constituye un claro defecto por desconocimiento del precedente horizontal fijado por el mismo Consejo de Estado a través de sus diferentes Secciones y amerita la intervención del juez de tutela con miras a restablecer los derechos y principios constitucionales conculcados.

Pero, por otra parte, se desconoció de manera flagrante la jurisprudencia en materia de procedencia de la cuantificación de perjuicios en equidad.

La valoración de perjuicios en equidad viene siendo un asunto abordado por la jurisprudencia de las Altas Cortes. Dichos ejercicios hermenéuticos se basan en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que establece: “*Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales*” (disposición legal declarada exequible y ajustada mediante la Sentencia C-114/1999). En el caso que nos ocupa (fallo judicial objeto de la presente acción constitucional), el Consejo de Estado consideró :

“(…) Por la imposibilidad de determinar con exactitud la cuantía de los perjuicios causados La Sala al momento de examinar el acaecimiento de un daño ambiental consecutivo, dio por acreditado el perjuicio ocasionado a la comunidad ribereña dadas las afectaciones a los recursos pesqueros y agrícolas de la zona. Excluido el dictamen pericial tramitado como prueba anticipada y el dictamen pericial derivado del mismo, en el acervo probatorio no obra una prueba que permita determinar con exactitud la cuantía de los perjuicios sufridos por los demandantes. Sin embargo, la Sala no ignora las consecuencias nocivas del vertimiento de sedimentos en la vida de las comunidades asentadas en la ribera del río Anchicayá y, por tanto, con fundamento en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, se aplicará el principio de equidad, en aras de lograr la reparación integral del daño” (tomado del fallo).

La liquidación de perjuicios en equidad ha sido un asunto abordado por la jurisprudencia del Consejo de Estado con anterior al fallo atacado mediante la presente acción constitucional, que ha determinado que una “situación procesal” que se presenta cuando hay falta de pruebas que permitan determinar la cuantía de los perjuicios y posibles criterios objetivos de ponderación⁹⁵.

⁹⁴ JUAN CARLOS HENAO PÉREZ. *El Daño. Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998. págs. 156-157.*

⁹⁵ Algunos de los referidos fallos que han abordado la materia son: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de octubre de 2008, Exp. 27268. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011, Exp. 19032. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, Exp. 22163.



En dichos fallos se ha considerado por el máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que en efecto, ante la configuración de excepcionales circunstancias fácticas que imposibiliten o hagan en extremo difícil deducir un equivalente exacto entre el monto de la indemnización y el daño material padecido por las víctimas y por cuanto “dicho monto no viene a desempeñar, en la generalidad de los casos, sino la función de satisfacer, enfrente de los beneficiarios, cierto bienestar que reemplace al que fue arrebatado por la muerte de una persona”, se colige, siguiendo otros precedentes jurisprudenciales, que la simple dificultad de tipo probatorio, per se, no puede cerrar el paso a la merecida indemnización.

“(…) pues “si ello fuere así, los perjuicios morales de tan inasible evaluación, no podrían jamás representarse en cantidades pecuniarias”, lo que, en el entendido de que “la ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios”, lleva ineluctablemente a concluir que “en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho”, admitiendo que “el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática”, y que, tratándose de daños ciertos que se proyectan en el futuro, “la prestación de la indemnización debe consultar una compensación equitativa que ponga a los damnificados en una situación patrimonial más o menos equivalente a la que tenían antes del acontecimiento que les causó el menoscabo”.

También la condena en equidad y liquidación de perjuicios ha sido abordado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia del 5 de octubre de 2004, expediente: 6975, Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena que ha desarrollado dicha posibilidad en sede de procesos propios de la jurisdicción ordinaria con unas reglas similares a las desarrolladas por el Consejo de Estado como una posibilidad excepcional en aplicación del principio de solidaridad y equidad.

Finalmente, consideramos que frente al tema objeto de argumentación la Corte Constitucional en la Sentencia SU-353 del 2020, desarrolla un conjunto de reglas de extraordinaria relevancia, a tener en cuenta en sede de una tutela contra providencia judicial, que en el asunto en concreto (condena en equidad y liquidación de perjuicios utilizado en el fallo) tendrían plena aplicación hermenéutica, que son: “i) *preservar la seguridad jurídica, por cuanto, a partir del principio de igualdad, debe existir uniformidad en la aplicación del derecho y predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos;* (ii) *de salvaguardar la confianza legítima en el respeto del propio acto de las autoridades;* y (iii) *de realizar lo que la doctrina denomina la regla de la universalidad*”.

Es decir, que la aplicación de la condena en equidad y liquidación de perjuicios en equidad genera un riesgo muy alto de inseguridad jurídica porque se aplica la disposición legal referida *ut supra* sin satisfacer la carga argumentativa requerida. Esto no quiere decir, que la jurisprudencia en la materia deba permanecer estática, por el contrario, es el papel de la jurisprudencia recoger los cambios y plasmar reglas jurisprudenciales claras y aplicables a este tipo de casos difíciles por parte de los órganos judiciales de cierre. Pero no de la manera en que ocurrió en el caso en concreto, que esta muy lejos de brindar absoluta claridad a la administración y a los jueces sobre las líneas jurisprudenciales que resultan vinculantes.



IV. SOLICITUD

Se ampare el derecho fundamental al debido proceso y derecho de defensa de la Nación- Ministerio de Ambiente, y, en consecuencia, se deje sin efectos la providencia judicial de 10 de junio de 2021 proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala 1 de Decisión, dentro del mecanismo de revisión eventual de acción de grupo con radicado N. 76001233100020020458402.

V. PRUEBAS

Esta Agencia solicita respetuosamente al honorable despacho que se decrete la siguiente prueba documental:

1. Se ordene a la Sala de lo Contencioso Administrativo -Sala 1 Especial de Decisión- del Consejo de Estado que remita copia total del expediente digital o físico del proceso de acción de grupo de radicado 76001233100020020458402.

VI. JURAMENTO

Dando cumplimiento al requisito establecido en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, manifiesto bajo la gravedad de juramento que no he interpuesto previamente acción de tutela por los hechos expuestos en esta demanda.

VII.-ANEXOS

- Poder debidamente otorgado en representación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
- Poder debidamente otorgado en representación de la Nación- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.
- Providencia judicial de 10 de junio de 2021 que se cuestiona en la presente acción de tutela.

VIII.- NOTIFICACIONES

- La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado recibirá notificaciones en la carrera 7 #75-66 y al buzón electrónico Frank.olivares@defensajuridica.gov.co.
- La Nación- Ministerio de Ambiente y Desarrollo sostenible recibirá notificaciones en la Calle 37 N° 8 – 40 de la ciudad de Bogotá D.C. y al buzón electrónico procesosjudiciales@minambiente.gov.co

Cordialmente,

FRANK OLIVARES TORRES

**Experto de Defensa Jurídica Nacional
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**