



1440  
149

**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN CUARTA**

**CONSEJERA PONENTE: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO**

**Bogotá D.C., doce (12) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)**

**Referencia:** ACCIÓN DE TUTELA  
**Radicación:** 11001-03-15-000-2019-03434-00  
**Demandante:** CONCESIONARIA VIAL UNIÓN DEL SUR S.A.S.  
**Demandado:** TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO

**Temas:** Tutela contra providencia judicial. Defectos por desconocimiento del precedente judicial, violación directa de la Constitución, procedimental absoluto y sustantivo. Acción popular. Requisito previo para solicitar la protección y derechos colectivos consagrado en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011

**SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

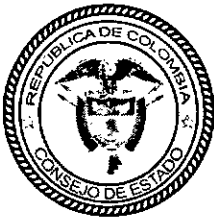
La Sección Cuarta del Consejo de Estado procede a decidir la solicitud de tutela promovida por Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S., mediante su representante legal, contra el Tribunal Administrativo de Nariño, al considerar vulnerado el derecho fundamental al debido proceso, así como el principio de seguridad jurídica, en razón a que la autoridad judicial accionada lo vinculó a la acción popular que adelanta con el fin de proteger los derechos colectivos supuestamente vulnerados por la contaminación del río Guátara, el humedal El Totoral, la quebrada La Ruidosa, en el sector del Primero de Mayo en el municipio de Ipiales.

**I. ANTECEDENTES**

**1. Hechos**

De la lectura de los expedientes de tutela y ordinario, se observan los siguientes hechos relevantes:

El señor Omar Armando Benavides Cerón interpuso acción popular en contra del municipio de Ipiales, la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios Empoobando E.S.P., la Corporación Autónoma Regional de Nariño (Corponariño), el departamento de Nariño, los ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de Hacienda y Crédito Público y de Vivienda, Ciudad y Territorio, por la presunta contaminación que sufre el río Guátara, el humedal El Totoral, la quebrada La Ruidosa, en el sector del Primero de Mayo en el municipio de Ipiales, lo que vulnera los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, la moralidad administrativa, el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, la defensa del patrimonio público, la seguridad y salubridad públicas, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y



oportuna, la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

El Tribunal Administrativo de Nariño en auto de 6 de diciembre de 2017, admitió la demanda y ordenó notificar a cada una de las entidades contra la cual se interpuso la acción popular. Posteriormente, en proveído de 23 de febrero de 2018, convocó a las partes para desarrollar la audiencia especial de pacto de cumplimiento establecida en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998.

El 5 de junio de 2019, en desarrollo de la mencionada audiencia, el Tribunal Administrativo de Nariño vinculó a la Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S, bajo el argumento de que *“es la encargada de la financiación, realización de los estudios y diseños definitivos, la gestión social, ambiental y predial, así como la construcción mejoramiento y la operación y mantenimiento del corredor vial comprendido entre Rumichaca – Pasto; y para tal efecto, los municipios de influencias son: Ipiales, Contadero, Iles, Imués, Yacuanquer, Tangua y Pasto”*<sup>1</sup>, con sustento en el artículo 18 de la Ley 472 de 1998, que permite al juez de primera instancia vincular a las entidades que considere tener relación con los derechos colectivos que se pretendan proteger. Igualmente, vinculó a la Policía Nacional, Protección Ambiental y Ecológica y el Instituto Departamental de Salud de Nariño.

Contra la anterior decisión, la concesionaria accionante interpuso recurso de reposición. El Tribunal Administrativo de Nariño en auto de 8 de julio de 2019, no repuso la providencia, bajo el argumento de que la acción popular se rige por una norma especial que es la Ley 472 de 1998, por lo que aplicar lo dispuesto en los artículos 144 y 161 de la Ley 1437 de 2011, vulnera los principios de acceso a la administración de justicia y prevalencia del derecho sustancial, más aun cuando la vinculación del consorcio se realizó en el trámite de la audiencia especial de pacto de cumplimiento, situación no contemplada en dicha ley.

## 2. Fundamentos de la acción

La demandante afirmó que la autoridad judicial demandada vulneró el derecho fundamental al debido proceso, toda vez que en la providencia atacada incurrió en los siguientes defectos:

i) **Desconocimiento del precedente judicial**, pues la Sección Primera del Consejo de Estado ha afirmado que el requisito del artículo 144 de la Ley 1437 es de ineludible cumplimiento, para lo cual trajo a colación las siguientes providencias:

- Auto de 5 de mayo de 2016, proferido dentro del proceso de acción popular con radicado N° 05001-23-33-000-2014-01613-01.
- Auto de 5 de septiembre de 2013, dictado dentro del expediente N° 25000-23-41-000-2013-00358-01.
- Sentencia de 13 de julio de 2017, proferido en el proceso N° 25000-23-41-000-2016-02092-01.
- Proveído de 17 de noviembre de 2017, que se dictó en el proceso N° 25000-23-41-000-2016-01350-01.

<sup>1</sup> Folio 1270 y 1271 del cuaderno N° 7 del expediente de la acción popular.



- Auto de 26 de abril de 2018, dictado por la Sección Primera del Consejo de Estado dentro del expediente N° 66001-23-33-000-2016-00372-01.
- Providencia de 9 de julio de 2018, proferido en el curso del proceso con radicado N° 88001-23-33-000-2016-00062-02.
- Decisión de 3 de diciembre de 2018, que se dictó en el expediente correspondiente a la acción popular N° 25000-23-41-000-2017-02009-01.
- Auto de 14 de marzo de 2019, dictado en el proceso con radicado N° 50001-23-33-000-2018-00275-01.

ii) **Violación directa de la Constitución**, pues en su sentir, las razones expuestas por la autoridad judicial accionada no son de recibo en un Estado de Derecho en el que los jueces y demás autoridades deben ceñirse al principio de legalidad.

iii) **Procedimental absoluto**, toda vez que el tribunal demandado actuó al margen del procedimiento establecido en los artículos 144 y 161 numeral 4 de la Ley 1437 de 2011.

iv) **Sustantivo**, en razón a que violó la norma que establece un requisito previo antes de interponer la acción popular.

### 3. Pretensiones

La accionante formuló las siguientes pretensiones:

*“Primero: Sea amparado el derecho fundamental al debido proceso de la Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S., consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, que ha sido transgredido por el Tribunal Administrativo de Nariño-Despacho del magistrado (...), por la expedición de las providencias de 5 de junio y 8 de julio de 2019, proferidas dentro del expediente de la acción popular 2017-0639.*

*Segundo: Como consecuencia de lo anterior, se ordene al Tribunal Administrativo de Nariño – Despacho de Magistrado (...), atienda el carácter vinculante del precedente judicial del Consejo de Estado vertido en cuanto al cumplimiento de la reclamación previa, señalada en el numeral 3° del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011.*

*Tercero: Por lo anterior, se ordene al Tribunal Administrativo de Nariño – Despacho del Magistrado (...), dejar sin efectos el auto de 5 de junio de 2019, mediante el cual se ordenó la vinculación de la Concesionaria Vial Unión del Sur, así como la providencia dictada el 8 de julio de 2019, que negó la reposición y mantuvo en firme la anterior decisión.*

*En su lugar, solicito se ordene al Tribunal Administrativo de Nariño-Despacho del Magistrado (...) la desvinculación de la sociedad que represento, por la falta de cumplimiento de la reclamación previa, como requisito de procedibilidad, consagrada en el inciso 3° del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011<sup>2</sup>.*

### 4. Pruebas relevantes

La actora aportó los siguientes documentos:

- Copia del auto de 5 de junio de 2019, proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño, en el trámite de la demanda de acción popular que interpuso el señor Omar Armando Benavides Cerón, en el que se vinculó a la Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S. durante el trámite de la audiencia de pacto de cumplimiento.

<sup>2</sup> Folios 1 y 2 del cuaderno de tutela.



- Copia del proveído de 8 de julio de 2019, dictado por el mismo tribunal en el que se resolvió no recurrir la anterior providencia.

## 5. Trámite procesal

En auto de 31 de julio de 2019, el despacho admitió la demanda y ordenó notificar a la demandante y a la autoridad judicial demandada. Igualmente, a la la Nación - Ministerio de Ambiente, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, Grupos de Protección Ambiental y Ecológica, a la Defensoría del Pueblo, Regional Nariño, al departamento de Nariño, al Instituto Departamental de Salud de Nariño, a la Corporación Autónoma Regional de Nariño (Corponariño), al municipio de Ipiales, a la Empresa de Obras Sanitarias de la Provincia de Obando Empoobando E.S.P., al señor Omar Armando Benavides Cerón y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, como tercero con interés<sup>3</sup>.

La Secretaría General de esta Corporación libró los oficios 79810 a 79825, todos de 8 de agosto de 2019, a fin de darle cumplimiento a la referida decisión.

## 6. Oposición

### 6.1. Respuesta del Tribunal Administrativo de Nariño

En correo electrónico de 12 de agosto de 2019, el magistrado ponente informó que las providencias dictadas dentro del proceso de la acción popular obedecieron a los criterios que tuvo el tribunal para dar el respectivo trámite legal para la vinculación de la concesionaria accionante, para lo cual observó las normas sustanciales y procesales, sin que se pueda afirmar que incurrió en violación de los derechos fundamentales de la accionante, sino de una inconformidad frente a las providencias que fueron adversas.

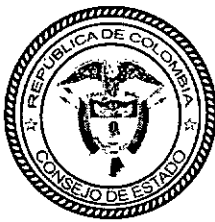
Luego de hacer un relato de las actuaciones, entre las que sobresalen la admisión de la acción popular y la fijación de fecha para adelantar la audiencia especial de pacto de cumplimiento. Asimismo, informó que al desarrollarse la mencionada audiencia las partes optaron por adelantarla mediante la figura de mesas de estudio o trabajo.

Agregó que las mesas de trabajo se suspendieron, en razón de la solicitud de vinculación de unos municipios elevadas por el demandante, para lo cual se adelantó el respectivo trámite, como el traslado para la contestación de las entidades territoriales.

Indicó que al reanudarse la mencionada mesa el actor popular, la Defensoría del Pueblo, Regional Nariño y el municipio de Tangua solicitaron la vinculación del municipio de Pasto, la Concesión Unión Vial del Sur, Policía Nacional y el Instituto Departamental de Salud de Nariño. Por consiguiente, relató que fue suspendida la audiencia de pacto de cumplimiento y en auto de 5 de junio de 2019, se vincularon a las mencionadas entidades con sustento en el artículo 28 de la Ley 472 de 1998.

Indicó que contra el proveído de 5 de junio de 2019, la concesión accionante interpuso recurso de reposición bajo el argumento de que no cuenta con i) legitimación en la causa por pasiva, pues no tiene ningún vínculo legal, ni

<sup>3</sup> Folios 84 a 85 del cuaderno de tutela.



151

contractual con la conservación del humedal El Totoral, la quebrada la Ruidosa y el río Guáitara, ii) no se agotó el requisito de la reclamación previa del artículo 144 y 161 de la Ley 1437 de 2011 y iii) la falta de competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, toda vez que el consorcio es una sociedad particular, con capital eminente privado, que no cumple función administrativa.

Señaló que en auto de 8 de julio de 2019, resolvió desfavorablemente el recurso, pues frente a la legitimación indicó que es un asunto que se debe resolver al dictar la sentencia. Además, resaltó que los artículos 144 a 166 de la Ley 1437 de 2011, no son aplicables a las acciones populares, en tanto la regulación de dicha acción de naturaleza constitucional está contenida en una norma especial que es la Ley 472 de 1998 y, frente al argumento de la falta de competencia, manifestó que en virtud del fuero de atracción el proceso lo conoce la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, toda vez que se demandaron varias entidades de naturaleza pública, sin desconocer que la sociedad es de naturaleza particular.

Por otra parte, sostuvo que se dictó una providencia vinculando a la concesión, en razón a que tenía algún grado o presunta responsabilidad del hecho u omisión que genera la contaminación ecológica que sufre el río Guáitara.

Afirmó que en el proceso se pudo observar que la accionante tiene a cargo la construcción, mejoramiento y la operación y mantenimiento del corredor vial comprendido entre Rumichaca – Pasto, dentro del cual se ven entronizados diferentes municipios de influencia, y que pueden generar aplicaciones y deterioro ambiental con destino al río Guáitara.

Indicó que el debate planteado por la demandante ya fue objeto de estudio y análisis en la acción popular, en la que se dio aplicación de la Ley 472 de 1998 como disposición especial para el trámite y decisión de las pretensiones de contenido constitucional, lo cual permitió vincular a la Concesionaria Vial Unión del SUR S.A.S.

Por último, aseguró que no se puede afirmar que se le ha vulnerado los derechos fundamentales de la actora, cuando las decisiones atacadas se profirieron con apego a la Constitución y la Ley.

## **6.2. Respuesta de la Policía Nacional**

En escrito de 12 de agosto de 2019, el secretario general pidió que se negaran las pretensiones de la acción de tutela, en razón a su improcedencia, toda vez que no se cumplió el requisito de subsidiariedad, en tanto el proceso se encuentra en trámite y que no se probó que exista un perjuicio irremediable que habilite la solicitud de amparo como mecanismo transitorio.

## **6.3. Respuesta de la Defensoría del Pueblo, Regional Nariño**

En memorial remitido por correo electrónico de 12 de agosto de 2019, la defensora del Pueblo de la Regional Nariño solicitó que se declare la improcedencia de la acción de tutela, toda vez que se configuró la falta de legitimación en la causa por pasiva y, además, porque dicho organismo no ha vulnerado el derecho fundamental al debido proceso invocado por la accionante, pues los fundamentos hacen relación con las decisiones proferidas por el Tribunal Administrativo de Nariño.



Agregó que la actora fue vinculada al trámite de la acción popular en cumplimiento del artículo 18 de la Ley 472 de 1998, pues el fallo de fondo que ponga fin al proceso puede de alguna manera afectar a la Concesionaria Unión Vial del Sur, teniendo en cuenta que está ejecutando una obra pública que posiblemente pueda vulnerar los derechos e intereses colectivos invocados en la acción popular, toda vez que en varios tramos donde se ejecuta la obra es aledaña al río Guáitara.

Por último, manifestó que en el presente caso no se cumple con los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

#### **6.4. Respuesta del Instituto Departamental de Salud de Nariño**

En correo electrónico de 12 de agosto de 2019, el director y representante legal informó que la entidad no es la autoridad responsable del vertimiento de aguas pluviales, negras y residuales que el actor aduce se están vertiendo en el río Guáitara, pues para ello Corponariño ha sido designada por la ley como la encargada de control ambiental en la región y, en tal sentido, le compete realizar las acciones pertinentes para garantizar la conservación de un medio ambiente sano.

Afirmó que de acuerdo con el Decreto 1575 de 2007, se dispuso que la función del Instituto giraba alrededor del control de agua de consumo humano, certificando la idoneidad de la misma, cuando así sea requerido.

Indicó que frente a las pretensiones de la acción de tutela, considera prudente mantener la vinculación de la concesionaria actora, pues en el desarrollo del objeto social de la concesionaria podría estar afectando la salubridad pública e los municipios aledaños al río Guáitara, lo cual es motivo de estudio en la acción popular.

Sostuvo que es probable la existencia de un nexo causal entre las actividades desarrolladas por la accionante y los daños que presuntamente se presentan con ocasión del vertimiento de aguas residuales, pluviales y negras en el río Guáitara, razón por la cual es razonada la vinculación que realizó el tribunal demandado.

Finalmente, manifestó que en lo relacionado con falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por la concesión en el trámite de la acción popular, esta podrá ser resuelta durante el proceso dependiendo de las pruebas que se alleguen.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. Competencia**

De conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política, 29 del Decreto 2591 de 1991 y 13 del Reglamento Interno (Acuerdo 080 de 2019), la Sección Cuarta del Consejo de Estado es competente para decidir el asunto objeto de estudio.

### **2. Delimitación y planteamiento del problema jurídico**

2.1. En el escrito de tutela se observa que la accionante alegó los defectos por desconocimiento del precedente judicial, violación directa de Constitución,



152

procedimental absoluto y sustantivo, para los cuales expuso sus argumentos. Sin embargo, frente a los tres últimos se observa que la argumentación se orienta a indicar que las providencias judiciales objeto de tacha efectuaron una indebida o errada aplicación de la Ley 472 de 1998, lo cual se encuadra en el defecto sustantivo o material, razón por la cual el problema jurídico se estructurará con base en este último. De igual modo, se estudiará el desconocimiento del precedente judicial alegado.

2.2. La Sala debe establecer si las providencias de 5 de junio y 8 de julio de 2019, dictadas por el Tribunal Administrativo de Nariño incurrieron en los siguientes defectos:

- i) **Sustantivo**, pues en su sentir de la actora, las razones expuestas por la autoridad judicial accionada no son de recibo en un Estado de Derecho en que los jueces y demás autoridades deben ceñirse al principio de legalidad, pues el tribunal demandado actuó al margen del procedimiento establecido en el artículo 161, numeral 4 de la Ley 1437 de 2011, por lo que se violó la norma que establece un requisito previo consistente en solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado, antes de interponer la acción popular.
- ii) **Desconocimiento del precedente judicial**, toda vez que la Sección Primera del Consejo de Estado ha afirmado que el requisito del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, es de ineludible cumplimiento, para lo cual trajo a colación las siguientes providencias:
  - Auto de 5 de mayo de 2016, proferido dentro del proceso de acción popular con radicado N° 05001-23-33-000-2014-01613-01.
  - Auto de 5 de septiembre de 2013, dictado dentro del expediente N° 25000-23-41-000-2013-00358-01.
  - Sentencia de 13 de julio de 2017, proferido en el proceso N° 25000-23-41-000-2016-02092-01.
  - Proveído de 17 de noviembre de 2017, que se dictó en el proceso N° 25000-23-41-000-2016-01350-01.
  - Auto de 26 de abril de 2018, dictado por la Sección Primera del Consejo de Estado dentro del expediente N° 66001-23-33-000-2016-00372-01.
  - Providencia de 9 de julio de 2018, proferido en el curso del proceso con radicado N° 88001-23-33-000-2016-00062-02.
  - Decisión de 3 de diciembre de 2018, que se dictó en el expediente correspondiente a la acción popular N° 25000-23-41-000-2017-02009-01.
  - Auto de 14 de marzo de 2019, dictado en el proceso con radicado N° 50001-23-33-000-2018-00275-01.

### 3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

El artículo 86 de la Constitución Política señala que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, "cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública", mandato que materializa las



obligaciones internacionales contenidas en los artículos 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>4</sup> y 2.3 literal a) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos<sup>5</sup>, instrumentos que hacen parte de la legislación interna en virtud del bloque de constitucionalidad (art. 93 de la Carta).

Esta Corporación judicial en la sentencia de unificación emanada de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 31 de julio de 2012<sup>6</sup>, acogió la tesis de admitir la procedencia excepcionalísima de la solicitud de tutela contra providencias judiciales, cuando se advierta una manifiesta vulneración *iusfundamental*.

Más adelante, la misma Sala en sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014<sup>7</sup>, precisó el ámbito de aplicación de la acción de tutela contra providencias judiciales, lo que llevó a concluir que su procedencia se debe predicar, también, respecto “*de sus máximos tribunales*”, en tanto se trata de *autoridades públicas* que “*pueden eventualmente vulnerar los derechos fundamentales de personas*”. En la misma decisión, el Consejo de Estado acogió las condiciones de aplicación que sistematizó la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005<sup>8</sup>.

Los requisitos generales de procedencia que deben ser verificados, son: **(i)** Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; **(ii)** Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada; **(iii)** Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración (...); **(iv)** 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 (...); **(v)** 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 (...) y **(vi)** Que no se trate de sentencias de tutela.

Ahora bien, los requisitos específicos de procedencia que ha precisado la jurisprudencia constitucional en la misma sentencia C-590 de 2005, son los siguientes: **(i)** Defecto orgánico<sup>9</sup>; **(ii)** Defecto procedimental absoluto<sup>10</sup>; **(iii)** Defecto fáctico<sup>11</sup>; **(iv)** Defecto material o sustantivo<sup>12</sup>; **(v)** Error inducido<sup>13</sup>; **(vi)** Decisión sin motivación<sup>14</sup>; **(vii)** Desconocimiento del precedente<sup>15</sup> y **(viii)** Violación

<sup>4</sup> Aprobada por medio de la Ley 16 de 1972.

<sup>5</sup> Aprobado por medio de la Ley 74 de 1968.

<sup>6</sup> Expediente N° 2009-01328-01, C. P. María Elizabeth García González.

<sup>7</sup> Expediente N° 2012-02201-01, C. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

<sup>8</sup> M. P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>9</sup> Se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

<sup>10</sup> Que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

<sup>11</sup> Que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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.





directa de la Constitución.

Al juez de tutela le corresponde verificar el cumplimiento estricto de todos los requisitos generales de procedencia, de tal modo que una vez superado ese examen formal pueda constatar si se configura, por lo menos, uno de los defectos arriba mencionados, siempre y cuando, en principio, hayan sido alegados por el interesado. Estos presupuestos han sido acogidos en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo<sup>16</sup> y de la Corte Constitucional<sup>17</sup>.

En definitiva, la acción de tutela contra providencias judiciales, como mecanismo excepcional, se justifica en el carácter prevalente que se debe dar a la cosa juzgada y a los principios constitucionales de autonomía e independencia del juez natural, atributos que debe tener en consideración el juez constitucional al momento de estudiar la constitucionalidad de cualquier fallo.

#### 4. Estudio y solución del caso concreto

##### 4.1. Verificación de los requisitos generales de procedencia

El caso bajo estudio, ha superado los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, en tanto (i) goza de relevancia constitucional en la medida en que debe decidirse si con las providencias dictadas por el Tribunal Administrativo de Nariño, vulneró el derecho fundamental al debido proceso, cuya protección se invoca; (ii) dentro del proceso ordinario se agotó el recurso de reposición contra la decisión que vinculó a la concesión accionante, por lo que no cuenta con otro medio de defensa judicial, razón por la cual la actora acude a la acción de amparo; (iii) la última providencia cuestionada se dictó el 8 de julio de 2019, la cual se notificó por estado de 12 del mismo mes y año. La solicitud de amparo se presentó el 26 de julio de 2019, transcurridos **diecisiete (17) días después** de su notificación, por lo que se interpuso dentro de un término razonable<sup>18</sup>, el cual ha sido considerado, igualmente, por la Corte Constitucional<sup>19</sup>; (iv) los hechos y las pretensiones fueron desarrollados de forma clara, de tal manera que se puede determinar el debate jurídico y, por último, (v) la acción de tutela no es contra un fallo de la misma naturaleza.

Cumplidos los requisitos genéricos de procedencia de la solicitud de amparo, procede la Sala a efectuar el estudio de fondo.

<sup>15</sup> Se presenta cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

<sup>16</sup> Cfr., Sentencia del 7 de diciembre de 2016, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto (exp. 2016 00134-01), Sentencia del 7 de diciembre de 2016, C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio (exp. N° 2016-02213-01), Sentencia del 24 de noviembre de 2016, C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (exp. N° 2016-02568-01, Sentencia del 27 de noviembre de 2016, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés, entre otras.

<sup>17</sup> Cfr., Sentencias SU-556 de 2016, M. P. María Victoria Calle Correa, SU-542 de 2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, SU-490 de 2016, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SU-659 de 2015, M. P. Alberto Rojas Ríos y SU-874 de 2014, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez, entre otras.

<sup>18</sup> Expediente: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A. Demandado: Consejo de Estado, Sección Primera. M.P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

<sup>19</sup> Sentencia T-031 de 2016. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.



#### **4.2. La autoridad judicial accionada no incurrió en los defectos sustantivo ni en desconocimiento del precedente judicial alegados por la accionante**

4.2.1. La demandante afirmó que la autoridad judicial demandada vulneró el derecho fundamental al debido proceso, toda vez que en la providencia atacada incurrió en los siguientes defectos:

- i) Sustantivo, pues en su sentir, las razones expuestas por la autoridad judicial accionada no son de recibo en un Estado de Derecho en el que los jueces y demás autoridades deben ceñirse al principio de legalidad. Además, sostuvo que el tribunal demandado actuó al margen del procedimiento establecido en los artículos 144 y 161 numeral 4 de la Ley 1437 de 2011, por lo que violó la norma que establece un requisito previo antes de interponer la acción popular.
- ii) Desconocimiento del precedente judicial, pues la Sección Primera del Consejo de Estado ha afirmado que el requisito del artículo 144 de la Ley 1437 es de ineludible cumplimiento, para lo cual trae a colación las siguientes providencias:
  - Auto de 5 de mayo de 2016, proferido dentro del proceso de acción popular con radicado N° 05001-23-33-000-2014-01613-01.
  - Auto de 5 de septiembre de 2013, dictado dentro del expediente N° 25000-23-41-000-2013-00358-01.
  - Sentencia de 13 de julio de 2017, proferido en el proceso N° 25000-23-41-000-2016-02092-01.
  - Proveído de 17 de noviembre de 2017, que se dictó en el proceso N° 25000-23-41-000-2016-01350-01.
  - Auto de 26 de abril de 2018, dictado por la Sección Primera del Consejo de Estado dentro del expediente N° 66001-23-33-000-2016-00372-01.
  - Providencia de 9 de julio de 2018, proferido en el curso del proceso con radicado N° 88001-23-33-000-2016-00062-02.
  - Decisión de 3 de diciembre de 2018, que se dictó en el expediente correspondiente a la acción popular N° 25000-23-41-000-2017-02009-01.
  - Auto de 14 de marzo de 2019, dictado en el proceso con radicado N° 50001-23-33-000-2018-00275-01.

4.2.2. La Corte Constitucional ha sostenido que la indebida aplicación de las normas también es una modalidad del defecto sustantivo y que ocurre cuando, a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final que se hace de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente lesiva de los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada)<sup>20</sup>.

4.2.2.1. Descendiendo al *sub examine*, se observa que la sociedad demandante considera que le vulneraron sus derechos fundamentales alegados, bajo el argumento de que se vinculó a la acción popular que instauró el señor Omar Armando Benavides Cerón contra del municipio Ipiales, la Empresa de Servicios

<sup>20</sup> Ver sentencias T-125 de 2012, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y SU-424 de 2016, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.



154  
\$

Públicos Domiciliarios Empoobando E.S.P., Corporación Autónoma Regional de Nariño (Corponariño), el departamento de Nariño, los ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de Hacienda y Crédito Público y de Vivienda, Ciudad y Territorio, por la presunta contaminación que sufre el río Guáitara, el humedal El Totoral, la quebrada La Ruidosa, en el sector del Primero de Mayo del municipio de Ipiales, sin cumplir con el requisito previo establecido en los artículos 144 y 161 de la Ley 1437 de 2011.

En efecto, al interponerse la demanda popular y al admitirse en auto de 6 de diciembre de 2017, se vincularon, en un principio, al municipio de Ipiales, Empoobando E.S.P., Corponariño, a la Gobernación de Nariño, Plan Departamental de Aguas, a los Ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de Hacienda y Crédito Público y de Vivienda, Ciudad y Territorio, pues del escrito presentado por la parte actora se consideraban que estas eran las responsables de mitigar el daño que se le estaban ocasionando en los cuerpos de aguas denominados río Guáitara, el humedal El Totoral y la quebrada La Ruidosa.

Posteriormente, el 5 de marzo de 2018, se declaró abierta la audiencia especial de pacto de cumplimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, la cual se suspendió en varias ocasiones, en razón a que en el trámite de dicha diligencia alguna entidad ponía de presente la necesidad de vincular a otras, por lo que el tribunal ordenaba su vinculación y otorgaba el término del traslado para que se diera contestación a la demanda popular.

En auto de 5 de junio de 2019, la autoridad judicial accionada suspendió nuevamente la audiencia especial de pacto de cumplimiento, toda vez que el actor popular, la Defensoría del Pueblo, Regional Nariño y el municipio de Tangua solicitaron la vinculación de la Concesión Unión Vial del Sur S.A.S., la Policía Nacional, Protección Ambiental y Ecología y el Instituto Departamental de Salud de Nariño.

Ahora bien, el tribunal demandado accedió a la vinculación de la concesión accionante, en razón a que estaba ejecutando un contrato estatal relacionado con el corredor vial entre Rumichaca y Pasto, por lo que tendría injerencias en los cuerpos de agua que se pretender proteger en la acción popular, tal como se transcribe a continuación:

"a).- Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S.

*La citada concesión, es la encargada de la financiación, realización de los estudios y diseños definitivos, la gestión social, ambiental y predial, así como, la construcción, mejoramiento y la operación y mantenimiento del corredor vial comprendido entre Rumichaca – Pasto; y para tal efecto, los municipios de influencia son: Ipiales, Contadero, Iles, Imués, Yacuanquer, Tangua y Pasto.*

*Como se puede apreciar, para la estructuración del citado corredor vial, existen innumerables aplicativos como: residuos, escombros, y diferentes materiales que en simple medida pueden quebrantar la figura invocada dentro del proceso.*

(...)

*Ahora bien, para el despacho es claro que de conformidad con los preceptos normativos de la ley 472 de 1998, asignó una atribución especial al juez de la citada acción constitucional para que en el curso de la primera instancia pudiera, en cualquier momento, integrar el litisconsorcio necesario por pasiva, con el fin de vincular a cualquier otro presunto responsable de la vulneración o amenaza identificada en el escrito de la demanda.*

*Al respecto, el inciso final del artículo 18 ibídem precisa lo siguiente:*



Artículo 18.- Requisitos de la demanda.

(...)

La demanda deberá dirigirse contra el presunto responsable del hecho u omisión que la motiva, si fuere conocido. No obstante, cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables, el juez de primera instancia de oficio ordenará su citación en los términos en que aquí se prescribe para el demandado<sup>21</sup>. (Negrilla y subraya de la Sala)

Contra esa decisión, la accionante interpuso recurso de reposición, en el que alegó la falta de legitimación por pasiva, en razón a que no tiene ningún vínculo legal, ni contractual con la conservación del humedal El Totoral, la quebrada la Ruidosa y el río Guáitara. Por otra parte, señaló que no se agotó el requisito de la reclamación previa del artículo 144 y 161 de la Ley 1437 de 2011. Finalmente, invocó la falta de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, toda vez que el consorcio es una sociedad particular regulada por normas de derecho privado "que no tiene injerencia ni aportes públicos, menos, cumple funciones administrativas"<sup>22</sup>.

En auto de 8 de julio de 2019, el Tribunal Administrativo de Nariño no repuso la decisión de vinculación, para lo cual abordó cada uno de los alegatos planteados en el recurso y los desarrolló, así:

- La supuesta falta de legitimación en la causa por pasiva, consideró que "no es necesario entrar a resolver, toda vez, que se estudiara en la sentencia la procedencia o no de la falta de la legitimación por pasiva frente a la CONCESIÓN 'UNIÓN VIAL DEL SUR S.A.S.', a efectos de verificar si le asiste o no responsabilidad alguna"<sup>23</sup>.
- Frente a la aplicación de los artículos 144 y 161 de la Ley 1437 de 2011, consideró lo siguiente:

"Por otra parte se considera que el artículo 161-4 de la Ley 1437 de 2011, es inaplicable a la acción popular, en tanto la regulación de dicha acción de linaje constitucional está contenida en una Ley especial que regula la materia específica, reglamentada por la Ley 472 de 1998, por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Carta Política. El fin de esta ley es garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, así como los de grupo.

Por el contrario la Ley 1437 de 2011, es una ley ordinaria de conformidad al numeral 2 del artículo 150 de la Constitución Política; es entonces que la Ley 472 de 1998, regula una materia especial como lo es el ejercicio de las acciones populares y de grupo para la protección de derechos e intereses colectivos y tendría una categoría jerárquica mayor a la de una ley ordinaria.

Además de lo indicado en materia de la reclamación previa, prevenida en los arts. 144 y 161 de la Ley 1437 de 2011, en torno al derecho a la igualdad, tal exigencia para acudir ante la Jurisdicción, vulnera los principios de acceso efectivo a la administración de justicia y prevalencia de derecho sustancial.

En consecuencia, las acciones populares son únicas e independientes de los procedimientos o actuaciones administrativas y de las acciones ordinarias que puedan promoverse para resolver controversias en que entren en juego derechos e intereses colectivos; en consecuencia, proceden pese a la existencia de otros

<sup>21</sup> Folio 1270 y 1271 del cuaderno N° 7 del expediente de acción popular.

<sup>22</sup> Folio 1337 ibídem.

<sup>23</sup> Folio 1444 del cuaderno N8 del expediente de acción popular.



155

*medios de defensa judicial, dado su carácter de principal y no alterno, que tienden a la protección de estos derechos y no pueden exigirse como requisitos de procedibilidad para su admisión el agotamiento previo ya mencionado; más aún, cuando el proceso en discusión, fuere implementado bajo la figura y vinculación por orden judicial y acatamiento de la Ley 472 de 1998 como norma especial, y el medio de control ya se encontrara en el trámite procesal de audiencia de pacto de cumplimiento y la organización de las mesas de trabajo<sup>24</sup>.*

- Respecto a la falta de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, afirmó que *"Según el artículo 15 de la Ley 472 de 1998: establece: 'Jurisdicción. La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las Acciones Populares originadas en actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones vigentes sobre el tema (...)'*

*En este sentido, la regla general es que una acción popular dirigida contra un particular será de competencia de la jurisdicción ordinaria, mientras que la dirigida contra una autoridad pública o un particular que desempeñe funciones administrativas lo será de la Contencioso Administrativa.*

*No obstante, la regla anterior se exceptúa en los eventos en los que la acción popular se dirija, simultáneamente en contra de una persona de derecho privado y una persona de derecho público que desempeña funciones administrativa o de derecho público, caso en el cual la competencia será desplazada hacia la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en virtud del denominado fuero de atracción.*

*(...)*

*Con la anterior precisión se tiene que la acción popular va dirigida en contra del Municipio de Ipiales (N) (...) las cuales tiene la connotación de entidades públicas. Y si bien en la providencia antes referida se decidió vincular a la CONCESIÓN 'UNIÓN VIAL DEL SUR S.A.S.', la cual, como bien se manifiesta, es una sociedad de carácter eminentemente privada, dada su naturaleza particular; no obstante, de conformidad con la jurisprudencia antes citada, su conocimiento corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en aplicación del fuero de atracción<sup>25</sup>.*

De lo anterior, se observa que la autoridad judicial accionada abordó cada uno de los argumentos planteados en el recurso de reposición que interpuso la accionante, en el cual se refirió, entre otras cosas, a las facultades que el artículo 18 de la Ley 472 de 1998, en el que permite al juez de primera instancia vincular a quienes en el transcurso del proceso puedan tener responsabilidad en el asunto que se debate.

4.2.2.2. Ahora bien, la concesionaria demandante considera que en cumplimiento de los artículos 144 y 161 de la Ley 1437 de 2011, la parte actora dentro del proceso de acción popular debió agotar el requisito previo de solicitar la adopción de las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado.

<sup>24</sup> Folio 1444 del cuaderno 8 del expediente ordinario.

<sup>25</sup> *Ibidem*.



Al respecto, la Sala considera necesario precisar que debido a la complejidad de los asuntos que se debaten en las acciones populares, en algunos casos se dificulta al actor popular la labor de determinar los responsables de la vulneración de los derechos colectivos que se pretendan proteger, razón por la cual el artículo 14 de la Ley 472 de 1998, establece que “[e]n caso de existir la vulneración o amenaza y se desconozcan los responsables, corresponderá al juez determinarlos”. Lo que es congruente con el artículo 18 de la misma ley que indica que “cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables, el juez de primera instancia de oficio ordenará su citación en los términos en que aquí se prescribe para el demandado”.

Ahora bien, a pesar de que la Sala se aparta del argumento expuesto por el tribunal accionado, en el sentido de que la Ley 1437 de 2011 es inaplicable y que la Ley 472 de 1998 tiene mayor jerarquía, por lo que es la norma aplicable, en cualquier caso el juez popular cuenta con amplios poderes para confirmar debidamente el contradictorio<sup>26</sup>, sobre todo en debates complejos como el que debe resolver el Tribunal Administrativo de Nariño en el que se pretende establecer los responsables de la presunta contaminación que sufre el río Guáitara, el humedal El Totoral, la quebrada La Ruidosa, en el sector del Primero de Mayo en el municipio de Ipiales.

Además, la autoridad judicial accionada justificó la vinculación del consorcio, bajo el argumento de que es “la encargada de la financiación, realización de los estudios y diseños definitivos, la gestión social, ambiental y predial, así como, la construcción, mejoramiento y la operación y mantenimiento del corredor vial comprendido entre Rumichaca – Pasto; y para tal efecto, los municipios de influencia son: Ipiales, Contadero, Iles, Imués, Yacuanquer, Tangua y Pasto”.

Por otra parte, los artículos 144 y 161 de la Ley 1437 de 2011, establecen una obligación en cabeza del actor popular quien debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado, supuesto que no se traslada al juez quien en el marco de su potestad oficiosa decide vincular a otras posibles responsables al trámite judicial en ejercicio de la autonomía e independencia de la que es titular.

En consecuencia, el hecho de que el tribunal decidiera vincular a la concesión accionante, en ejercicio de la facultad oficiosa y en el desarrollo de la audiencia especial de pacto de cumplimiento, no conlleva un desconocimiento de la Ley 1437 de 2011, pues como ya se explicó, i) el ordenamiento jurídico le impone al juez de la acción popular la función de integrar completamente el contradictorio en virtud de los artículos 14 y 18 de la Ley 472 de 1998 y ii) los artículos 144 y 161 de la Ley 1437 de 2011, establecen una obligación para el demandante, más no al juez popular cuando actúa de oficio.

Así las cosas, se negará el cargo bajo estudio, en razón a que no se incurrió en el defecto alegado.

<sup>26</sup> Consejo de Estado Sección Segunda, decisión de 21 de octubre de 2010, radicado N° 2002-00008-02 (AP) (REV), “De conformidad con los preceptos normativos de la Ley 472 de 1998, la demanda en la acción popular debe dirigirse en contra del presunto responsable del hecho u omisión que la motiva; no obstante lo anterior, la ley le asignó una atribución especial al juez de la citada acción constitucional para que en el curso de la primera instancia pudiera, en cualquier momento, integrar el litis consorcio necesario por pasiva, con el fin de vincular a cualquier otro responsable de la vulneración o amenaza identificada en el escrito de la demanda”.



4.2.3. Cuando se hace referencia al precedente judicial, se alude a la forma en que un caso similar ya ha sido resuelto en el pasado y que sirve como referente para que se decidan otros conflictos semejantes. Ese precedente, por su pertinencia, debe ser considerado por el juez al momento de decidir el nuevo caso.

La Corte Constitucional ha dicho que la aplicación del precedente judicial implica que<sup>27</sup>: «un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el (los) caso (s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación».

Descendiendo al *sub lite*, se observa que la accionante trae a colación varios pronunciamientos de la Sección Primera del Consejo de Estado dictados en el trámite de acciones populares, en los cuales se rechazaron las demandas por no cumplir con el requisito previo establecido en los artículos 144 y 161 de la Ley 1437 de 2011, ya sea por no solicitar a la entidad la adopción de medidas para culminar con la violación de derechos que se pretenden amparar o simplemente porque la solicitud no guardaba relación con lo que se pretendía.

Al respecto, la Sala advierte que los casos que señaló la demandante no guardan similitud, pues en esas providencias la regla jurisprudencial que se aplicó fue la relativa a la obligación que ostenta el actor popular de cumplir el requisito de la solicitud previa, elevada ante la entidad pública o particular que desempeñe funciones administrativas. Sin embargo, se reitera, que en el asunto bajo estudio el Tribunal Administrativo de Nariño actuó en ejercicio de la facultad oficiosa para vincular debidamente el contradictorio, por lo que dicha regla no se adecua a los supuestos fácticos del asunto que ocupa la atención de la Sala.

4.2.4. Así las cosas, se negarán las pretensiones de la acción de tutela, pues no se demostró que la autoridad judicial accionada incurriera en los defectos sustantivo ni por desconocimiento del precedente judicial.

## 5. Razón de la decisión

La Sala constató que el Tribunal Administrativo de Nariño no vulneró el derecho fundamental al debido proceso invocado por la accionante, toda vez que los artículos 144 y 161 de la Ley 1437 de 2011, desarrollan el supuesto frente a la obligación del actor popular de solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado, mas no al juez del asunto cuando de oficio decide vincular a otras entidades o personas durante el trámite de la acción popular con fines de conformar el contradictorio. Igualmente, las providencias a las que aludió como desconocidas, no resultan aplicables en el presente caso, pues responden a unas circunstancias de hecho diferentes a las que se debatió en el proceso popular.

<sup>27</sup> Sentencia T-158 de 2006.



### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE

**Primero.- NIÉGANSE** las pretensiones de la solicitud de tutela interpuesta por la Concesionaria Vial Unión del Sur S.A.S. contra el Tribunal Administrativo de Nariño.

**Segundo.- NOTIFÍQUESE** esta decisión por el medio más eficaz y expedito posible, como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**Tercero.-** En caso de no ser impugnada esta providencia, **REMÍTASE** el expediente de tutela a la Corte Constitucional para que surta el trámite de eventual revisión previsto en el artículo 86 de la Constitución Política.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Esta sentencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ  
Presidente de la Sección

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO  
Consejera

MILTON CHAVES GARCÍA  
Consejero

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ  
Consejero

