

Sentencia SU686/15

Referencia: Expediente T-2972159

Asunto: Acción de tutela interpuesta por la Empresa de Energía del Pacífico E.S.P. S.A. -EPSA- contra el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura

Magistrada Ponente:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

Bogotá, D.C., cinco (5) de noviembre de dos mil quince (2015).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, quien la preside, Myriam Ávila Roldán, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de la revisión de los fallos de tutela dictados por las Secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado, que resolvieron en primera y segunda instancia, respectivamente, la acción de tutela promovida por la Empresa de Energía del Pacífico -EPSA-.

I. ANTECEDENTES

A. Hechos que motivaron la acción de tutela

La Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. (en lo sucesivo “EPSA S.A. E.S.P.”), presentó acción de tutela¹ en contra del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura, al considerar que sus derechos fundamentales al debido

¹ Escrito de tutela radicado en el Consejo de Estado el 8 de febrero de 2010 (Expediente T-2972159, Cuaderno Corte Constitucional, folios 3-47)

proceso y acceso a la administración de justicia fueron vulnerados por dichos despachos, debido a que la prueba con base en la cual se adoptó una decisión de fondo no sólo fue indebidamente aportada como prueba anticipada, sino que carecía del rigor científico mínimo y no pudo ser controvertida. La parte demandante sustentó su solicitud de amparo con base en los siguientes hechos:

1. La Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá fue construida entre 1950 y 1955 por la sociedad de capital estatal “*Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá Ltda.*”. Esta sociedad modificó con el tiempo su razón social por la de CHIDRAL S.A. E.S.P. y la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (en adelante “CVC”), se convirtió en accionista de la misma. Con posterioridad, a partir de la expedición del Decreto Ley 1275 de 1994, por el cual se reorganizó la CVC, se creó EPSA S.A. E.S.P. y, se ordenó a la CVC transferir la totalidad del componente eléctrico a EPSA S.A. E.S.P., con todos sus activos y pasivos, entre ellos las acciones que poseía dicha Corporación en CHIDRAL S.A. E.S.P., la cual fue absorbida más adelante por EPSA S.A. E.S.P.²
2. Entre el 24 de julio y el 26 de agosto de 2001, se realizaron trabajos de mantenimiento en la presa de la central hidroeléctrica del bajo Anchicayá para asegurar el correcto funcionamiento de la planta y la generación de energía destinada al servicio público de toda la región. Al iniciar las labores de mantenimiento, el nivel del embalse descendió, lo que ocasionó la salida de considerables volúmenes de agua y sedimentos que, a juicio de los demandantes en la acción de grupo, terminaron afectando a los habitantes de las comunidades aledañas al Río Anchicayá.³
3. El 23 de mayo de 2002, el señor Germán Ospina, actuando como apoderado judicial de los habitantes de la ribera del Río Anchicayá, solicitó la práctica de pruebas anticipadas para que fuera incorporadas con posterioridad en una acción popular.⁴ Dicha solicitud le correspondió tramitarla al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura. En particular, el señor Ospina pidió lo siguiente:

“Solicito dictámenes pericial (sic) a unas entidades públicas cuyo objeto está referido al presente tema y de las cuales solicito los correspondientes dictámenes. Las entidades son:

Al Gobernador del Valle del Cauca para que designe el funcionario o funcionarios de la Secretaría de Agricultura y Pesca encargados de realizar, dictamen pericial que permita establecer un diagnostico (sic) del estado general de los cultivos de la zona luego del desastre.

(...)

² Ibíd. Folio 3.

³ Ibíd. Folio 4.

⁴ Solicitud de pruebas anticipadas presentada por el apoderado judicial de los habitantes de la ribera del Río Anchicayá (Expediente T-2972159, Cuaderno de pruebas No. 1 anexo al Cuaderno I de la acción de tutela, Folio 20)

Si el Juez lo considera conveniente le solicito respetuosamente se sirva solicitar al Alcalde de Buenaventura que designe funcionario o funcionarios de la secretaría de Desarrollo Económico y rural y las demás secretarías (sic) correspondientes para que realicen, en apoyo a los funcionarios de las secretarías (sic) departamentales el dictamen solicitado en el punto anterior.

(...)

ICA, para que realice un dictamen pericial, que incluya un estudio de suelos, con el fin de determinar, el impacto inmediato y el impacto futuro ocasionado a los cultivos de la zona, y determinar mediante estudios de laboratorio que permitan establecer que (sic) sustancias nocivas contiene el lodo arrojado, como grasas, aceites, ácido sulfhídrico etc, la forma como estas afectan los cultivos en su normal desarrollo estableciendo cuanto tiempo tardaran (sic) los cultivos en reponerse desde el 23 de julio de 2001.

(...)

El INCORA, para que rinda dictamen pericial en el cual establezca la localización del Consejo Mayor Comunitario incluidas todas sus veredas, el Consejo Comunitario Brazito-Amazonas, Taparal-Humane y los (sic) demás personas que han aportado títulos individuales, aportando la correcta ubicación de los terrenos, su correspondiente titulación sea colectiva o individual que permita determinar a quién pertenecen los terrenos afectados, con las descripciones topográficas adecuadas para tal efecto.

(...)

Instituto de Investigaciones Biológicas “Alexander von Humboldt”, para que mediante dictamen pericial informe lo referente al inventario científico de la Biodiversidad de la cuenca del río Anchicayá-municipio de Buenaventura, así como la normatividad internacional que protege esta zona y los demás factores de su competencia que contribuyan a valorar los perjuicios individuales de cada habitante de la zona incluido lucro cesante, daño emergente y perjuicios morales y los derechos ambientales colectivos vulnerados, con ocasión de la catástrofe del río Anchicayá.

(...)

IDEAM, a fin de que mediante dictamen pericial informe sobre Hidrología (sic), suelos, recursos biofísicos y demás competencias establecidas en los artículos 17 y siguientes de la Ley 99 de 1993, que permitan efectuar el seguimiento de los recursos biofísicos de la cuenca del río Anchicayá, en los referente a contaminación y degradación con el fin de contribuir a cuantificar los perjuicios individuales de cada habitante de la zona incluido lucro cesante, daño emergente y perjuicios morales y los derechos ambientales colectivos vulnerados relacionados con el medio ambiente, a la luz de la ley 472/98.

Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico “John Von Neumann”. Para que rinda dictamen sobre el biopacífico colombiano pero solamente determinado en la zona del desastre, es decir un

dictamen que contribuya a valorar los perjuicios materiales individuales sufridos por cada habitante de la zona afectada (...)

Rector de la Universidad del Valle para que aporte los informes por ellos realizados por esta institución (sic) a las aguas del Río Anchicayá antes y después del desastre.

Ministerio de Ambiente para que rinda un dictamen en el cual se valore el perjuicio ocasionado por la vulneración de los derechos colectivos de los habitantes de la ribera del Río Anchicayá (...)

INPA, para que el director designe funcionario (os) que mediante dictamen pericial determine cuantas personas tienen licencia para pesca en el río Anchicayá, capacidad de pesca de estas personas, valor comercial del producto (...)

Solicito igualmente se oficie a los organismos de control a nivel nacional ya que cursa una investigación a nivel del ministerio de ambiente, a fin de informarlos de esta solicitud para que procedan según su competencia, bien sea coadyuvando la presente acción o aportando elementos por ellos recaudados que contribuyan a valorar los perjuicios sufridos.”

4. En ejercicio de la acción de grupo instaurada el 1º de octubre de 2002, se demandó a la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. —en adelante EPSA—, a la CVC y al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, con el fin de obtener el pago de perjuicios derivados de la descarga de sedimentos por parte de EPSA al Río Anchicayá⁵. Por reparto le correspondió al Despacho de la Magistrada Luz Elena Sierra Valencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.
5. Con posterioridad a la presentación de la acción de grupo en el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca pero antes de su admisión, mediante Auto Interlocutorio No. 529 del 12 de julio de 2002, para dar trámite a la solicitud de práctica de pruebas anticipadas elevada por el apoderado de la comunidad, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura ordenó librar oficios al Gobernador del Valle del Cauca, al Alcalde de Buenaventura, al ICA, al INCORA, al Instituto de Investigaciones Biológicas “Alexander von Humboldt”, al IDEAM, al Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico “John Von Neumann”, a la Universidad del Valle, al Ministerio de Ambiente, al INPA, a la Defensoría del Pueblo, a la Contraloría General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación para impulsar la solicitud de prueba anticipada presentada por el apoderado judicial de los habitantes de la ribera del Río Anchicayá.

⁵ Escrito de tutela radicado en el Consejo de Estado el 8 de febrero de 2010 (Expediente T-2972159, Cuaderno Corte Constitucional, folio 4)

6. Mediante Auto del 19 de noviembre de 2002, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca admitió la acción de grupo presentada por el apoderado judicial de los habitantes de la ribera del Río Anchicayá.⁶
7. El 3 de abril de 2003, mediante oficio dirigido al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura, suscrito por el señor Manuel Antonio Soto, la Secretaría de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle del Cauca aportó un documento denominado “*Dictamen pericial sobre el estado de los cultivos establecidos en la parte baja del Río Anchicayá, consejos comunitarios de Taparal, Humane, Calle Larga y Bracitos-Amazonas, municipio de Buenaventura*”. En dicho documento se plasmaron los resultados de una serie de visitas realizadas por funcionarios de dicha Secretaría el 6 y 7 de marzo de 2003 a las localidades de Taparal, Humane, Calle Larga y Bracitos-Amazonas, con el fin de determinar los perjuicios causados a los agricultores de la zona como consecuencia de los sedimentos provenientes de la presa de la central hidroeléctrica del bajo Anchicayá.⁷
8. Por medio de memorial radicado el 23 de abril de 2003 en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura, EPSA, actuando mediante apoderado judicial, manifestó su inconformidad con el escrito radicado por la Secretaría de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle del Cauca, en cuanto a la naturaleza de la prueba y contenido de la misma, en los siguientes términos:

“...manifiesto que esta pieza procesal anticipada no constituye ningún dictamen pericial al tenor de los artículos 233 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, pues se trata aquí simplemente de un informe general, subjetivo y sin sustento científico ni técnico alguno elaborado por un ingeniero agrónomo con cargo de Profesional Universitario de la Secretaría de Agricultura y Pesca del Valle del Cauca, y que dicho informe no reúne los requisitos que exige la ley procesal para que tenga la naturaleza jurídica de Dictamen Pericial. Por esta razón me abstengo de entrar a la contradicción de este informe según lo previsto en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil para los dictámenes periciales.

En cuanto al contenido de dicho informe, el documento comienza por anunciar, como se dijo en el punto anterior, que se “realizó un recorrido por el río haciendo observaciones generales de los cultivos ubicados en las riveras del Anchicayá” y entra a hacer una descripción genérica de algunas especies agrícolas tras una supuesta visita a “localidades y fincas al azar”, descripción que menciona el estado visual de las plantas y concluye sin sustento científico ni

⁶ Auto del 19 de noviembre de 2002, proferido por la Magistrada Luz Elena Sierra Valencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca (Expediente T-2972159, Cuaderno de pruebas No. 1 anexo al Cuaderno I de la acción de tutela, Folio 208)

⁷ Dictamen pericial sobre el estado de los cultivos establecidos en la parte baja del Río Anchicayá, consejos comunitarios de Taparal, Humane, Calle Larga y Bracitos-Amazonas, municipio de Buenaventura (Expediente T-2972159, Cuaderno de pruebas No. 1 anexo al Cuaderno I de la acción de tutela, Folio 215)

técnico alguno respecto de la reducción del porcentaje de producción de tales especies.

(...)

Por lo tanto, las informaciones consignadas en el referido documento tienen un carácter de meras apreciaciones subjetivas y no cuentan con ningún valor probatorio en el proceso de Acción de Grupo que se adelanta en el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca instaurado por el apoderado Germán M. Ospina en contra de EPSA E.S.P., por lo cual también me abstengo de formular cualquier comentario al respecto”⁸

9. A través del Auto No. 1001 de noviembre 28 de 2003, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura decidió dar por terminado el trámite de las pruebas anticipadas solicitadas por el apoderado judicial de los habitantes de la ribera del Río Anchicayá. El Juzgado adujo que no era procedente continuar con el trámite de dichas pruebas debido a que en forma paralela cursaba una acción de grupo en donde se pretendía hacer valer dichas pruebas.⁹
10. En memorial radicado el 3 de diciembre de 2003, el apoderado judicial de los habitantes de la ribera del Río Anchicayá, interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra el Auto No. 1001 de noviembre 28 de 2003. El motivo de su inconformidad fue que las pruebas que se estaban tramitando como anticipadas no iban a ser utilizadas en el proceso de la acción de grupo, sino en una acción popular que aún no se había presentado.¹⁰
11. Mediante Auto No. 10 del 15 de enero de 2004, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura decidió revocar el punto primero del Auto No. 1001 de noviembre 28 de 2001, por el cual se decidió dar por terminado el trámite de las pruebas anticipadas, en atención a que las mismas no iban a ser utilizadas en el trámite de la acción de grupo, sino en una acción popular.¹¹
12. El 24 de agosto de 2004, la Secretaría de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle del Cauca aportó un informe complementario a aquel que fue radicado el 3 de abril de 2003 que contiene los resultados de las encuestas realizadas predio por predio en la zona afectada, así como de

⁸ Memorial radicado el 23 de abril de 2003 en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura por Gerardo Andrés Figueroa Martínez, apoderado de EPSA en la diligencia de prueba anticipada (Expediente T-2972159, Cuaderno de pruebas No. 1 anexo al Cuaderno I, Folio 220)

⁹ Auto No. 1001 de noviembre 28 de 2001 proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura (Expediente T-2972159, Cuaderno de pruebas No. 1 anexo al Cuaderno I, Folio 254)

¹⁰ Recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra el Auto No. 1001 de noviembre 28 de 2001 (Expediente T-2972159, Cuaderno de pruebas No. 1 anexo al Cuaderno I)

¹¹ Auto de enero 15 de 2004 proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura (Expediente T-2972159, Cuaderno de pruebas No. 1 anexo al Cuaderno I, Folios 255-256)

las distintas reuniones sostenidas con cada una de las comunidades de la ribera del Río Anchicayá.¹²

13. En escrito de fecha 16 de septiembre de 2004, el apoderado judicial de EPSA manifestó su inconformidad con el informe complementario presentado por la Secretaría de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle del Cauca el 24 agosto de 2004. Afirma el apoderado de EPSA que este informe no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 233 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, toda vez que (i) no fue practicado en asocio de peritos legalmente nombrados y debidamente posesionados; (ii) su práctica debió realizarse con citación judicial a la parte demandada; (iii) No hay precisión alguna respecto de las fechas en que se hayan efectuado las encuestas, ni de los nombres de los encuestadores, ni de los formatos de encuesta, nombres, identificaciones, y firmas de pescadores y agricultores, ni de los cálculos globales de la disminución sufrida por los agricultores en sus cosechas y de los pescadores en sus volúmenes de pesca, ni de prueba concreta que sirviera para calcular el monto de la indemnización para antes y después de julio de 2001.¹³
14. Mediante Auto Interlocutorio del 29 de octubre de 2004 proferido por el Tribunal Superior del Valle del Cauca, se negó la solicitud de parte demandante, consistente en oficiar al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura para que enviara con destino al proceso de la acción de grupo No. 2002-4584, las pruebas anticipadas que éste había practicado, toda vez que fueron solicitadas con posterioridad a la celebración de la audiencia de conciliación prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil. Por lo anterior, el Tribunal consideró que las pruebas habían sido solicitadas de forma extemporánea.
15. El 17 de noviembre de 2004, la parte actora interpuso recurso de apelación contra la mencionada providencia, aduciendo que las pruebas solicitadas con posterioridad a la celebración de la audiencia de conciliación prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil no pueden ser consideradas como solicitudes extemporáneas, en atención a que dicha norma sí es aplicable al trámite de la acción de grupo por la remisión expresa que hace el artículo 5 de la Ley 472 de 1998, la cual prevé una oportunidad para modificar o adicionar la solicitud inicial de pruebas.
16. La Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante Auto del 9 de junio de 2005, confirmó parcialmente la decisión de Tribunal del Valle de Cauca, y ordenó la práctica de las siguientes pruebas:

¹² Informe complementario de la Secretaría de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle del Cauca (Expediente T-2972159, Cuaderno de pruebas No. 1 anexo al Cuaderno I, Folios 260-396)

¹³ Escrito de fecha 16 de septiembre de 2004 radicado por el apoderado judicial de EPSA en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura (Expediente T-2972159, Cuaderno de pruebas No. 1 anexo al Cuaderno I, Folios 398-400)

“(…) TERCERO.- MODIFICASE el numeral 2 de la providencia del 29 de octubre de 2004, el cual quedará así:

1. De conformidad con lo previsto en el artículo 243 del C.P.C. aplicable al caso concreto en virtud de la remisión efectuada por el artículo 68 de la Ley 472 de 1998, OFICIESE a la Secretaría de Agricultura y Pesca del Valle del Cauca y a la UMATA de Buenaventura para que establezcan el perjuicio agrícola y pesquero sufrido por cada uno de los habitantes de la región, como consecuencia de los vertimientos de sedimentos efectuados por EPSA en el Río Anchicayá en julio de 2001.

Con el objeto de rendir el informe solicitado, el Secretario de Agricultura y Pesca del Valle del Cauca y el Director de la UMATA de Buenaventura deberán designar un funcionario especializado en el objeto del mismo.

La Secretaría de Agricultura y Pesca del Valle del Cauca y la UMATA de Buenaventura cuentan con un término de diez días para rendir el informe solicitado.

2. De conformidad con lo previsto en el artículo 243 del C.P.C. aplicable al caso concreto en virtud de la remisión efectuada por el artículo 68 de la Ley 472 de 1998, OFICIESE al ICA, Regional Valle del Cauca para que realice un estudio de suelos, que permita establecer el impacto inmediato y futuro, ocasionado en el Río Anchicayá por los vertimientos de sedimentos efectuados por EPSA en julio de 2001.

Con el objeto de rendir el informe solicitado, el Director del ICA, Regional Valle del Cauca la UMATA de Buenaventura deberá designar un funcionario especializado en el objeto del mismo.

El ICA cuenta con un término de diez días para rendir el informe solicitado.

3. OFICIESE al INCORA para que certifique el estado actual de proceso de titulación en el Danubio y Bellavista y para que aporte copia del censo poblacional efectuado en esos corregimientos.

4. OFICIESE al INCORA para que remita los estudios que realizó para sustentar la adjudicación de terrenos baldíos a los Consejos Comunitarios de la rivera del Río Anchicayá, específicamente en lo que tiene que ver con sus condiciones de vida y su dependencia del río.

CUARTO.- De conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente providencia, CONFIRMASE en lo demás el numeral 2 del auto del 29 de octubre de 2004.

QUINTO.- MODIFICASE (sic) el numeral 8 del auto del 29 de octubre de 2004, en el cual se negó el decreto de la prueba pericial solicitada a folio 233 de la demanda, el cual quedará así:

1. DECRETASE un dictamen pericial para establecer los perjuicios morales y materiales sufridos por los demandantes como consecuencia de los vertimientos de sedimentos efectuados por EPSA en el Río Anchicayá en julio de 2001. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca deberá designar de la lista de auxiliares de justicia un perito para que rinda el peritazgo, dentro del término que para el efecto le fije esa Corporación Judicial.

2. CONFIRMASE en lo demás el numeral 8 del auto del 29 de octubre de 2004.

SEXTO.- De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, MODIFICASE el numeral 9 de la providencia del 29 de octubre de 2004, en el cual se negó el decreto de la inspección judicial solicitada a folio 501 del cuaderno principal, el cual quedará así:

1. OFICIESE a la Universidad del Valle para que allegue al expediente copia autentica de todos los informes y conceptos técnicos que rindió con ocasión del vertimiento de sedimentos efectuado por EPSA en julio de 2001.

2. OFICIESE a la Universidad Nacional, Sede Palmira, para que allegue al expediente copia autentica de todos los informes y conceptos técnicos que rindió con ocasión del vertimiento de sedimentos efectuado por EPSA en julio de 2001.

3. OFICIESE a la C.V.C. para que allegue al expediente copia autentica de todos los informes y conceptos técnicos que rindió con ocasión del vertimiento de sedimentos efectuado por EPSA en julio de 2001.

4. OFICIESE a la Empresa de Energía del Pacífico, para que allegue al expediente copia autentica de todos los documentos relacionados con el vertimiento de sedimentos al Río Anchicayá, incluyendo la concesión de aguas, el Plan de Manejo Ambiental y los permisos pertinentes.”

17. En cumplimiento de la orden impartida por el Consejo de Estado, el Juzgado 1º Administrativo del Circuito de Buenaventura, mediante Auto del 22 de octubre de 2007 designó como perito a la señora Rita Isabel Góngora Rosero, quien se apoyó en el señor Vinicio Góngora Fuenmayor, administrador ambiental, para la preparación del dictamen.

El dictamen pericial fue entregado el 29 de julio de 2008 y luego ampliado mediante escrito del 4 de septiembre de ese mismo año. Como resultado del dictamen preparado, se estableció que los perjuicios materiales identificados por la perito ascendieron la suma de ciento ochenta mil millones ochocientos ochenta y cuatro millones ciento cuarenta y nueve mil cinco pesos (\$180,884,149,005), desagregados de la siguiente manera:

COMPONENTE	VALOR TOTAL
Lucro cesante productos agrícolas	13,457,139,093
Daño emergente productos agrícolas	20,464,034,000
Disminución en especies dulceacuícolas	25,399,739,293
Disminución en especies marinas	120,907,687,164
Disminución en macroinvertebrados	655,549,455
Valor total de los daños	180,884,149,005

Fuente: Dictamen pericial rendido por Rita Isabel Góngora Rosero y Vinicio Góngora Fuenmayor.¹⁴

18. A pesar de que el Consejo de Estado confirmó la decisión por medio de la cual se negó la solicitud elevada por la parte demandante de oficiar al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura para que enviara con destino al proceso de la acción de grupo No. 2002-4584, las pruebas anticipadas que éste había practicado, por medio de Oficio No. 979 del 25 de octubre de 2007, el Juzgado 1º Administrativo del Circuito de Buenaventura¹⁵, ofició al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura para que remitiera dichas pruebas con el fin de que fueran incluidas en el expediente, toda vez que estas servirían como base probatoria para dicho proceso, en atención a que se trataba de informes periciales y conceptos técnicos proferidos por entidades oficiales que permitirían valorar los perjuicios económicos y morales sufridos por los accionantes.¹⁶ Dichas pruebas fueron remitidas por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura el 21 de noviembre de 2007.¹⁷
19. El 28 de enero de 2008, se celebró una audiencia ante el Juzgado 17 Administrativo del Circuito de Cali solicitada por EPSA, con el fin de tomar la declaración del Ingeniero Manuel Antonio Soto sobre el contenido del dictamen practicado para determinar los perjuicios causados a los agricultores de la zona baja del río Anchicayá.
20. Por medio de memorial del 22 de septiembre de 2008, EPSA objetó por error grave tanto el nombramiento de la perito, como el dictamen en su contenido. La parte pasiva fundamentó su reparo en la falta de experticia

¹⁴ Expediente T-2972159, Cuaderno de pruebas No. 2 anexo al Cuaderno I, Folio 166.

¹⁵ Cabe resaltar que como consecuencia de la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos, desde el 26 de abril de 2006, el Juzgado 1º Administrativo del Circuito de Buenaventura avocó conocimiento de la primera instancia de la acción de grupo, que culminó con la sentencia del 20 de mayo de 2009, sobre la cual se hará referencia más adelante.

¹⁶ Oficio No. 979 proferido por el Tribunal Superior del Valle del Cauca (Expediente T-2972159, Cuaderno de pruebas No. 1 anexo al Cuaderno I, Folio 402)

¹⁷ Oficio No. 1096 proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura (Expediente T-2972159, Cuaderno de pruebas No. 1 anexo al Cuaderno I, Folio 403)

requerida de la perito designada, al tenor de lo establecido en el artículo 237, numerales 2 y 6 del Código de Procedimiento Civil. Lo anterior por cuanto en el dictamen presentado se afirmó que era muy difícil comprobar los perjuicios causados hace 7 años y por ende, dichos perjuicios fueron valorados a partir de los estudios e informes preparados por el Ingeniero Manuel Antonio Soto, en la cuenca baja; los que fueron propuestos individualmente los demandantes, en la cuenca media y, los que se obtuvieron como resultado de los testimonios obtenidos durante las 3 visitas realizadas al río, en la cuenca alta. Por los motivos antes señalados, EPSA consideró que se desplazaron las funciones propias de la perito a los interesados en el proceso.

Así mismo, EPSA sostiene que el método empleado para realizar el dictamen no es claro, ni tampoco es preciso, y por ello no es un medio probatorio que permita al juez, tomar una decisión en la que los perjuicios se ajusten al daño ocurrido y a las condiciones socio económicas reales de las comunidades que habitan en el río Anchicayá.¹⁸

21. Con posterioridad, en los alegatos de conclusión presentados por EPSA el 18 de febrero de 2009, se solicitó que se declarara la nulidad de los dictámenes periciales preparados por el Ingeniero Manuel Antonio Soto, aportados al proceso como pruebas anticipadas. La parte demandada sustentó su solicitud en los siguientes argumentos: (i) El trámite de la prueba anticipada fue conducido por un juez civil, mientras que la acción de grupo se tramitó íntegramente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo cual es motivo de nulidad, en virtud de lo establecido en el numeral 1º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil¹⁹; (ii) La prueba anticipada fue llevada al proceso de la acción de grupo contraviniendo lo ordenado por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura mediante Auto del 15 de enero de 2004 que dispuso que la prueba sólo sería utilizada en una acción popular, conforme lo manifestado por el apoderada de la parte demandada en memorial radicado el 3 de diciembre de 2001.
22. Mediante sentencia del 20 de mayo de 2009, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura accedió parcialmente a las pretensiones de la acción de grupo, y dispuso lo siguiente:

“QUINTO: Declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P, por los perjuicios ocasionados al grupo accionante, generados por el vertimiento de sedimentos en la cuenca del río Anchicayá, durante los días

¹⁸ Memorial radicado por EPSA el 19 de septiembre de 2008, por el cual se objetó por error grave el dictamen pericial entregado el 29 de julio de 2008 (Expediente T-2972159, Cuaderno de pruebas No. 2 anexo al Cuaderno I, Folios 214-226)

¹⁹ “ARTÍCULO 140. Causales de nulidad. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

(...)

1. Cuando corresponde a distinta jurisdicción.”

comprendidos entre el 23 de julio y 24 de agosto de 2001, en una proporción del 80% de las indemnizaciones.

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

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

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

DÉCIMO: Negar las demás pretensiones de la demanda.”

23. Al pronunciarse sobre la objeción por error grave del dictamen pericial preparado por Rita Isabel Góngora Rosero en la sentencia de primera instancia, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura sostuvo lo siguiente:

“(...) se encuentra que la objeción (por error grave) formulada no muestra existencia del mismo en el dictamen rendido por los peritos, por cuanto la materia sobre la cual este versó corresponde al objeto del proceso, no es cierto que el dictamen verse sobre la apreciación individual de los afectados, sino que fue el producto de un recorrido sobre el terreno y con análisis y comparación de lo obtenido por la comunidad a nivel agrícola como pisícola (sic), con anterioridad a los hechos y con posterioridad a los mismos, por lo que sus conceptos y conclusiones no son falsos ni erróneos, por el contrario se encuentran soportados en pruebas obrantes en el expedientes practicadas por diferentes entidades, de los testimonios rendidos por funcionarios de la misma entidad accionada e incluso información aportada por la misma empresa y la aclaración y adición del dictamen, por lo que este cumple con los requisitos establecidos 237 del Código de Procedimiento Civil. Situación diferente es que la objetante no comparta las conclusiones a las que se llega en dicho dictamen, al

parecer por encontrarlas desfavorables a su causa, lo que claramente impide encontrar fundada dicha objeción.”²⁰

24. En relación con la solicitud de nulidad procesal de la prueba anticipada practicada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura, el Juzgado tampoco consideró que fuera procedente. Lo anterior por cuanto la solicitud de la prueba anticipada fue presentada el 26 de junio de 2002, mientras que la acción de grupo se instauró el 1º de octubre de 2002. En adición a lo anterior, el Tribunal también sostuvo que si bien se solicitó la prueba anticipada para hacerla valer en el trámite de una acción popular, ello no es motivo para declarar su nulidad, toda vez que las acciones populares y las de grupo se encuentran reguladas por un mismo cuerpo normativo, estos es, la Ley 472 de 1998.
25. En segunda instancia, mediante providencia del 7 de septiembre de 2009, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca confirmó parcialmente el fallo de primera instancia y modificó el numeral séptimo de la sentencia de 20 de mayo de 2009, así:

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

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

26. El Tribunal consideró que la prueba anticipada allegada al proceso en primera instancia fue aportada de manera ilegal, ya que se solicitó aun cuando el Consejo de Estado había confirmado la decisión mediante la cual se había negado el decreto de dicha prueba, así:

²⁰ Fallo de primera instancia de la acción de grupo No. 2002-4584-01 (Expediente T-2972159, Cuaderno de pruebas No. 1 anexo al Cuaderno I, Folio 131)

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

Se observa entonces que la prueba anticipada no puede ser tenida en cuenta como fundamento del fallo ya que fue aportada ilegalmente al proceso, pues la misma no fue decretada y de conformidad con el artículo 174 del C.P.C. “Toda decisión judicial debe fundamentarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.” En el presente caso la prueba no fue allegada al proceso de manera regular, pues faltó uno de los pasos para que la misma se pudiera tener en cuenta, como lo es su decreto.”²¹

No obstante lo anterior, aun cuando el Tribunal consideró que la prueba anticipada fue aportada de forma irregular al proceso, ese Despacho sostuvo que no procede el argumento planteado por la parte demandada, según el cual el dictamen pericial preparado por Rita Isabel Góngora Rosero, se realizó con fundamento en una prueba ilegalmente aportada al proceso. Lo anterior por cuanto el Consejo de Estado, mediante Auto del 9 de junio de 2005, decretó dichas pruebas y solicitó a la Secretaría de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle del Cauca y a la UMATA de Buenaventura remitir los documentos relacionados con los perjuicios agrícolas y pesqueros sufridos por los habitantes de la región, para que fueran tenidos en cuenta dentro del proceso como informes técnicos o científicos, de conformidad con lo previsto por el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil²².

27. Respecto de la tasación de los perjuicios, el juez de segunda instancia realizó un análisis que arrojó como resultado la disminución del monto de los perjuicios, y por ende la modificación del fallo de primera instancia como se señaló con anterioridad en la transcripción de la parte resolutive de la sentencia del 7 de septiembre de 2009. Los principales argumentos para disminuir el monto de los perjuicios fueron los siguientes:

En cuanto al daño causado a las especies dulceacuícolas, el Tribunal consideró que el juez de primera instancia incurrió en un error aritmético, toda vez que la valoración de estos daños, de conformidad con el dictamen pericial preparado por Rita Isabel Góngora Rosero y Vinicio Góngora Fuenmayor, no era de \$25,399,739,293 sino de \$11,390,780,004.

En relación con la indemnización por daño en el recurso agrícola, el juez de segunda sostuvo que, en la determinación del monto total de la indemnización colectiva, se incluyeron comunidades conformadas por

²¹ (Expediente T-2972159, Cuaderno Corte Constitucional, Folio 95)

²² Fallo de segunda instancia de la acción de grupo No. 2002-4584-01 (Expediente T-2972159, Cuaderno I, Folio 116)

miembros cuyos perjuicios no fueron individualizados ni cuantificados en el dictamen. Por lo anterior, al excluir los valores de los miembros cuyos perjuicios no fueron individualizados ni cuantificados, el Tribunal consideró que el monto total de la indemnización colectiva no era de \$180,884,149,005 sino de \$166,945,944,823.

28. La parte demandada en la acción de grupo, presentó una solicitud de nulidad del fallo de segunda instancia por: (i) no haber corrido traslado para alegar; (ii) no haberse resuelto ni tramitado la solicitud de nulidad presentada por pruebas ilegalmente allegadas al proceso en primera instancia; (iii) no haber corrido traslado de las pruebas practicadas en segunda instancia y, (iv) ordenar el pago de una indemnización ya pagada, solicitudes que fueron negadas y en las que no se concedió el recurso de apelación.

29. Por medio de auto interlocutorio No. 400, proferido el 6 de noviembre de 2009, el Tribunal Contencioso del Valle del Cauca resolvió negar la solicitud de nulidad presentada por la parte demandada, por los siguientes motivos:

El artículo 67 de la Ley 472 de 1998 no contempla la posibilidad de correr traslado para presentar alegatos de conclusión en segunda instancia;

La solicitud de nulidad presentada por pruebas ilegalmente allegadas al proceso en primera instancia sí fue resuelta por el juez de primera instancia por lo que no se puede alegar que no hubo ningún pronunciamiento al respecto;

El artículo 67 de la Ley 472 de 1998 no contempla la posibilidad de correr traslado de pruebas decretadas en segunda instancia y, en adición, a las partes nunca les fue negada la posibilidad de conocer de dichas pruebas, pues el expediente siempre estuvo a su disposición;

El argumento según el cual se ordenó el pago de una indemnización ya pagada es una inconformidad relacionada con el fondo de la decisión, motivo por el cual la solicitud de nulidad por esta causa no está llamada a prosperar, toda vez que las nulidades buscan sanear errores en el procedimiento y no se puede pretender que a través de ella se resuelvan materias que corresponden al fondo del asunto.

30. El 2 de febrero de 2010, el apoderado especial de EPSA elevó una solicitud de revisión del fallo impartido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca ante el Consejo de Estado. Dicha solicitud fue admitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado y, por Auto del 28 de mayo de 2012, se decidió seleccionar para revisión el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca del 7 de septiembre de 2009, dentro del proceso de acción de grupo.

B. Fundamentos de la solicitud de tutela

Como se indicó al principio de esta providencia, EPSA solicitó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, los cuales considera vulnerados por los jueces de instancia debido a que la prueba con base en la cual se adoptó una decisión de fondo no sólo fue indebidamente aportada como prueba anticipada, sino que carecía del rigor científico mínimo y no pudo ser controvertida. Su solicitud se fundamenta en los siguientes argumentos:

En el trámite de la acción de grupo la tasación de los perjuicios materiales se determinó a través de un dictamen pericial que se basó en una prueba que fue aportada al proceso contraviniendo las normas procesales que regulan el trámite de las pruebas anticipadas y su posterior incorporación al proceso en el que se pretenden hacer valer. Lo anterior encuentra sustento en las siguientes razones:

1. A juicio de la empresa accionante, existe una vía de hecho en materia probatoria, toda vez que la acción de grupo fue radicada el 1º de octubre de 2002 y, pese a ello, el demandante en sede de acción de grupo solicitó el decreto del informe presentado por la Secretaría de Agricultura y Pesca del Valle del Cauca, del 3 de abril de 2003, y ampliado mediante un informe complementario radicado el 24 de agosto de 2004, que había sido aportado al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura, en el marco del trámite de pruebas anticipadas iniciado por el apoderado de la parte demandante.

Según la empresa accionada, el requisito *sine qua non* para que una prueba pueda ser considerada como anticipada es que ella se produzca con anterioridad al inicio del proceso judicial en el que se pretenda hacer valer, y no de forma paralela al trámite de éste y en procesos separados. En el caso bajo análisis, fue ésta la razón por la cual el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura decidió dar por terminado el trámite de esa prueba mediante auto del 28 de noviembre de 2003. Sin embargo, el demandante solicitó que se continuara con el recaudo de dicha prueba, bajo el argumento que la misma no iba a ser aportada al proceso de la acción de grupo que se estaba tramitando, sino al trámite de una acción popular que aún no se había instaurado. Por lo anterior, el trámite de la prueba anticipada continuó con la salvedad hecha por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura de que ella sólo podría usarse en futuros procesos.

2. A juicio del actor, en las sentencias de primera y segunda instancia se desconoció el inciso 3º del artículo 183 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa de la Ley 472 de 1998, que establece que las pruebas anticipadas que se pretendan hacer valer en un proceso deben ser aportadas con la demanda o con la contestación de la demanda y su admisión debe ser valorada por el juez cuando decida sobre las pruebas que las partes soliciten en el proceso. Según la parte demandada, aun cuando el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca indicó que el dictamen rendido por la Secretaría de Agricultura y Pesca del Valle del Cauca de 1 de abril de 2003 y 24 de agosto de 2004 no podía ser tenido en cuenta como

prueba anticipada, este Despacho sí lo tuvo en cuenta para decidir sobre la acción de grupo, lo cual es una actuación contraria al artículo 174 del Código de Procedimiento Civil.

3. En relación con la prueba pericial ordenada por el Consejo de Estado, estima el actor que ésta no fue idónea, toda vez que los informes que sirvieron de base para el cálculo de los perjuicios carecen de sustento técnico o científico, ya que fueron el producto de apreciaciones subjetivas derivadas de una visita realizada por el Ingeniero Agrónomo de la Secretaría de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle, durante dos días a fincas escogidas al azar por éste. En ese orden de ideas, con dicho informe no se allegaron estudios hidráulicos, biológicos, de comportamiento del río, de los sedimentos, conceptos de profesionales médicos o estudios químicos del suelo, entre otros. El resultado de la valoración del daño surgió de observaciones generales de este funcionario y de su experiencia, así como de encuestas realizadas a los beneficiarios de la acción de grupo, lo cual, a criterio de la empresa demandada, constituye un defecto fáctico.

4. Adicionalmente, estima la parte actora en la acción de tutela que se estudia que el defecto fáctico también se ve reflejado en el hecho de que la perito contadora no efectuó de manera directa la valoración de los perjuicios materiales, sino que, como ella misma lo afirma, estableció como perjuicios aquellos propuestos individualmente por los demandados a partir de la prueba indebidamente recaudada.

5. A criterio de la empresa accionante, tanto el daño como la estimación de los perjuicios no se probaron empleando medios adecuados, toda vez que los jueces de primera y segunda instancia omitieron su deber de analizar integralmente la prueba y aplicar las reglas de la sana crítica, en tanto que desconocieron los siguientes medios de prueba:

- El Acta levantada por la Fiscalía 37 de Buenaventura los días 12 y 13 de febrero de 2003 -antes de las visitas del ingeniero agrónomo Manuel Soto- realizada a propósito del proceso penal iniciado contra el personal de EPSA, en la cual se da cuenta de que el nivel de las aguas no alcanzó más de tres metros y no se apreciaron cambios en el ecosistema del lugar;
- La declaración realizada por el Director de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca C.V.C. , según la cual no se puede afirmar que el proceso de sedimentación se deba únicamente a la descarga del embalse, como tampoco existe línea de base para realizar una comparación que permita establecer los daños causados por las descargas;
- La declaración de Helbert Reyes Lozano del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, quien afirmó que se trató de una afectación temporal del cauce del río con la probabilidad de recuperación a mediano y largo plazo. Así

mismo, según los informes de dicho funcionario, el Río Anchicayá logró recuperarse en el término de un año.

Por lo anterior, EPSA considera que no es posible establecer perjuicios por los cuales fue condenada, ya que se pretermitieron elementos necesarios para determinar los perjuicios materiales aludidos.

6. La parte actora también estimó que su derecho al debido proceso fue vulnerado por la omisión en que incurrió el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, consistente en no dar traslado para alegar en el trámite de la apelación de la sentencia de primera instancia, toda vez que esa Corporación consideró que podía abstenerse de correr traslado para alegar. A juicio del accionante, en la medida en que la Ley 472 de 1998 remite al Código de Procedimiento Civil en lo no regulado por aquella, se debe entender que el derecho a la defensa no se agota únicamente con la presentación del recurso de apelación, sino que el mismo se extiende hasta la presentación de los alegatos, actuación que se pretermitió en instancia de apelación y que vulneró el derecho de defensa de la empresa accionante.

7. En adición a lo anterior, la parte actora añadió que se vulneró el derecho al debido proceso porque hubo un trato desigual en el trámite de las solicitudes de nulidad y por la omisión del Tribunal en el deber de decidir. Así, los jueces de instancia decidieron ignorar las solicitudes de nulidad interpuestas para decidir en la sentencia o simplemente se abstuvieron de adoptar una decisión.

Por una parte, el accionante hace referencia a la solicitud de nulidad presentada el 18 de febrero de 2009, en la que pretendió que se declarara la nulidad de los dictámenes periciales preparados por el Ingeniero Manuel Antonio Soto, toda vez que estos fueron incorporados al proceso de manera irregular como pruebas anticipadas.

Por otra parte, la parte demandada en la acción de grupo trajo a colación la solicitud de nulidad del fallo de segunda instancia presentada por: (i) no haber corrido traslado para alegar; (ii) no haberse resuelto ni tramitado la solicitud de nulidad presentada por pruebas ilegalmente allegadas al proceso; (iii) no haber corrido traslado de las pruebas practicadas en segunda instancia y, (iv) ordenar el pago de una indemnización ya pagada, solicitudes que fueron negadas y en las que no se concedió el recurso de apelación.

En ambas ocasiones, las solicitudes fueron resueltas desfavorablemente para EPSA, tanto en la sentencia de primera instancia como en el auto interlocutorio No. 400, proferido el 6 de noviembre de 2009, el Tribunal Contencioso del Valle del Cauca.

8. Para terminar, la empresa accionante indica que en este caso se vulneró el derecho al debido proceso porque el Tribunal ignoró la existencia de un pago realizado por la misma causa, toda vez que la comunidad acudió a un

trámite administrativo de reparación ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Decisión de primera instancia

Mediante providencia del 20 de mayo de 2010, la Sección Cuarta del Consejo de Estado resolvió rechazar por improcedente la acción de amparo. De conformidad con lo expuesto por el juez de primera instancia, (i) aún no había sido resuelta la petición de revisión eventual que el Ministerio Público había formulado al Consejo de Estado y, (ii) no se encontró probado que existiera un perjuicio irremediable que justificara su procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo transitorio.

Decisión de segunda instancia

La Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia del 9 de diciembre de 2010, confirmó en segunda instancia el fallo proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado. El *Ad quem* sostuvo que la acción de tutela no es procedente para cuestionar decisiones judiciales, máxime cuando en el caso objeto de estudio, EPSA contó con todas las oportunidades procesales para cuestionar el mencionado informe aportado al proceso.

C. Trámite ante la Corte Constitucional

1. A través de Auto del 25 de febrero de 2011, la Sala de Selección número 2 de la Corte Constitucional seleccionó para revisión las sentencias de tutela proferidas por las Secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado, por medio de las cuales se negó el amparo solicitado por la empresa accionante.

2. La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, por medio de Auto del 29 de junio de 2011, resolvió ordenar la suspensión de términos del trámite de revisión y practicar las siguientes pruebas: (i) Solicitar al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura y al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la remisión del expediente correspondiente a la acción de grupo número 76-001-23-31-000-2002-04584-01; (ii) Solicitar a la Sección Tercera del Consejo de Estado una certificación en la cual se estableciera si la acción de grupo fue objeto de selección para revisión, y en tal caso cuál era el estado actual de dicho trámite. Igualmente, se ordenó vincular a través de un medio escrito de comunicación de amplia difusión en el Departamento del Valle a todos los grupos y personas interesadas en la presente tutela, a fin de garantizar su derecho de defensa.

3. Mediante oficio No. 6378 del 12 de julio de 2011, el Secretario General del Consejo de Estado informó que la solicitud de revisión eventual de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca aún no había sido resuelta por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

4. Por medio de la Sentencia T-274 de 2012, la Sala Tercera de Revisión decidió conceder el amparo solicitado por la empresa accionante. En dicha

ocasión, la Corte Constitucional fundamentó su decisión en las siguientes consideraciones:

El problema jurídico planteado por la Corte giró en torno a determinar si se estructuraba un defecto fáctico en el trámite del proceso de acción de grupo, de modo tal que vulnerara los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P., por las actuaciones desplegadas por el Juzgado Administrativo del Circuito de Buenaventura y por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, “...al permitir que como fundamento esencial del dictamen pericial por el cual se estableció el monto del daño objeto de la acción de grupo, se incorporara un informe técnico practicado a título de prueba anticipada en otra instancia judicial simultánea a la acción de grupo, el cual a juicio del actor además de que fue indebidamente incorporada al proceso, carecía de fundamento objetivo de valoración.”²³

Para resolver el problema jurídico antes planteado, la Corte abordó los siguientes temas:

*“(i) la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración. (ii) Verificación de los requisitos genéricos de procedibilidad de la acción de tutela en el caso concreto, en punto a verificar si estos presupuestos aplican al caso, especialmente el requisito de subsidiaridad (sic) al tratarse de una acción de grupo que se encuentra pendiente de selección para revisión ante el Consejo de Estado. (iii) Se revisará en términos generales en qué consiste el defecto fáctico. Reiteración. (iv) Se establecerá cuál es el alcance de la prueba anticipada, cómo y en qué oportunidad se ejerce el derecho de contradicción y cuál es el procedimiento para incorporar dicha prueba al proceso de destino. (v) De igual forma se analizará el alcance y características del dictamen pericial y de los informes técnicos. (vi) Finalmente se resolverá el caso concreto”.*²⁴

En primer lugar, la Corte reiteró la jurisprudencia sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Así, la Sentencia T-274 de 2012 hace un recuento de la evolución jurisprudencial sobre la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales. Para tal efecto, se reiteró lo dispuesto en la Sentencia C-543 de 1992 y su desarrollo en otros fallos como el T-079 de 1993 y T-158 de 1993, así como la posterior denominación de las vías de hechos señaladas en la Sentencia T-231 de 1994. En adición a lo anterior, la sentencia incluye un recuento del conjunto de sentencias que han reiterado y precisado las reglas de procedencia de la acción de tutela contra sentencias, tales como las Sentencias T-462 de 2003, T-949 de 2003 y finalmente la C-590 de 2005 que definió las reglas sobre procedencia. Dentro de dicha reglas se distinguen unos requisitos de carácter general, que habilitan

²³ Fundamento 40 de las Consideraciones y fundamentos de la Sentencia T-274 de 2012 (Expediente T-2972159, Cuaderno Corte Constitucional, Folio 327)

²⁴ *Ibíd.*

la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan la procedencia misma del amparo.

Al referirse al caso concreto se afirmó que, no obstante el carácter subsidiario de la acción de tutela, en el presente asunto la acción es procedente, ya que cumple con los criterios desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en esta materia. En este sentido, la Corte sostuvo lo siguiente en relación con el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad en este caso:

“ (...) (i) no ataca un fallo de tutela; (ii) se han identificado de manera concreta los hechos que a juicio del actor quebrantan sus derechos, esto es, la incorporación indebida de una prueba al proceso de acción de grupo a partir de la cual se estableció el monto de los perjuicios, así como la falta de idoneidad de la prueba pericial ordenada para este fin, aspectos que considera defectos fácticos que habilitan la acción de tutela; (iii) se cumple con la invocación del derecho fundamental violado, que en este caso se concreta en el debido proceso y en el acceso a la Administración de Justicia, asunto que tiene la relevancia constitucional requerida para que resulte procedente la acción de tutela contra providencias judiciales; iv) se cumple con el requisito de inmediatez en consideración a que la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que es objeto de la presente acción de tutela, se profirió 7 de septiembre de 2009 y la acción fue interpuesta el 8 de febrero de 2010, esto es, dentro del término razonable estimado por la Corte Constitucional en su jurisprudencia para su procedencia, de manera que la tensión que existe entre el derecho a cuestionar las decisiones judiciales mediante la acción de tutela y el derecho a la firmeza de las sentencias y a la seguridad jurídica sea resuelto dentro de un plazo proporcionado”.²⁵

Respecto del requisito de subsidiariedad, la Corte sostuvo que si bien existe la posibilidad de revisión del fallo de acción de grupo ante el Consejo de Estado, la demora en su materialización lo convierte en un mecanismo no idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante, habida cuenta que transcurrieron más de 2 años para que el Consejo de Estado definiera si seleccionaba para revisión la mencionada acción de grupo. Asimismo sostuvo que, de conformidad con el condicionamiento introducido mediante el numeral décimo segundo de la Sentencia C-713 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) a la constitucionalidad del inciso primero y al párrafo primero del artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, el recurso de revisión no desplaza a la acción de tutela porque, según dicha providencia, *“aun en el evento en el cual esté pendiente la posible revisión por parte del Consejo de Estado de una acción popular o de grupo, tal situación no excluye la procedencia de la acción de tutela”*²⁶.

²⁵ Fundamento 11 de las consideraciones y fundamentos de Sentencia T-274 de 2012 (Expediente T-2972159, Cuaderno Corte Constitucional, Folio 329)

²⁶ Fundamento 12 de las consideraciones y fundamentos de Sentencia T-274 de 2012 (Expediente T-2972159, Cuaderno Corte Constitucional, Folio 329)

Una vez agotado el análisis de procedibilidad de la acción de tutela, la Corte procedió a revisar los elementos que configuran el defecto fáctico. Para tal efecto, reiteró la jurisprudencia de la Corte²⁷ sobre este asunto y sostuvo que la labor del juez de tutela al analizar dicho defecto se restringe a verificar si el funcionario judicial, en su actividad probatoria, incurrió en errores de magnitud tal que derivan en una decisión judicial arbitraria e irrazonable. Es decir, que sin la existencia de dicho error, la sentencia se hubiera adoptado en un sentido distinto. Así mismo, sostuvo que este defecto se puede presentar de dos maneras, a saber: (i) de forma negativa, cuando el juez se niega a decretar una prueba o se abstiene de valorar las pruebas allegadas al expediente de modo arbitrario, irrazonable y caprichoso y, (ii) de forma positiva, cuando el juez aprecia pruebas que no ha debido admitir ni valorar por cuanto fueron recaudadas de manera indebida o porque no tiene la vocación de servir de prueba.

En relación con la prueba anticipada, esta Corporación afirmó que dicho medio probatorio constituye una excepción al principio de inmediación, según el cual el juez de conocimiento es quien debe ordenar y practicar las pruebas requeridas dentro del proceso. En esa medida, el fundamento para que dicha prueba fuera contemplada por el Legislador como un medio probatorio válido, radica en el hecho de que ésta *“se practica con anterioridad al proceso en el cual se pretende hacer valer, con el propósito de conservarla o asegurarla en punto a evitar que pierda toda eficacia probatoria”*²⁸. Ahora bien, en cuanto a su incorporación al proceso en que se pretende hacer valer, la prueba anticipada debe ser: *“1. Sometida al principio de contradicción y 2. Regular y legalmente incorporada al proceso en el cual se pretende hacer valer, conforme con las reglas previstas en la ley para el efecto”*²⁹.

Respecto de la naturaleza de los informes técnicos previstos en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, la Sala de Revisión sostuvo que dicha norma faculta a los jueces para solicitar de oficio o a petición de parte, informes técnicos o científicos sobre hechos de interés para el proceso, a entidades y dependencias oficiales que dispongan del personal especializado. La Sala los definió como *“conceptos técnicos, científicos o artísticos que han sido elaborados por fuera del proceso y por encargo de una de las partes que ha escogido al profesional que emite su opinión”*, y que *“deben ser motivados y puestos a consideración de las partes por el término de tres (3) días para su complementación o aclaración, o sea que no es posible objetarlos por error grave”*³⁰.

²⁷ En esta ocasión la Corte reiteró lo dicho en las sentencias T-288 de 2011, T-239 de 1996, T-538 de 1994, SU-159 de 2001, SU-132 de 2002 y T-814 de 1999.

²⁸ Fundamento 25 de las Consideraciones y fundamentos de la Sentencia T-274 de 2012 (Expediente T-2972159, Cuaderno Corte Constitucional, Folio 332)

²⁹ Fundamento 35 de las Consideraciones y fundamentos de la Sentencia T-274 de 2012 (Expediente T-2972159, Cuaderno Corte Constitucional, Folio 335)

³⁰ Fundamento 40 de las Consideraciones y fundamentos de la Sentencia T-274 de 2012 (Expediente T-2972159, Cuaderno Corte Constitucional, Folio 336)

En suma, respecto del análisis de la normas que regulan la prueba anticipada, la Corte concluyó que la ley es clara en *“i. Definir qué es una prueba anticipada y cuál es su finalidad, de forma que no será prueba anticipada la que se practica de forma simultánea al proceso en el cual se pretende hacer valer. ii. Establecer el momento procesal en el cual debe ser incorporada la prueba anticipada al proceso donde se pretenda hacer valer, de manera que la prueba incorporada por fuera de dichos términos se tendrá por prueba indebidamente recaudada. iii. Asegurar el derecho de contradicción al dictamen pericial con el fin de otorgarle el carácter de plena prueba, al punto que si este derecho no se garantiza, la misma sólo tendrá el carácter de prueba sumaria y no de plena prueba. Por ello, la omisión del juez de los asuntos previstos en los numerales i y ii ó el otorgar el carácter de plena prueba a aquella que no fue controvertida constituye un defecto fáctico que puede ser corregido por vía de tutela cuando los mismos hubiesen sido determinantes en la sentencia”*³¹.

Al analizar el caso concreto, la Corte resaltó que para la estimación del daño o perjuicio en el trámite de la acción de grupo, se tuvo en cuenta el informe realizado por el funcionario de la Secretaría de Agricultura y Pesca a título de prueba anticipada, el cual fue realizado con posterioridad al inicio el proceso judicial de acción de grupo.

Por lo anterior, la Corte estimó que los jueces de primera y segunda instancia incurrieron en defecto fáctico al haberle otorgado valor probatorio a un informe que fue incorporado de forma irregular al proceso y que sirvió como fundamento para la tasación y determinación del daño y el monto de los perjuicios. Al respecto sostuvo lo siguiente:

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

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

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

³¹ Fundamento 40 de las Consideraciones y fundamentos de la Sentencia T-274 de 2012 (Expediente T-2972159, Cuaderno Corte Constitucional, Folio 336)

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

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

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

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

46.3 *Se rompió el principio de inmediación en materia procesal previsto en el artículo 181 del Código de procedimiento Civil en cuanto a la ordenación, práctica y recaudo de la prueba. Resulta evidente que la denominada “prueba anticipada” ordenada por el Juzgado Tercero Civil de Buenaventura se practicó de manera simultánea al trámite de la acción de grupo instaurada por el Consejo Mayor Comunitario del Río*

*Anchicayá y otros, aspecto que de entrada desnaturalizó la necesidad de la prueba en cuanto a su función de conservación de los hechos. Así, el juez de la acción de grupo tenía tanto la facultad como el deber de desplegar todo su poder oficioso en el proceso a su cargo para establecer aspectos medulares propios de la acción de grupo como la ocurrencia del daño, el nexo causal entre éste y los daños causados, la magnitud del daño, así como el monto de los perjuicios”.*³²

En relación con la falta de idoneidad del informe de la Secretaría de Agricultura y Pesca del Valle del Cauca, en la sentencia se afirmó lo siguiente: “(...) si en gracia de discusión y aras de la verdad material se aceptara la indebida incorporación de esta prueba como informe técnico, en el proceso de acción de grupo, es necesario evidenciar que al no haberse controvertido tal informe, este (sic) apenas tendría el valor de una prueba indiciaria cuyo contenido y alcance resultaría por sí sólo insuficiente para servir de base a la perito contadora para determinar los efectivos perjuicios causados a los afectados, así como para calcular el lucro cesante y el daño emergente por concepto de afectación pesquera y agrícola, como ella misma lo señala en su informe pericial (Ver numeral 45. 17 de esta providencia). Si a ello se agrega, que se trata de un informe que se basa en información suministrada por las víctimas, su contenido se torna precario para determinar los perjuicios y se convierte en un fundamento que carece de la idoneidad necesaria para convertirse en pieza central del dictamen practicado dentro de la acción de grupo, dada la omisión en la aplicación de una metodología técnica y científica comprobable para establecer la magnitud del daño y la cuantía de los perjuicios.”³³

Así mismo, la Corte reconoció que sin la prueba objeto de controversia, el fallo carecería de motivación alguna. Por lo anterior, la Sala consideró necesario que se realizara una nueva práctica de pruebas, sea por dictamen pericial o cualquier otro medio, en los que se debería tener en cuenta los siguientes asuntos: “(i) aplicar un método técnico y científico riguroso que permita establecer los verdaderos daños causados y su monto, (ii) realizarse preferiblemente por una institución universitaria que cuente con información histórica o documental, laboratorios, soporte logístico y profesionales idóneos; (iii) y con citación de las partes, de forma que el Tribunal proceda a la apreciación de la prueba en los términos establecidos en el artículo 79 de la Ley 472 de 1998”³⁴. Si bien la Sala reconoció la complejidad práctica para la ejecución de dicha prueba, sobre todo debido al paso del tiempo, lo cierto es que en un proceso de esta naturaleza “las pruebas a practicarse deberán demostrar los daños causados y el término durante el cual permaneció produciéndose el daño (...)”³⁵.

³² Fundamentos 46.1, 46.2 y 46.3 de las Consideraciones y fundamentos de la Sentencia T-274 de 2012 (Expediente T-2972159, Cuaderno Corte Constitucional, Folio 344).

³³ Fundamento 46.7 de las Consideraciones y fundamentos de la Sentencia T-274 de 2012 (Expediente T-2972159, Cuaderno Corte Constitucional, Folio 345).

³⁴ Fundamento 47 de las Consideraciones y fundamentos de la Sentencia T-274 de 2012 (Expediente T-2972159, Cuaderno Corte Constitucional, Folio 345).

³⁵ *Ibíd.*

Con fundamento en las consideraciones antes señaladas, la Sala Tercera de Revisión resolvió, en la Sentencia T-274 de 2012, lo siguiente:

“(…)

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

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

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

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

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

(…)”.

D. Solicitud y decreto de nulidad de la sentencia T-274 de 2012 presentada por el apoderado del consejo Comunitario Mayor de la Comunidad Negra del río Anchicayá

Mediante escrito del 27 de septiembre de 2012, el ciudadano Germán M. Ospina Muñoz, actuando en calidad de apoderado del Consejo Mayor de la Comunidad Negra del Río Anchicayá, solicitó la nulidad de la Sentencia T-274 de 2012, proferida por la Sala Tercera de Revisión de esta Corporación el 11 de abril del mismo año. Su solicitud se basó en que la Sentencia T-274 de 2012 (i) desconoció la jurisprudencia constitucional y (ii) en que hubo una arbitraria omisión en el análisis de asuntos de relevancia constitucional que tienen efectos trascendentales para el sentido de la decisión.³⁶

Por **Auto A-132 del 16 de abril de 2015**, la Corte Constitucional resolvió la solicitud de nulidad presentada por el apoderado del Consejo Mayor de la Comunidad Negra del Río Anchicayá. Para resolver dicha solicitud, la Sala Plena se pronunció sobre los siguientes asuntos: (i) los requisitos formales y sustanciales de procedibilidad del incidente de nulidad; (ii) la naturaleza y condiciones de los precedentes judiciales y la construcción de la jurisprudencia en vigor; (iii) las consecuencias de la desviación del precedente de la Sala Plena y de la jurisprudencia en vigor de las sentencias de tutela, (iv) la jurisprudencia en materia de la subsidiariedad de la acción de tutela.

Respecto del cumplimiento de los requisitos formales de procedibilidad del incidente de nulidad en el caso concreto, la Corte sostuvo que estos se encuentran acreditados por los siguientes motivos:

1. La solicitud de nulidad fue presentada dentro del término de los 3 días siguientes a la notificación del fallo, el cual vencía el 28 de septiembre de 2012, por lo quedó satisfecho el requisito de oportunidad.
2. En relación con la legitimación por activa, dicho requisito también se encuentra acreditado, toda vez que el incidente de nulidad fue promovido por el apoderado judicial del Consejo Mayor de la Comunidad Negra del Río Anchicayá, entidad afectada directamente con el fallo de tutela.
3. Respecto del el requisito de argumentación, la Sala consideró satisfecho dicho requerimiento por cuanto el incidentante cumplió con brindar una argumentación sobre las razones por las cuales considera que la Sentencia T-274 de 2012 incurre en dos causales de nulidad, a saber, el desconocimiento de la jurisprudencia constitucional y la arbitraria omisión en el análisis de asuntos de relevancia constitucional que tienen efectos trascendentales para el sentido de la decisión.

En relación con la verificación de los requisitos sustanciales, la Corte estimó que la Sentencia T-274 de 2012 desconoció la jurisprudencia sobre los requisitos de procedencia de la acción de tutela por cuanto contrarió el principio de subsidiariedad. Para arribar a esta conclusión la Sala estableció como argumentos, los siguientes:

³⁶ Solicitud de nulidad de la de la Sentencia T-274 de 2012 presentada por el apoderado del Consejo Mayor de la Comunidad Negra del Río Anchicayá (Expediente T-2972159, Cuaderno del Incidente de Nulidad de la Sentencia T-274 de 2012, Folios 1-38)

Primero se pronunció sobre la naturaleza y condiciones de los precedentes judiciales y la construcción de la jurisprudencia en vigor, indicando que “(...) *el respeto por el precedente judicial proviene de la obligación que tienen los jueces de dar el mismo trato a quienes se encuentren en situaciones jurídicamente iguales, y en la confianza en la administración de justicia como garantía de las libertades básicas de las personas.*”

A continuación expuso las reglas vigentes sobre la obligación de respetar el precedente, y en qué circunstancias es admisible apartarse del mismo. Para esto, se hizo una exposición sobre el significado del precedente, y en particular cuáles son las reglas para determinar cuándo se está ante a un precedente obligatorio. Así mismo, la Corte procede a reiterar las reglas establecidas por la Corte mediante Auto A-053 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), según las cuales la declaratoria de nulidad de una sentencia por desconocimiento del precedente, procede cuando (i) la sentencia objeto de nulidad acoja en forma expresa una interpretación normativa contraria a una línea jurisprudencial y que esta no haya sido modificada por la Sala Plena; (ii) Que exista identidad fáctica entre unas decisiones y otras y, (iii) Que la aplicación de la sentencia atacada en el ordenamiento jurídico conlleve a una resolución diferente a la que se venía adoptando.

Para terminar este primer aparte relacionado con el desconocimiento del precedente, la Corte concluye que existe la posibilidad de que los jueces se aparten del precedente, pero para ello se deben seguir ciertas reglas dirigidas a la protección de la igualdad, las libertades básicas y la confianza legítima en la administración de justicia.

Para resolver el interrogante planteado acerca de la determinación de la existencia de un precedente de la Sala Plena o jurisprudencia en vigor de las Salas de Revisión, aplicables en el presente caso, la Sala realizó un análisis de la línea jurisprudencial en materia de subsidiariedad de la acción de tutela con el fin de establecer si estos fueron desconocidos en la Sentencia T-274 de 2012.

Debido a que en el caso concreto se ha presentado una controversia en cuanto a la tutela como mecanismo subsidiario frente a la revisión eventual ante el Consejo de Estado, el análisis realizado por la Corte giró en torno a dicho mecanismo de defensa judicial. Al respecto, se reiteró lo dispuesto por la **Sentencia T-649 de 2011** (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), según la cual la revisión de sentencias en las distintas jurisdicciones es un medio de defensa judicial idóneo, en tanto que éste mecanismo permita la protección efectiva de los derechos fundamentales. Por lo anterior, el juez de tutela debe determinar la idoneidad de este mecanismo en cada caso concreto, al verificar (i) los derechos fundamentales presuntamente afectados y (ii) las causales de revisión de la sentencia, con el fin de determinar la procedencia del recurso.

En el caso concreto, la Sala consideró que en el análisis de subsidiariedad realizado en la Sentencia T-274 de 2012, “(...) *la Corte no entró a explicar por qué la demora de dos años en seleccionar un asunto que ya se había*

escogido para efectos de unificar jurisprudencia, implica que el recurso de revisión no sea idóneo en el presente caso. En particular, no identifica qué aspectos de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia quedarían desprotegidos con la demora”, lo cual lleva a concluir que en dicha providencia, esta Corporación “(...) no determinó de qué manera la demora de dos años por parte del Consejo de Estado para seleccionar el proceso de la acción de grupo, que ya había sido finalmente escogido, en el presente caso impactaría el debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia, que fueron los derechos invocados por la empresa demandante. En esa medida, la Sentencia T-274 de 2012 contradice la jurisprudencia sobre la subsidiariedad de la acción de tutela, y en particular, la regla jurisprudencial según la cual la idoneidad del medio de defensa judicial principal debe analizarse en el caso concreto.”

En adición a lo anterior, la Sala Plena consideró que la nulidad de la Sentencia T-274 de 2012 no sólo era procedente por desconocimiento del precedente en materia de subsidiariedad, sino también resultaba violatoria del derecho fundamental al debido proceso. Lo anterior por cuanto se dejaron sin efecto, de una parte, la prueba pericial ordenada mediante Auto de octubre 22 de 2007 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura, y practicada por la contadora Rita Isabel Góngora Rosero y, de otra, los informes rendidos por la Secretaría de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle del Cauca. De igual manera, se resolvió ordenar una nueva práctica de pruebas once años después de ocurridos los hechos. Dicha circunstancia afectó la posibilidad real que tiene la comunidad negra del Río Anchicayá para que se valoren los perjuicios personales y ciertos, sufridos por ellos como consecuencia de los vertimientos llevados a cabo por la Empresa de Energía del Pacífico EPSA y por la Corporación del Valle del Cauca. Al respecto, en dicho Auto la Sala Plena sostuvo:

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

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

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

Con fundamento en las anteriores consideraciones, mediante Auto A-132 del 16 de abril de 2015, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió lo siguiente:

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

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

El 30 de abril de 2015, la apoderada de EPSA radicó en esta Corporación un memorial con el que se allegaron una serie de informes técnicos con el fin de ser tenidos en cuenta en el nuevo fallo que resuelva la acción de tutela interpuesta por dicha empresa. De manera somera, dichos informes contienen información sobre los siguientes temas: (i) los efectos de los sedimentos del embalse Río Anchicayá; (ii) estudios de calidad del agua en el Río Anchicayá; (iii) estimación de evacuación, transporte y dinámica de sedimentos y calidad del agua y sus afectaciones en Río Anchicayá; (iv) modelos matemáticos de transporte y dinámica de sedimentos y calidad del agua del embalse Bajo Anchicayá y del Río Anchicayá; (v) modelación del evento de apertura de compuertas en el embalse en el periodo julio – agosto de 2001; (vi) cuantificación del valor económico del supuesto daño ambiental por vertimientos de lodos en la Central Hidroeléctrica Anchicayá.

Así mismo, la apoderada de la empresa accionante solicitó que en la providencia de reemplazo se respetaran algunos acuerdos conciliatorios celebrados entre EPSA y algunas comunidades con anterioridad a la declaratoria de nulidad de la sentencia T-274 de 2012. Para sustentar su solicitud, se aportaron copias de dichos acuerdos, así como de la correspondiente aprobación por parte de la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Adicionalmente, el demandante sostuvo que el 13 de marzo de 2015, se consignó a órdenes del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos de la Defensoría del Pueblo, las sumas que se comprometió a pagar en dichos acuerdos. Cuando se estaban adelantando los trámites para que dicha entidad procediera a realizar los pagos respectivos a los beneficiarios, se tuvo conocimiento del comunicado de prensa No. 14 de 16 de abril de 2015 de la Corte Constitucional, por medio del cual se conoció la decisión de esta Corporación de declarar la nulidad de la sentencia T-274 de 2012. Por esta razón, la Defensoría decidió suspender dichos trámites, hasta que se conozca la nueva decisión de la Corte Constitucional.

E. Terminación del trámite del mecanismo eventual de Revisión ante el Consejo de Estado.

Estando en curso el trámite del incidente de nulidad, la Dra. Martha Clemencia Cediell de Peña, actuando como apoderada especial de EPSA, radicó un memorial con el que se allegó la providencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 24 de octubre de 2012, mediante la cual se decidió terminar el trámite de revisión de la acción de grupo, al considerar que “(...) *no hay lugar a continuar con el trámite de revisión, ya que ante la mencionada decisión de la Corte Constitucional (la sentencia T-274 de 2012), por sustracción de materia se hace imposible revisar un fallo jurídicamente inexistente, situación que impone dar por terminado el trámite y ordenar el archivo de la presente actuación.*”³⁷ -Paréntesis fuera del texto original de la providencia-

³⁷ Auto del 24 de octubre de 2012 proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado (Expediente T-2972159, Cuaderno del Incidente de Nulidad de la Sentencia T-274 de 2012, Folios 158-159)

F. Solicitud de nulidad de la sentencia T-274 de 2012 presentada por la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca –CVC-

Mediante escrito radicado en esta Corporación el 22 de mayo del presente año, la CVC solicitó declarar la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso de la referencia desde el auto admisorio de la acción de tutela en primera instancia, proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, hasta la Sentencia T-274 de 2012. A criterio de incidentante, aun cuando la acción de grupo se dirigió exclusivamente contra EPSA, y la CVC nunca fue vinculada al proceso de la acción de grupo, los jueces en primera y segunda instancia condenaron a dicha entidad al pago de un porcentaje de la indemnización de perjuicios en favor de los demandantes. Adicionalmente, el solicitante aduce que la CVC tampoco fue vinculada al proceso de la acción de tutela, aun cuando los efectos de dicha decisión afectan de manera directa sus intereses. Por lo anterior, alega que se le vulneraron los derechos al debido proceso y a la defensa.

Por medio de Auto número 347 del 19 de agosto de 2015, la Sala Plena de la Corte Constitucional negó la solicitud de nulidad por considerar que era improcedente. La Sala Plena sostuvo que hay pruebas fehacientes de que al solicitante le fue comunicado el proceso en instancia de revisión mediante su publicación en el diario El País el 11 de julio de 2011. Así mismo, existen pruebas que permiten establecer que la Sentencia T-274 también le fue notificada personalmente, conforme consta en el Oficio No. STA-882/2012, expedido el dieciocho de septiembre de 2012, por la Secretaría General de esta Corporación. En adición a lo anterior, en vista que la Sentencia T-274 fue anulada mediante Auto A-132 de 2015, se considera que dicha solicitud no es procedente.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas en el proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991. Por disposición del Auto A-132 del 16 de abril de 2015 proferido por esta Corporación se dispuso que el proceso de la referencia lo conocería la Sala Plena de la Corte Constitucional.

Asunto bajo revisión y problema jurídico

2. Como se mencionó en los antecedentes de esta providencia, la empresa accionante interpuso una acción de tutela dirigida contra el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura, al considerar que sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia fueron vulnerados por

dichos despachos. Lo anterior se debe a que la parte accionante estimó que la prueba con base en la cual se adoptó una decisión de fondo en el trámite de una acción de grupo no sólo fue indebidamente aportada como prueba anticipada, sino que carecía del rigor científico mínimo y no pudo ser controvertida.

3. La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 20 de mayo de 2010, decidió rechazar por improcedente el recurso de amparo al considerar que (i) aún no había sido resuelta la petición de revisión eventual que el Ministerio Público había formulado al Consejo de Estado y, (ii) no se encontró que existiera un perjuicio irremediable que justificara su procedencia como mecanismo transitorio.

4. Por medio de sentencia del 9 de diciembre de 2010, la Sección Quinta del Consejo de Estado, confirmó el fallo de primera instancia. El juez de segunda instancia consideró que la acción de tutela no resulta procedente para cuestionar decisiones judiciales, máxime cuando en el caso objeto de estudio EPSA contó con todas las oportunidades procesales para cuestionar el mencionado informe aportado al proceso.

5. De acuerdo con los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala Plena responder los siguientes problemas jurídicos:

¿Procede la acción de tutela para controvertir una decisión judicial por medio de la cual se decidió una acción de grupo, cuyo trámite de revisión eventual ante el Consejo de Estado no se ha resuelto?

¿Se configura un defecto fáctico capaz de vulnerar los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, cuando una decisión judicial se adopta con fundamento en un informe técnico, que fue decretado a título de prueba anticipada y posteriormente decretado como informe técnico dentro del proceso de una acción de grupo, y que no fue controvertido en su contenido por la contraparte en la respectiva instancia judicial?

6. Para resolver estos interrogantes, la Sala se pronunciará sobre los siguientes temas: (i) los requisitos generales y las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en el caso concreto; (ii) los presuntos efectos de la decisión a adoptar; (iii) la improcedencia de un pronunciamiento de fondo con respecto a los presuntos defectos fácticos alegados.

La tutela contra providencias judiciales

7. En la **Sentencia C-590 de 2005** (M.P. Jaime Córdoba Triviño), la Corte cambió de jurisprudencia en torno a la procedencia de la acción de tutela contra sentencias, dejó de utilizar los conceptos de vía de hecho judicial, y de aludir a cuatro tipos de defectos que la originarían, y se refirió a unos requisitos generales de procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, y a unas causales específicas con fundamento en las

cuales el juez de tutela puede dejar sin efecto las providencias de otros jueces, tal y como pasa a verse:

Requisitos generales y causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

8. La **Sentencia C-590 de 2005** sostuvo que para que sea procedente la acción de tutela contra providencias judiciales deben concurrir una serie de requisitos generales y presentarse al menos una de las causales específicas de procedencia. La Corte identificó los siguientes requisitos generales de procedencia para que sea procedente una acción de tutela contra providencias judiciales:

“24. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. ...

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 irremediable. ...

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez ...

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 actora. ...

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. ...

f. Que no se trate de sentencias de tutela. ...”

9. Por otro lado, retomando parcialmente la tipología de defectos utilizada hasta ese entonces en la jurisprudencia sobre vías de hecho judiciales, la Corte identificó una serie de causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Las enumeró y caracterizó en los siguientes términos:

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

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

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

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

d. *Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales 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 ...*

i. *Violación directa de la Constitución.”*

10. En consecuencia, para que proceda la acción de tutela contra una providencia judicial, el juez de tutela debe confirmar, además del cumplimiento de todos los requisitos generales, que se haya configurado al menos una de las anteriores causales o requisitos específicos de procedencia. De lo contrario, la tutela deberá ser considerada improcedente.

Una vez establecidos cuáles son los requisitos generales y las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, pasa la Corte a determinar si en el caso concreto se configuran todas las causales generales, y al menos una de las causales específicas. De lo contrario, la tutela deberá ser denegada por improcedente.

Configuración de los requisitos generales y específicos en el caso concreto

11. En el presente caso la acción de tutela se interpone por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, acaecida dentro de un proceso de una acción de grupo. Por lo demás, la presunta afectación del derecho al debido proceso está relacionada con dos garantías establecidas explícitamente en el artículo 29 de

la Constitución, que son la de controvertir pruebas y la garantía de que las mismas se obtengan sin violar el debido proceso. Al tratarse de la posible afectación de dos derechos constitucionales fundamentales, la presente acción resulta relevante desde el punto de vista constitucional.

12. Por otra parte, la acción de amparo objeto de estudio está dirigida en contra de las decisiones de instancia dentro de una acción de grupo, no en contra de una sentencia de tutela. Por lo cual, también desde este punto de vista cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

13. Así mismo, la tutela fue interpuesta el 8 de febrero de 2010, apenas cinco meses después de la sentencia de segunda instancia de la acción de grupo, que fue proferida el 7 de septiembre de 2009. Es decir, fue interpuesta dentro de un término razonable, por lo cual es necesario concluir que cumple el requisito de inmediatez, y en esa medida, cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela.

14. Adicionalmente, la parte demandante identificó de manera precisa los hechos y circunstancias que en su parecer produjeron la vulneración de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. Por lo tanto, la presente acción también cumple con el requisito de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

15. En suma, entonces, la empresa demandante cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en tanto el problema tiene relevancia constitucional, no se dirige contra una sentencia de tutela, cumple con el principio de inmediatez, e identifica los hechos generadores de la vulneración y los derechos vulnerados.

Resta saber si la empresa demandante agotó los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, o si existen medios de defensa judicial que no hayan sido agotados. De no haber sido agotados, la Corte debe evaluar si el medio de defensa judicial es idóneo y eficaz para proteger los derechos del demandante. De existir un medio de defensa judicial idóneo y eficaz, la Corte debe declarar la improcedencia de la presente acción de tutela.

Con todo, puede ocurrir que exista un medio de defensa judicial idóneo y eficaz para proteger los derechos del demandante, pero que proceda la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por lo tanto, es necesario que la Corte establezca también si en el presente caso los derechos fundamentales del demandante son susceptibles de sufrir un perjuicio irremediable que amerite conceder la tutela como mecanismo transitorio.

16. El inciso tercero del artículo 86 de la Carta Política dispone que la tutela *“solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”* Así mismo lo dispone el numeral primero del

artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, agregando que la idoneidad y eficacia del mecanismo judicial que pretende desplazar a la tutela debe apreciarse en concreto en cada caso. Para ello, la jurisprudencia ha establecido que es fundamental que el juez de tutela haga un análisis del objeto del mecanismo judicial, con el propósito de determinar si el juez de la causa puede proteger de manera eficaz e integral los derechos fundamentales invocados por el demandante de tutela. Si ello es así, la tutela resultará improcedente. Sin embargo, si a través del mecanismo que se presenta como principal no se pueden proteger los derechos fundamentales de manera integral, o si se pueden proteger integralmente, pero no de manera eficaz, la tutela es procedente como mecanismo definitivo.

17. Por otra parte, la tutela es procedente como mecanismo transitorio a pesar de que el mecanismo principal sea idóneo y eficaz, cuando los derechos fundamentales del demandante estén en riesgo inminente de sufrir un perjuicio irremediable. En esta hipótesis, la tutela resulta procedente para proveer una protección transitoria, mientras el juez competente adopta una decisión definitiva en el mecanismo judicial principal. Sin embargo, la tutela sólo procede como mecanismo transitorio cuando hay un riesgo inminente de que los derechos fundamentales del demandante sufran un perjuicio irremediable antes de que el juez adopte una decisión definitiva en el mecanismo principal.

18. Estas reglas generales en torno a la procedencia de la acción de tutela deben seguirse con especial rigor en los casos en que la tutela se dirija en contra de una providencia judicial. No sólo porque está de por medio un principio de carácter orgánico como la autonomía judicial, sino porque los procedimientos judiciales son el contexto natural para la realización de los derechos fundamentales de las personas, en especial si se trata de los derechos de acceso a la administración de justicia y del debido proceso. El juez de tutela no puede desconocer que los principios de legalidad y del juez natural componen una parte fundamental del contenido que se protege mediante los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

El derecho al debido proceso se realiza de manera primordial a través de las disposiciones legales que regulan el respectivo procedimiento, las disposiciones de carácter sustantivo que son aplicables para adoptar decisiones de fondo en el mismo, y las que definen la competencia de los jueces para adoptarlas. Carecería de sentido una protección de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, que en aras de proteger directamente las normas constitucionales, prescindiera de la regulación legal que le da el contenido básico a tales derechos dentro del respectivo proceso. Por tal motivo, el juez de tutela debe ser especialmente riguroso al aplicar el principio de subsidiariedad para determinar la procedencia de acciones de tutela contra providencias judiciales. De lo contrario se corre el riesgo de desarraigar el contexto natural en el que cobran pleno sentido la protección de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

19. En el presente caso, la empresa demandante cuenta con el mecanismo de revisión ante el Consejo de Estado, el cual, en principio, constituye una

expectativa porque su revisión es discrecional y una vez decidida su selección se convierte en un instrumento real e idóneo para la defensa de los derechos involucrados. Así lo reconoció esta Corporación en el **Auto 132 de 2015** (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) mediante el cual se declaró la nulidad de la **Sentencia T-274 de 2012** (M.P. Juan Carlos Henao) que había considerado que el mecanismo de revisión no era idóneo. Después de hacer un recuento del desarrollo legislativo del mecanismo y de la acción de revisión en diversas áreas del derecho, y de analizar lo que ha dicho la Corte en distintas oportunidades sobre la idoneidad de la revisión en distintas esferas, el auto en mención sostuvo que *“el mecanismo de revisión de las acciones de grupo y de las acciones populares, establecido en el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 estaría, al menos formalmente, incluido dentro de la hipótesis fáctica de improcedencia de la acción de tutela contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política.”*

20. Con todo, la Corte resalta que los demandantes cuentan con el mecanismo de manera formal, puesto que, como lo anotó la Sentencia T-274 de 2012, la **Sentencia C-713 de 2008** condicionó la exequibilidad del artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 a que se entendiera que *“en ningún caso”* la revisión impide que proceda la acción de tutela. Sin embargo, el Auto 132 de 2015 aclaró que este condicionamiento deja intacta la regla de procedencia subsidiaria de la acción de tutela. En primer lugar porque se trata de una regla constitucional que no es susceptible de modificarse a través de una ley estatutaria como la Ley 1285 de 2009, y tampoco mediante un condicionamiento a la exequibilidad de dicha ley. En segunda medida, porque la misma Sentencia C-713 de 2008 estableció que la acción de tutela es procedente contra la sentencia objeto de revisión, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la jurisprudencia constitucional. Al respecto dispuso:

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

21. Por lo tanto, al no haber sido alterada la regla de subsidiariedad en relación con la procedencia de la acción de tutela frente al mecanismo de revisión de las acciones de grupo, resta saber si éste es idóneo y eficaz en el caso concreto. Para ello es importante establecer cuál es el objetivo del mecanismo de revisión de las acciones de grupo, si su procedencia está sujeta a condiciones, términos o requisitos, si los mismos se cumplen el presente caso, y sí a través de dicho mecanismo pueden satisfacerse las pretensiones de los demandantes.

22. Conforme a lo establecido en el artículo 11 de la Ley 1285 de 2008, la selección de las sentencias y demás providencias que decidan la finalización o archivo de un proceso de acción de grupo para su revisión es discrecional, y no está sujeta a requisitos o condiciones especiales. Por otra parte, el objetivo del mecanismo de revisión fue definido de manera genérica por el Legislador estatutario como el de “*unificar la jurisprudencia*”. Al respecto, la norma mencionada, que adiciona un artículo 36A a la Ley 270 de 1996, dispone:

“Artículo 11. Apruébase 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.**’* (resaltado fuera de texto original)

23. De tal modo, por un lado el Consejo de Estado puede seleccionar la sentencia del Tribunal Contencioso en el presente caso sin que para ello sean exigibles requisitos particulares. Por el otro, tiene plena competencia para analizar todo lo atinente a las pruebas aportadas al proceso de la acción de grupo y a los argumentos que no pudieron esgrimir los demandantes en los alegatos de conclusión en la segunda instancia. Por lo tanto, en el presente caso resulta perfectamente viable satisfacer las pretensiones de la empresa demandante a través del mecanismo de revisión de la sentencia de la acción de grupo. Más aún, el caso ya fue seleccionado para su revisión por dicha entidad, mediante Auto del 28 de mayo de 2012. Por lo tanto, la revisión resulta ser un mecanismo judicial idóneo para proteger los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia que reclama la empresa demandante.

24. Ahora bien, faltaría establecer si la protección de los derechos fundamentales otorgada mediante el mecanismo de revisión resulta eficaz en el caso concreto. La Sentencia T-274 de 2012 sostuvo que el mecanismo de revisión no era eficaz por cuanto el Consejo de Estado se había demorado dos años en tomar una decisión con respecto a la selección. Sin embargo, en dicha oportunidad la Sala de revisión no analizó por qué esta demora hacía ineficaz la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados. La Sala Plena considera importante hacer un pronunciamiento al respecto.

25. Sin duda, la demora en resolver lo atinente a la selección puede, bajo determinadas circunstancias, constituir en sí misma una afectación de los derechos de acceso a la administración de justicia y al debido proceso. Sin

embargo, en la presente acción de tutela el demandante no solicitó la protección de su garantía a recibir pronta justicia. La empresa solicitó la protección de las garantías de legalidad y de contradicción de las pruebas aportadas al proceso. Tanto la legalidad de las pruebas como las oportunidades para su contradicción pueden ser garantizadas dentro de la revisión de la sentencia a cargo del Consejo de Estado, y el solo paso del tiempo no siempre incide sobre la efectividad de dichas garantías. Por ejemplo, el paso del tiempo no tiene incidencia sobre la decisión del juez acerca de si una determinada prueba fue debidamente aportada al proceso. Tampoco tiene incidencia en relación con la decisión acerca de si la prueba es pertinente. En esa medida, la demora de dos años en resolver la selección de una tutela para revisión no hace que sea menos eficaz la protección que provee el juez natural en el presente caso.

26. Podría alegarse que la afectación del debido proceso está íntimamente relacionada con la obligación que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca le impuso a la empresa demandante de pagar una indemnización a las comunidades negras del Río Anchicayá. Por lo tanto, la demora en decidir incide sobre el monto de los intereses que le corresponde pagar a la empresa. Más aun, podría alegarse que la demora podría incidir gravemente sobre el patrimonio de la empresa en la medida en que ésta pague la indemnización y posteriormente el Consejo de Estado decida que no hay lugar a una indemnización, o que ésta debe ser inferior a las sumas ya pagadas. La empresa podría verse en dificultades para recuperar tales sumas.

Sin embargo, aun cuando la posibilidad de afectación del patrimonio de la empresa es real, por sí misma no incide sobre ninguno de los derechos fundamentales que nuestra Constitución Política les reconoce a las personas jurídicas. Por otra parte, la posibilidad de que la demora en la revisión afecte patrimonialmente a la empresa no es de recibo en el presente caso, pues el pago de la indemnización reconocida por la sentencia del Tribunal no es actualmente exigible. Por lo tanto, la Corte concluye que el mecanismo de revisión es eficaz para proteger los derechos fundamentales de la empresa demandante.

27. En la medida en que el mecanismo de revisión es idóneo y eficaz para proteger los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la empresa en el presente caso, la Corte concluye que la acción de tutela es improcedente como mecanismo definitivo. Le corresponde entonces establecer si resulta procedente como mecanismo transitorio para efectos de prevenir un perjuicio irremediable.

28. Como se mencionó anteriormente, la tutela es procedente como mecanismo transitorio a pesar de que exista un mecanismo judicial de protección, idóneo y eficaz, cuando los derechos fundamentales del demandante estén frente a un riesgo de sufrir un perjuicio irremediable. Para ello es necesario acreditar que se trata de un perjuicio de un perjuicio inminente, cierto, grave, evidente irreparable y urgente. Así lo ha sostenido la Corte en su jurisprudencia. Al respecto, la **Sentencia T-922 de 2002** (Rodrigo

Escobar Gil), reiterando los requisitos establecidos en una sentencia anterior, afirmó:

“Para establecer la irremediabilidad del perjuicio, se requiere que concurren los siguientes elementos estructurales, a saber: ‘la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término ‘amenaza’ es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral...’ (Sentencia T- 225/93.M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).”

Así mismo, en la Sentencia esta Corporación en **Sentencia T-1225 de 2003** (M.P. Manuel José Cepeda), sostuvo:

“Adicionalmente, en caso de que el medio judicial sí fuere eficaz e idóneo, el juez de tutela ha de estudiar si procede la acción de tutela como mecanismo transitorio, lo cual a su vez exige la presencia de un perjuicio irremediable. Éste se caracteriza por ser un daño inminente, cierto, evidente, de tal naturaleza “que de ocurrir no existiría forma de reparar el daño”, y de tal magnitud que hiciere impostergable la tutela.”

De conformidad con el criterio establecido por esta Corporación desde las **Sentencias T-225 de 1993** (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), y **C-531 de 1993** (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-922 de 2002, y T-1225 de 2003, para que el juez conceda la tutela como mecanismo transitorio, es necesario que en el expediente existan pruebas que acrediten el demandante se encuentra en riesgo de sufrir un perjuicio. Más aun, debe estar probado que el perjuicio es actual e inminente, es decir, que su ocurrencia sea altamente probable.³⁸ Esto significa que en el expediente deben existir pruebas que demuestren dicha probabilidad.

29. En el presente caso, la empresa demandante no solicitó la protección transitoria de sus derechos fundamentales, sino que interpuso la acción como mecanismo definitivo. En esa medida, no aportó pruebas que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para poder otorgar la protección por vía de tutela en tales casos. Por otra parte, la Corte no observa que existan pruebas dentro del expediente que acrediten que en el

³⁸ En este sentido, ver también las Sentencia T-1316 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes) y T-081 de 2013 (María Victoria Calle Correa).

presente caso se cumplen los elementos exigidos por la jurisprudencia constitucional para conceder de oficio la protección transitoria de tales derechos. Al respecto, es importante reiterar que la jurisprudencia de la Corte ha exigido que los demandantes acrediten la existencia de un perjuicio irremediable para poder conceder la acción de tutela como mecanismo transitorio. Al respecto, ha dicho esta Corporación:

“Sea lo primero señalar, que esta Corporación ha aceptado la posibilidad de dar trámite a una petición de tutela como mecanismo transitorio, siempre que, por una parte, se acredite que es inminente un perjuicio irremediable para el derecho fundamental; y, por otra, que existe otro mecanismo de defensa judicial al que puede acudir para decidir, con carácter definitivo, la controversia planteada en sede de tutela.” (resaltado fuera de texto original) Sentencia T-136 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

En esa medida, ante la ausencia de pruebas no es posible concluir que los derechos fundamentales del demandante están frente a un riesgo inminente de sufrir un perjuicio irremediable. Por lo tanto, ante la inexistencia de un riesgo inminente de que se cause un perjuicio irremediable para los derechos fundamentales de la empresa demandante, tampoco resulta procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio.

De lo anterior es necesario concluir que la acción de tutela no resulta procedente en el presente caso ni como mecanismo definitivo, ni como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por lo tanto, conforme a lo anterior, la Corte Constitucional denegará la acción de tutela interpuesta por EPSA E.S.P.

Efectos de la decisión

30. Como se relató en los antecedentes de la presente sentencia, la apoderada de la empresa demandante solicitó a esta Corporación que declare que la nulidad de la Sentencia T-274 de 2012 fue *ex – nunc*, y no *ex – tunc*, puesto que la empresa ha efectuado conciliaciones con algunos de los consejos comunitarios menores del Río Anchicayá con posterioridad a dicha sentencia. Sin embargo, aparte de salvaguardar estas conciliaciones, la apoderada no ofreció un fundamento jurídico por el cual la Corte deba declarar hoy que la declaratoria de nulidad de la Sentencia debe apartarse del principio general según el cual la declaración de nulidad retrotrae las cosas al estado anterior a que se dictara la providencia, o el acto jurídico que fue anulado.

En ausencia de un principio de razón suficiente que justifique por qué la Corte debe ahora apartarse del principio general según el cual la declaración de nulidad debe producir efectos *ex – tunc*, no puede esta Corporación alterar los efectos *ex – nunc* que en principio tiene toda declaratoria de nulidad de los actos jurídicos.

31. Por el contrario, la Corte observa que el presente caso había sido seleccionado por la Sección Tercera del Consejo de Estado para que se surtiera la revisión de la sentencia de segunda instancia en la acción de grupo. Sin embargo, el expediente respectivo fue archivado por el Consejo de Estado como consecuencia, precisamente, de que la Sala de Revisión profirió la sentencia T-274 de 2012, y de que dicha sentencia anuló la Sentencia de segunda instancia de la acción de grupo. Así mismo, la Corte no puede desconocer que uno de los fundamentos principales de la anulación de dicha sentencia fue la improcedencia de la acción de tutela ante la existencia de otro medio de defensa judicial. En esa medida, la declaratoria de efectos *ex – tunc* del Auto le permite a la Corte retrotraer los efectos de su decisión para garantizar que el demandante tenga la oportunidad de que la sentencia de segunda instancia pueda ser objeto de revisión por parte del Consejo de Estado.

En virtud de todo lo anterior, la Corte denegará la acción de tutela interpuesta por la Empresa de Energía del Pacífico, EPSA E.S.P., en contra del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y del Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Buenaventura. Sin embargo, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la Sentencia T-274 de 2012, le ordenará al Consejo de Estado anular el Auto del 24 de octubre de 2012 proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante el cual archivó el expediente en la revisión de la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, y en consecuencia continuar con el mecanismo de revisión en el presente caso.

III. DECISIÓN

Con base en las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

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

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2010, por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que a su vez confirmó la del 20 de mayo de 2010, de la Sección Cuarta del Consejo de Estado; que había denegado la acción de tutela interpuesta por la Empresa de Energía del Pacífico, EPSA E.S.P., en contra del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y del Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Buenaventura.

TERCERO.- ORDENAR a la Sección Tercera del Consejo de Estado anular el Auto del 24 de octubre de 2012, proferido por dicha sección mediante el cual archivó el expediente de la acción de grupo 2002-04564-01, en la revisión de la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. En consecuencia, continuar con el proceso en el presente caso.

CUARTO.- ORDENAR al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca la devolución del expediente de la acción de grupo 2002-04564-01 a la Sección Tercera del Consejo de Estado, para efectos de darle cumplimiento a la orden contenida en la presente providencia, dentro de los precisos términos establecidos en la Ley 472 de 1998.

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta (E)
Con aclaración de voto

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
Magistrada (E)

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ
Magistrado
Con aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado
Ausente con permiso

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado
Ausente con excusa

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General