¿SE HAN TRANSFORMADO LAS ACCIONES POPULARES CON OCASIÓN DE LOS CAMBIOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES OCURRIDOS EN EL PERIODO 2006-2012?

PATRICIA VICTORIA MANJARRES BRAVO

UNIVERIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINITRATIVO
Bogotá D.C.
2013

¿SE HAN TRANSFORMADO LAS ACCIONES POPULARES CON OCASIÓN DE LOS CAMBIOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES OCURRIDOS EN EL PERIODO 2006-2012?

PATRICIA VICTORIA MANJARRES BRAVO

Tesis que presenta para optar al Grado de Magíster en Derecho Administrativo

Dirigida por la Dra. Beatriz Londoño Toro

UNIVERIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINITRATIVO
Bogotá D.C.
2013

Nota de aceptación

_____

_____

_____

_____

Firma Director

_____

Firma Coordinador

_____

Firma Calificador

Bogotá, D.C. Enero 31 de 2014

Contenido

INTRODUCCIÓN 7

I.- La eliminación del incentivo económico 13
1.- Su constitucionalización, desarrollo legal y revisión judicial 16
2.- Consecuencias de la eliminación y propuestas de construcción para la salvaguarda de los derechos colectivos 36

II. DECADENCIA DEL PACTO DE CUMPLIMIENTO 39
A) Generalidades 39
B. La terminación del proceso en porcentajes 58

III. Las medidas cautelares en las acciones populares 58
1.- Objetivos del decreto de las medidas cautelares 62
2.- Contenido de las medidas 63
3.- Requisitos para decretar las medidas cautelares 71
4.- Oportunidad y origen de la petición 79
5.- Procedimiento 80
6.- Recursos, efectos y término para resolver 83

IV. EL MECANISMO DE REVISION EVENTUAL EN LAS ACCIONES POPULARES : UN PROPOSITO DE UNIFICACION 88
1. Antecedentes 88
2. De la revisión automática de la Corte Constitucional 90
3. Del desarrollo jurisprudencial en la jurisdicción contencioso administrativa 93
4.- Del mecanismo eventual de revisión en la Ley 1437 de 2011 109

V. EL BALANCE EN CIFRAS 115
1.- La demanda de justicia- protección de derechos colectivos 121
2.- Porcentaje de egresos por pacto de cumplimiento en el periodo 2007-2011 en los juzgados administrativos 144

CONCLUSIONES 150

LISTA DE GRÁFICAS

	Pág.
Gráfica 1. Juzgados Administrativos	118
Gráfica 2. Mapa Cobertura Judicial – Densidad población	120
Gráfica 3. Ingresos Acciones Populares 2007 – 2012 I	121
Gráfica 4. Ingresos Acciones Populares – Arch. San Andrés	124
Gráfica 5. Ingresos Acciones Populares – Atlántico	125
Gráfica 6. Ingresos Acciones Populares – Bolívar	125
Gráfica 7. Ingresos Acciones Populares – Córdoba	126
Gráfica 8. Ingresos Acciones Populares – César	126
Gráfica 9. Ingresos Acciones Populares – La Guajira	127
Gráfica 10. Ingresos Acciones Populares – Magdalena	127
Gráfica 11. Ingresos Acciones Populares – Sucre	128
Gráfica 12. Ingresos Acciones Populares – Arauca	129
Gráfica 13. Ingresos Acciones Populares – Casanare	130
Gráfica 14. Ingresos Acciones Populares – Caquetá	130
Gráfica 15. Ingresos Acciones Populares – Meta	131
Gráfica 16. Ingresos Acciones Populares – Cauca	132
Gráfica 17. Ingresos Acciones Populares – Chocó	133
Gráfica 18. Ingresos Acciones Populares – Nariño	133
Gráfica 19. Ingresos Acciones Populares – Valle	134
Gráfica 20. Ingresos Acciones Populares – Boyacá	136
Gráfica 21. Ingresos Acciones Populares – Cundinamarca	136
Gráfica 22. Ingresos Acciones Populares – Huila	137

Gráfica 23. Ingresos Acciones Populares – Norte de Santander 138

Gráfica 24. Ingresos Acciones Populares – Santander 138

Gráfica 25. Ingresos Acciones Populares – Tolima 139

Gráfica 26. Ingresos Acciones Populares – Antioquia 141

Gráfica 27. Ingresos Acciones Populares – Caldas 141

Gráfica 28. Ingresos Acciones Populares – Quindío 142

Gráfica 29. Ingresos Acciones Populares – Risaralda 142

Gráfica 30. Egresos Acciones Populares 2007 – 2011 146

Gráfica 31. Egresos Acciones Populares – Cesar 148

Gráfica 32. Egresos Acciones Populares – La Guajira 148

Gráfica 33. Egresos Acciones Populares – Bolívar 149

INTRODUCCIÓN

Hace 22 años, en el nuevo marco del Estado Social de Derecho, la Constitución Política elevó a rango constitucional las acciones populares como los instrumentos procesales adecuados para el reconocimiento y garantía de los denominados derechos colectivos. Dispuso entonces en su artículo 88, inciso 1°: *"La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella"*.

A través de la Ley 472 de 1998, el legislador en cumplimiento del mandato constitucional se encargó de regular las acciones populares y de grupo. El esquema procesal adoptado en la citada ley contiene ciertas previsiones que lo distinguen de cualquier otro, tal como ocurre con el reconocimiento del incentivo económico a favor de los actores que resulten vencedores en el proceso o la denominada audiencia de pacto, etapa que tal como la ha indicado la Corte Constitucional, busca que *"las partes puedan llegar a un acuerdo de voluntades para obtener el oportuno restablecimiento y reparación de los perjuicios ocasionados a los derechos e intereses colectivos…"*[1], provocando la terminación anticipada del proceso. De igual modo, a través de un régimen cautelar en blanco dotó al juez popular de fuertes poderes en aras de garantizar el cese de la amenaza o de la vulneración del derecho colectivo.

Buscó el legislador a través de dichas previsiones robustecer la acción en aras de garantizar la efectiva protección de los derechos colectivos, derechos que en el escenario internacional seguían cobrando mayor protagonismo.

Han transcurrido desde entonces 15 años, de los cuales, los primeros, se caracterizaron por contar con un ambiente favorable en el que se evidenciaba las grandes expectativas que provocaba en la comunidad en general el nuevo

[1] C-215 de 1999

mecanismo para la protección de los derechos colectivos, derechos de los cuales apenas estaba cobrando conciencia sobre su titularidad, lo que produjo un inusitado auge en el ejercicio de la acción. Una segunda etapa, que empieza a reflejar, por así decirlo, una fuerte preocupación institucional derivada de lo que se calificó como un desbordado ejercicio de la acción, acompañada de reiteradas iniciativas reformistas.

Finalmente, una tercera etapa, que es de la que nos ocuparemos, cuando entran en el escenario judicial los jueces administrativos unipersonales y se concretan trascendentales reformas legales, tales como la expedición de ***(i)*** la Ley 1285 de 22 de enero de 2009 *"Por medio de la cual se reforma la ley 270 de 1996 Estatutaria de la administración de justicia",* que introdujo el mecanismo de revisión eventual para las acciones populares y de grupo[2]; ***(ii)*** la Ley 1395 de 2010 *"Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial"* que modificó las competencias contenidas en el código contencioso administrativo en el sentido de atribuirles a los Tribunales Administrativos el trámite en primera instancia de las acciones populares instauradas contra entidades del orden nacional, dejando en cabeza de los jueces administrativos aquellas adelantadas en contra entidades de los órdenes departamental, distrital y municipal[3] (vale la pena aclarar que esta previsión se mantiene en el artículo 132-16 de la Ley 1437 de 2011); ***(iii)*** la Ley 1425 de 29 de diciembre de 2010 *"Por la cual se derogan artículos de la Ley 472 de 1998 Acciones Populares y de Grupo"*, es decir, la que eliminó la figura

[2] 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…"

[3] ARTÍCULO 57. El artículo 132 del Código Contencioso Administrativo tendrá un numeral 14, cuyo texto será el siguiente:
(…)
14. De las acciones populares y de cumplimiento que se interpongan contra entidades del nivel nacional.
ARTÍCULO 58. El numeral 10 del artículo 134-B del Código Contencioso Administrativo quedará así: **Artículo** 134-B. *Competencia de los jueces administrativos en primera instancia*. Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:
(…)
10. De las acciones populares y de cumplimiento que se interpongan contra entidades de carácter departamental, distrital o municipal.

del incentivo[4]; y la Ley 1437 de 2011 *"Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo..."* que introduce la constitución en renuencia como requisito de procedibilidad para el ejercicio del ahora denominado medio de control para la defensa de los derechos colectivos y subroga las normas de la ley 472 de 1998 referentes a las medidas cautelares[5].

De allí que resulte importante evaluar si las modificaciones identificadas en este último periodo (producidas entre julio de 2006 y julio de 2012), es decir, desde que entran en operación los juzgados administrativos hasta la entrada en vigencia del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011) han incidido en la justiciabilidad de los derechos colectivos.

Antes de efectuar la presentación de lo que será la estructura de este trabajo, se debe indicar que el objeto de la investigación se circunscribe a revisar la problemática planteada en la jurisdicción contencioso administrativa. Aunque el artículo 15 de la Ley 472 de 1998, previó una doble competencia, de un lado, le atribuyó a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones populares

[4]"ARTÍCULO 1o. Deróguense los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998".

[5]"ARTICULO 144. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.
Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos. Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante 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. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudirse ante el juez. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda…".
ARTÍCULO 229. *PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES.* En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.
La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.
PARÁGRAFO. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

originadas en actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas (además de las que por fuero de atracción le correspondan, cuando en la vulneración de los derechos colectivos intervienen tanto entidades públicas como particulares[6]) y de otra parte, le asignó a la jurisdicción ordinaria civil el conocimiento de los asuntos instaurados por vulneraciones a los derechos colectivos, generadas de manera exclusiva por los particulares, examinaremos de manera exclusiva aquellos en los que de una u otra manera interviene la administración y cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

Lo anterior por dos aspectos básicamente, uno cuantitativo, ya que según los consolidados del Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción contencioso administrativa tramita el 75% a 80% de la demanda de justicia por vulneración de derechos colectivos y otro cualitativo derivado de la naturaleza de las partes y el impacto social que generalmente comporta las acciones y omisiones administrativas sometidas a control.

Efectuada la anterior precisión conviene señalar que el trabajo se concentró en el estudio de aspectos procesales esenciales en la estructura de la acción popular como ***(i)*** el incentivo (en este caso, se evaluará el impacto de su eliminación), ***(ii)*** la efectividad de la audiencia de pacto, ***(iii)*** las medidas cautelares como quiera que fueron objeto de modificación en la Ley 1437 de 2011 y por último, ***(iv)*** el estudio del mecanismo de revisión eventual incorporado en el año 2009 como mecanismo de unificación.

Los primeros cuatro capítulos se ocupan de desarrollar cada una de las figuras mencionadas. El quinto por su parte, que lo hemos denominado el balance en cifras, busca develar la situación actual de la demanda de justicia en materia de

[6]Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de enero de 2004, Exp. AP-0527. M.P. Alier Eduardo Hernández Henríquez. "... por regla general, 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. La regla anterior se exceptúa en los eventos en los que una acción se dirija, al tiempo, en contra de una autoridad pública y de un particular; en tal caso, la competencia para conocer de la misma reside en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en tanto que ésta prevalece sobre la de la Jurisdicción Ordinaria en virtud del fuero de atracción".

protección de derechos colectivos, teniendo como fuente principal la información suministrada por el Consejo Superior de la Judicatura, con base en las estadísticas que trimestralmente rinden los operadores judiciales.

Finalmente, para cerrar el estudio se formularán algunas conclusiones y recomendaciones.

SE HAN TRANSFORMADO LAS ACCIONES POPULARES CON OCASIÓN DE LOS CAMBIOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES OCURRIDOS EN EL PERIODO 2006-2012?

Como se planteó en la introducción, durante el periodo comprendido entre los años 2006 y 2012, se produjeron modificaciones sustanciales a la Ley 472 de 1998, que ameritan su revisión en orden a definir su incidencia en la justiciabilidad de los derechos colectivos.

Los tópicos seleccionados fueron aquellos que podríamos calificar como figuras propias y emblemáticas que contribuyen a la singularidad de este proceso, como el incentivo, la audiencia de pacto, el régimen cautelar innominado y el mecanismo de revisión eventual. Cabe anotar que la Corte Constitucional en la sentencia C-215 de 1999, refiriéndose a las acciones populares sostuvo que estas *"…tienen una estructura especial que las diferencia de los demás procesos litigiosos, en tanto no son en estricto sentido una controversia entre partes que defienden intereses subjetivos, sino que se trata de un mecanismo de protección de los derechos colectivos" (negrillas extratexto)*.

La anterior distinción resulta importante en el contexto de evaluación que se efectuará a continuación, ya que nos permitirá determinar si producto de la redefinición legal de la que ha sido objeto este *mecanismo* - como lo denomina la Corte-, ha resultado fortalecido o debilitado y cuáles son las consecuencias directas en la protección efectiva de los derechos colectivos.

I.- La eliminación del incentivo económico

Partiendo de que el propósito de este trabajo de investigación lo constituye determinar si los cambios legales y jurisprudenciales producidos durante el periodo comprendido entre 2006 -cuando inicia el funcionamiento de los juzgados administrativos- y el año 2012 -cuando entra en vigor la Ley 1437 de 2011[7]-, han impactado el ejercicio de la acción popular y por ende el amparo efectivo de los derechos colectivos, resulta ineludible revisar lo que sucedió con el incentivo económico que por un lapso de doce años -desde el momento en que fue consagrado en la Ley 472 de 1998 hasta su eliminación con la Ley 1425 de 2010-, promovió el ejercicio de la acción.

Un recorrido de su vida jurídica nos proporcionará los elementos de juicio necesarios para dar respuesta a tres interrogantes a saber *(i)* cuáles fueron las causas de su eliminación; *(ii)* cuáles han sido las consecuencias y *(iii)* cuáles son las propuestas que actualmente empiezan a construirse con el fin solucionar un eventual panorama de desprotección de los derechos.

Para referirnos al incentivo conviene retrotraernos a la acción popular consagrada en el derecho romano, institución que inspiró su inclusión en nuestro código civil y que constituyó el más importante antecedente de lo que luego sería la acción pública contenida en el artículo 88 de la Carta Política de 1991[8], desarrollado años más tarde por la Ley 472 de 1998.

Con tal fin, resulta obligada la cita del profesor Germán Sarmiento Palacio quien en su texto *"Las acciones populares en el derecho privado"*[9], publicado en el año de 1988 -es decir, un poco antes de que estas fueran elevadas a canon constitucional-, realizó una primera e importante aproximación a las

[7] Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
[8] ARTICULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.
También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.
Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.
[9] SARMIENTO, PALACIO GERMAN. Las acciones populares en el derecho privado colombiano. Primera edición Banco de la República. 1988. Primera reimpresión. Editorial Universidad del Rosario. 2006.

acciones populares contenidas en el Código Civil, recalcando el papel relevante que este mecanismo procesal debía cumplir en la sociedad actual, no sólo por su hondo raigambre democrático sino porque constituía un instrumento útil a través del cual, el colectivo podía ejercer la defensa de sus derechos, enfrentando de manera preventiva y eficaz los efectos generales producidos por inatajables fenómenos consecuencia de una sociedad industrializada.

En su afán de construir un concepto que incluyera elementos comunes al derecho romano y al colombiano (código civil), definió las acciones populares como *"…aquellas, en las que cualquier persona, perteneciente a un grupo de la comunidad, está legitimada procesalmente para defender un grupo afectado por unos hechos comunes, con lo cual, simultáneamente, protege su propio interés, obteniendo, en ciertos casos, un beneficio económico adicional en su favor constituido por la recompensa que la ley otorga en algunas ocasiones. …"* (subrayado extratexto).

Y refiriéndose de modo concreto al derecho romano que consagraba la recompensa en el caso de las acciones populares, puso de presente la discusión que desde aquél entonces ésta generaba, al advertir:

> *"…los romanistas que consideran que la acción popular tenía siempre la característica de la compensación, se dividen sobre si la recompensa favorecía o no al actor. Hay quienes como Bruns, aseguran que la ganancia iba a parar al particular, otros como Monnsem, señalan que tal ganancia iba al Estado. Hay también quienes como el romanista Walter, creen que el provecho en un principio fue para el Estado, pero que más tarde la situación se modificó y la recompensa fue a beneficiar al actor exclusivamente.*
> *Finalmente, existe otra línea de historiadores del Derecho Romano, como el italiano Fadda y el español Lozano y Corbi, quienes parecen representar la línea imperante del momento y definen la institución de manera amplia. Afirman que la acción popular se estructuraba cuando se defendía simultáneamente el interés público y el privado. El actor podía tener o no derecho a una recompensa adicional, o podía esta ir o no a parar a la caja del Estado…"*[10].

[10] ibídem

De las citas transcritas se desprenden dos grandes conclusiones, en primer lugar, que desde el origen mismo de la acción, la recompensa formaba parte de la institución; y, en segundo término, que al igual como sucede hoy en día, su naturaleza suscitaba profundas controversias, precisamente en torno a quien resultaba ser el beneficiario final de dicho reconocimiento, el Estado de forma indirecta por el interés general que su ejercicio procuraba amparar o de forma directa y exclusiva, el particular por ser el receptor efectivo de la misma.

El código civil colombiano incluyó la acción popular en sus artículos 1005[11] 2359[12] y 2360[13], previendo para éstas una recompensa por su ejercicio, sin perjuicio del reconocimiento de otros conceptos a favor del demandante tales como el pago por costas.

Sin entrar a analizar en detalle las previsiones legales reseñadas, se puede concluir que la legislación aceptaba la coexistencia de dos tipos de intereses, el general o colectivo y el particular, de allí que previó un reconocimiento pecuniario para el actor, al que denominó recompensa.

Sin embargo, conviene precisar que tal como lo indica el profesor SARMIENTO PALACIO en el texto citado líneas arriba, la herramienta procesal consagrada en el código civil, a pesar de su importancia, careció del suficiente estudio y divulgación razón por la cual, si quisiéramos evaluar en cifras el impacto de la recompensa en su ejercicio, su resultado sería irrelevante.

[11] C.C. ACCIONES POULARES. La municipalidad y cualquier persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados. Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costa del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que se castiga el delito de negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad (subrayado extratexto).

[12] CC. TITULAR DE LA ACCION DE PERJUICIOS. Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace apersona indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción.

[13] Si las acciones populares a que dan derecho los artículos precedentes, se declaren fundadas, será el actor indemnizado de todas las costas de la acción, y se le pagarán lo que valgan en tiempo y la diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados (subrayado extra texto).

1.- Su constitucionalización, desarrollo legal y revisión judicial

El panorama antes descrito, cambió con la constitucionalización de las acciones populares en el año 91 y con su desarrollo legal en 1998, donde se mantuvo el reconocimiento pecuniario a favor del actor popular que resultare vencedor.

En efecto, dado que el ámbito de protección de la acción popular se había ampliado paulatinamente a otras esferas, tales como la defensa del medio ambiente, del consumidor, la competencia desleal, etc, la asamblea nacional constituyente de 1991, estimó como oportuna y necesaria su inclusión en el que sería el nuevo texto constitucional. Así fue como el artículo 88 de la Constitución Política[14] previó éstas acciones para el amparo de los derechos colectivos relacionados con el patrimonio, espacio público, seguridad y salubridad públicos, moral administrativa, ambiente, libre competencia económica, delegándole en todo caso, su desarrollo al legislador.

Este cometido se cumplió a través de la Ley 472 de 1998, la cual, en sus artículos 34[15], 39[16] y 40[17] fijó en materia de acciones populares el reconocimiento del incentivo a favor de los actores populares que obtuvieran una decisión favorable a sus pretensiones, pago que realizaría el responsable de la vulneración del derecho colectivo, llámese Estado y/o particular.

---

[14] Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

[15] Art. 34. Sentencia. Vencido el término para alegar, el juez dispondrá de veinte (20) días para proferir sentencia…Igualmente fijará el monto del incentivo para el actor popular.

[1616] Art. 39. Incentivos. El demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales. Cuando el actor sea una entidad pública, el incentivo se destinará al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos.

[17] Artículo 40.- Incentivo económico en acciones populares sobre moral administrativa. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular. Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurran al hecho, hasta la recuperación total de lo que se pagó en exceso. Para hacer viable esta acción, en materia probatoria los ciudadanos tendrán derecho a solicitar y obtener se les expida copia auténtica de los documentos referidos a la contratación, en cualquier momento. No habrá reserva sobre tales documentos.

De acuerdo con la exposición de motivos[18] que en su oportunidad sustentó el proyecto de ley, a través de su reconocimiento se buscaba estimular la tarea adelantada por el actor popular en defensa de los derechos colectivos, considerados en ese momento como los *"…nuevos pilares del sistema de protección de los derechos humanos en Colombia…"*[19]. Era sin duda entonces, el premio por su *"trabajo solidario"* y en tal sentido, mantenía su carácter de *"recompensa"*.

Sin embargo, tal como ocurrió en la antigüedad, desde que el legislador desarrolló las acciones populares a través de la Ley 472 de 1998 y consagró en sus artículos 34, 39 y 40 el incentivo, éste se convirtió en uno de los temas más polémicos. La comunidad jurídica se dividió desde entonces, entre aquellos que defendían la iniciativa como forma de promover la participación individual en asuntos comunitarios y quienes advertían en dicho reconocimiento un viso de oportunismo que distorsionaba el principio de solidaridad consagrado en la Constitución Política.

Este último argumento fue el que dio lugar a la primera demanda de inconstitucionalidad frente al incentivo. Según sus detractores, se trataba de un dispositivo propio del derecho privado, que ya no se compadecía con la naturaleza pública que había adquirido la acción, por ello, mantenerlo resultaba contrario a un ordenamiento donde en la búsqueda del bienestar general, debe primar el deber de colaboración desinteresado y no el ánimo de lucro. Una interpretación en sentido contrario, convierte el mecanismo de impulso en un negocio para los particulares, quienes a través de su ejercicio procuran enriquecerse y no precisamente beneficiar a la comunidad en nombre de quien actúan.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-459 de 2004 declaró la exequibilidad de los artículos acusados al considerar que nuestra Carta Política

[18] Exposición de motivos del proyecto de Ley 084 de 1995 Cámara, presentado por el Defensor del Pueblo. Publicado en la Gaceta del congreso No. 493 de 1995.
[19] *Ibid.*

no adopta un modelo ético único, sino que preserva la pluralidad de pensamiento y el respeto por la diferencia, razón por la cual, resulta compatible con el ordenamiento constitucional la previsión del incentivo, instrumento que según indicó, lejos de atentar contra el principio de solidaridad previsto en la norma superior, lo que hacía era efectivizarlo. Concluyó afirmando que la solidaridad puede ser *"…inducida, promocionada, patrocinada, premiada y estimulada por el Estado en orden a la materialización y preservación de determinados bienes jurídicos de especial connotación social…Es decir, respetando el pensamiento que cada cual pueda tener sobre la forma de hacer efectivo su deber de solidaridad, el Congreso prevé un estímulo que resulta válido frente a la efectiva defensa de los derechos e intereses colectivos. De suerte tal que, a tiempo que el demandante reporta un beneficio para sí, la sociedad misma se siente retribuida con la efectiva reivindicación de sus derechos e intereses colectivos".*

La decisión no fue unánime sino que contó con un salvamento de voto[20] y una aclaración[21]. El salvamento advertía los riesgos que conllevaba aceptar la inclusión del incentivo como instrumento legítimo para promover el ejercicio de la acción popular, al estimar que se oponía a la benevolencia que subyace a la finalidad pública. Por su parte, la aclaración se pronunció sobre el margen de configuración que tiene el legislador para definir aspectos del incentivo, tales como el monto, la base de cálculo, las condiciones para acceder a él y el responsable de su pago; adicionalmente, discrepó de lo que calificó como argumentos de filosofía moral porque en su concepto resultaban impertinentes.
Pero el descontento frente al incentivo creció sobre todo en sectores como el gobierno y la justicia[22], donde se atribuía a su eventual reconocimiento, el

[20] Salvamento del Dr. Rodrigo Escobar Gil. "A mi juicio, esta contraprestación obligatoria a la que tendrán derecho los actores de una acción popular aparece como un remuneración económica por el ejercicio de un deber impuesto constitucionalmente. Como consecuencia de ello, el ejercicio de estas acciones se convierte en un negocio lucrativo y oneroso, en el que el demandante actúa motivado por el ánimo de obtener una remuneración económica que satisfaga su interés privado y personal, y no por el propósito de presta un servicio a la colectividad y de adecuar su comportamiento al deber constitucional de responder solidariamente ante la amenaza de derechos colectivos, con actuaciones que pretendan conjurar el peligro al que están expuestos los integrantes de la comunidad y el actor mismo como parte de la colectividad. En este mismo sentido, enfatizó que el derecho a recibir una contraprestación económica por el hecho de solicitar la protección de un bien o un interés en cabeza de la comunidad, se opone a la benevolencia que subyace a la finalidad pública de la interposición de una acción popular".
[21] Aclaración del Dr. Manuel José Cepeda
[22]

incremento del ejercicio de la acción popular y en consecuencia, la congestión de los despachos judiciales.

Comenzaron entonces a tejerse propuestas en torno a la necesidad de su modificación. En este sentido, a manera de ilustración, resulta enriquecedor acudir al balance de la ley de acciones populares y de grupo en sus primeros diez años, realizado en el año 2008 por el Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario[23], donde se recogieron las diferentes posturas que en ese momento provocaba la figura del incentivo y de las cuales se pueden extraer las siguientes conclusiones:

Para la academia se estaba perfilando una clara tendencia regresiva que buscaba *"…limitar o desmotivar el ejercicio de las acciones populares, en un intento por retroceder en las garantías ya reconocidas en el ordenamiento jurídico…"* lo que ameritaba un seguimiento especial.

Para la Corporación Excelencia en la justicia, resultaba necesaria la modificación del incentivo pero sobre todo frente al contenido en el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, es decir, al previsto para los casos por moralidad administrativa. En todo caso, formuló algunas propuestas relativas a la revisión del artículo 39 de la citada ley[24].

Para el ministerio público era impensable la acción popular sin el incentivo, no obstante dejó entrever las bondades de una eventual profesionalización de su ejercicio[25].

---

[23] **LONDOÑO TORO** Beatriz. Balance de la Universidad del Rosario Progresividad o regresividad en la protección de los derechos colectivos como derechos humanos ? Justiciabilidad de los derechos colectivos. Balance de la ley de acciones populares y de grupo (Ley 472 de 1998) en sus primeros 10 años 1998-2008. Editorial Universidad del Rosario 2009.

[24] Ib. *"…Así, frente a la aplicación de este artículo 40, parece necesario revisar los siguientes temas: en primer lugar, el monto de los incentivos, y, eventualmente analizar la posibilidad de igualarlos con los incentivos del artículo 39 dela ley. En segundo término, podría pensarse en sanciones específicas a los accionantes temerarios y en la reducción del incentivo para casos "repetidos", de modo tal que no se desvíe de la finalidad específica de la acción. Como tercero y último tema, se debería analizar la necesidad de una participación activa del demandante en el proceso, como requisito para el otorgamiento del incentivo…"* (pp 103).

[25] Ib. *"…Mirando el tema de otro lado, si el ejercicio de las acciones populares de alguna forma se profesionaliza, sin que ello impida que cualquiera pueda ejercerlas, los procesos van a ser no sólo eficaces sino eficientes, el desgaste del aparato judicial será menor y la probabilidad del éxito en la protección de los derechos colectivos aumentaría"* (pp 164).

En síntesis, las diferentes intervenciones coincidieron en la necesidad de mantener la figura del incentivo por el rol que juega en la justiciabilidad de los derechos colectivos, sin perjuicio de la revisión de algunos aspectos puntuales.
En el año 2009 y después de varios intentos fallidos por modificar el cuestionado incentivo, el gobierno nacional presentó ante la Cámara de Representantes un proyecto de ley que buscaba su eliminación[26], básicamente, invocando razones de conveniencia y de interés general.

Según indicaba la exposición de motivos, el incentivo había dejado de ser el estímulo idóneo para el ejercicio de la acción y la protección de los derechos colectivos y se había convertido en un promotor de intereses particulares y egoístas, provocando de un lado, congestión judicial y de otra parte, afectando los presupuestos de las autoridades estatales demandadas, en particular de las territoriales, quienes por cumplir con las cargas presupuestales impuestas por este concepto en los fallos judiciales, desatendían ejecuciones prioritarias para su desarrollo[27]. El proyecto después de surtir el trámite legal necesario

[26] Proyecto de Ley No. 056 de 2009 "Por medio de la cual se derogan algunos artículos de la Ley 472 de 1998-Acciones Populares y de Grupo", Cámara, publicado en la Gaceta del Congreso No 622 de 2009, verificar o 235 de 2010.

[27] **UPRYMNI YEPES RODRIGO.** Las acciones populares ¿impopulares en el gobierno? "…El proyecto de ley de descongestión de la justicia presentado por el gobierno propone la eliminación del incentivo económico para las acciones populares. Según el gobierno dicha supresión es necesaria para recuperar el verdadero sentido de ese mecanismo judicial, que fue creado para proteger los derechos colectivos, como el ambiente sano o el espacio público, así como la tutela existe para el amparo de los derechos fundamentales individuales. El planteamiento gubernamental es simple: el incentivo económico que es la recompensa monetaria que recibe quien gana una acción popular, ha tenido un resultado perverso. Los litigantes recurren a la acción popular no tanto por su preocupación por el bien común y por los derechos colectivos, sino para obtener ese premio monetario, que se sitúa entre los 10 y 150 salarios mínimos para cada caso ganado…El incentivo económico habría entonces distorsionado la acción popular, pues su uso no estaría motivado por razones altruistas. Sino por intereses egoístas. Pero eso no es todo: la perspectiva de las recompensas habría conducido a demandas temerarias y abusos, que han agravado la congestión del sistema judicial. Es pues, necesario, según el proyecto, eliminar el incentivo. El argumento gubernamental parece fuerte; además, es cierto que efectivamente, ha habido unos abusos en las acciones populares. Pero en realidad la tesis gubernamental es contradictoria, conceptualmente equívoca e inexacta empíricamente; además, tendría efectos perjudiciales sobre la protección de los derechos colectivos. La tesis resulta contradictoria si tenemos en cuenta que el gobierno ha recurrido insistentemente a las recompensas para quienes cumplan con su deber de denunciar a los delincuentes. Si el gobierno encuentra que esas recompensas son admisibles ¿ porque le parece ilegítimo que se prevea un incentivo económico para que defienda exitosamente un derecho colectivo?. La tesis gubernamental es equívoca, pues supone que sólo los altruistas pueden defender el interés colectivo, por lo que es inaceptable que la ley establezca incentivos egoístas para que las personas hagan cosas útiles para la sociedad. Pero eso es falso, sin tener que aceptar integralmente la tesis de la mano invisible de Adam Smith? Tesis equivocada en ciertos campos? Es indudable que a veces las sociedades están mejor si permiten que las personas hagan cosas útiles para el bien común, pero por motivos individuales. Por ello es tan importante que la ley establezca los incentivos apropiados, pues más fácil que los ciudadanos apoyen los intereses colectivos cuando además se benefician individualmente de ello, que cuando la defensa de los intereses colectivos no trae beneficio alguno al particular o incluso dicho apoyo va en contra de sus propios intereses personales. Por eso las leyes establecen sanciones y premios para ciertos comportamientos; porque saben que en este mundo no tan ideal, a veces las personas hay que incentivarlas con razones egoístas para que contribuyan a los intereses colectivos…". http://www.semana.com/opinion/articulo/las-acciones-populares-impopulares-gobierno/80727-3

culminó con la expedición de la Ley 1425 de 2010 que derogó de manera expresa los artículos 34 y 35 de la Ley 472 de 1998.

Como era de esperarse, esta ley fue demandada por quienes calificaban la supresión como una medida regresiva. Tanto el demandante como los intervinientes convencidos de la contrariedad de la disposición legal con el marco constitucional, concentraron sus esfuerzos en demostrar la debilidad de los argumentos expuestos por el gobierno y acogidos por el legislativo durante el trámite de la Ley 1425 de 2010. En este sentido, la Defensoría del Pueblo[28] sobre la presunta afectación del erario alegada por el gobierno, fue puntual al expresar que si bien los propósitos de la ley revisada, esto es, proteger los recursos públicos, mantener el equilibrio económico de las entidades territoriales y favorecer el bienestar de la comunidad cuentan con respaldo constitucional, también lo es que las cifras y estadísticas aportadas como sustento no se compadecían con las realidades expuestas. A similares conclusiones llegaron los intervinientes respecto a la congestión judicial alegada como argumento para la eliminación del incentivo, toda vez que los datos arrimados correspondían a extractos cuyos textos originales se centraban en estudios diferentes al contenido en la propuesta legislativa; frente a esta última consideración conviene traer a colación un estudio[29] realizado con posterioridad que corrobora lo expuesto en su momento ante la Corte Constitucional.

Una Corte renovada en su totalidad, ya que los nueve magistrados que fallaron en el 2004, se habían retirado de la corporación, se ocupó en esta oportunidad

[28] ."…al analizar las premisas de las que partió el legislador, se observa que estas carecen de sustento empírico y que, en cambio, las cifras y estadísticas que reposan en el registro de acciones públicas de la Defensoría llevan a inferir que el incentivo no representa una carga exorbitante para el erario y, concretamente, para las administraciones municipales". Adicionalmente, puntualizó: "…de acuerdo con las estadísticas de la defensoría del Pueblo, "se han incorporado (al registro) 14.985 acciones populares ya falladas o con sentencia. De esta cifra sólo se ha reconocido el incentivo en 1464 procesos, lo que representa un índice cercano al 10% del universo de casos. Ahora bien de este 10% que accede al incentivo, un índice aproximado del 90% se fija por el monto mínimo a saber. Diez (10) salarios mínimos (…). Aunque las cifras no están completas, sí permiten acercarse a la tendencia general observada en la práctica, y concluir que de la situación de las acciones populares y sus incentivos, no se evidencia un riesgo para las finanzas públicas...".

[29] **MONROY CELY** Daniel& **PINZÓN CAMARGO** Mario. Análisis Económico de los derechos colectivos y su mecanismo de protección jurisdiccional en Colombia: El papel de los incentivos, la acción colectiva y la provisión de bienes públicos. Revista de Derecho y Economía No. 36, pp 11-58, 2012.

en la sentencia C-630 de 2011, de revisar la exequibilidad de la ley que eliminó el incentivo. Antes de abordar el tema de fondo, la Corporación efectuó dos aclaraciones importantes, la primera en el sentido de indicar que no se configuraba la cosa juzgada constitucional, porque no existía identidad en las disposiciones acusadas, pues las sentencias C- 459 de 2004[30] y C-512 de 2004[31] revisaron la exequibilidad de los artículos 34, 39 y 40 la Ley 472 de 1998, mediante los cuales se fijaba mecanismo del incentivo y la controversia en ciernes, planteaba el examen de la Ley 1425 de 2010 que derogaba dicho estímulo.

En segundo término, manifestó que contrario a lo expuesto en algunas intervenciones, donde se sostenía que el incentivo no había desaparecido, como quiera que la derogatoria recayó sobre los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 y no sobre el artículo 34 de la misma ley[32], la Corte fue enfática en señalar que la expedición de la Ley 1425 de 2010 tuvo como único propósito la eliminación del pluricitado estímulo, razón por la cual, derogó expresamente los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, y tácitamente aquellos que le eran contrarios, entre ellos el 34 de la misma normatividad.

Ya sobre el tema de fondo, el debate que se suscitó al interior de la Corte Constitucional, planteó discusiones trascendentales que sirvieron como referentes para la adopción de la decisión final, los cuales buscaron resolver los siguientes cuestionamientos: *(i)* pueden equipararse los derechos colectivos a los sociales, de tal suerte que la aplicación del principio de progresividad y prohibición de regresividad exigible de estos últimos, es predicable *mutatis*

[30] Declaró exequibles los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998.
[31] Declaró exequibles **EXEQUIBLE** el aparte demandado del artículo 34 de la Ley 472 de 1998 que consagra "*Igualmente fijará el monto del incentivo para el actor popular".*

[32] En este sentido, el Procurador General en el concepto rendido advirtió: *"En el presente trámite se demandan dos artículos de la ley 1425 de 2010 por los cuales se derogan los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 en los que se regula "el tema de los incentivos a los actores en acciones populares". El actor asume entonces que estos desaparecen del ordenamiento jurídico y sobre ese supuesto plantea su demanda de inconstitucionalidad. Sin embargo, el juicio del actor es erróneo, pues la premisa de la que parte no es verdadera, lo que lleva a que la demanda no se ajuste a los presupuestos establecidos por la ley y la jurisprudencia para las acciones de constitucionalidad. Es así porque el actor ignora la vigencia del artículo 34 de la ley 472 de 1998, dado que la Ley 1425 de 2010 se limita a la derogación expresa de los artículos 38 y 39 de la carta, pero guarda silencio sobre el citado artículo 34 del mismo cuerpo normativo. Como en la parte final de los dos primeros incisos de esa disposición se establece que el juez fijará el monto de la acción popular y que la adición a la sentencia incluirá el incentivo adicional a favor del actor, no se puede asumir que el incentivo no existe actualmente..."*.

mutandi respecto de los primeros?; *(ii)* la medida adoptada satisface los criterios de proporcionalidad y razonabilidad que limitan la amplia facultad de configuración del legislador?; *(iii)* además de servir como estímulo en la defensa de los derechos colectivos, el incentivo cumple roles adicionales que transforman su naturaleza de meramente instrumental a esencial en la justiciabilidad de esos derechos?

La ponencia inicial[33], partiendo de una concepción amplia de los derechos colectivos, de la acción popular como su mecanismo de efectivización y del incentivo como uno de sus elemento estructurales, declaraba la inexequibilidad de la ley demandada, al considerar que la supresión propuesta constituía *"…una medida regresiva de los derechos e intereses colectivos, de carácter injustificado…",* al tiempo que implicaba *"…una afectación desproporcionada e irrazonable a las posibilidades materiales de acceso a la acción popular…" .*

Sin embargo, esta fue derrotada y reemplazada por una nueva ponencia que avalaba en su integridad la supresión del incentivo, al estimar que dicha medida en manera alguna contravenía los mandatos constitucionales, ni podía ser calificada como regresiva, ya que el legislador, en ejercicio de la amplia facultad de configuración lo que buscó a través de ella fue mejorar el ejercicio del derecho político, eliminando la figura que pese a haber sido concebida como un instrumento útil se había transformado en perversa con consecuencias reprochables e inconvenientes.

A continuación se presenta la argumentación esgrimida desde cada perspectiva, que permitió dar respuesta a los cuestionamientos generales antes enunciados.

[33] Ponencia derrotada presentada por el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, cuyos argumentos fueron reiterados en el único salvamento de voto con el que contó dicha sentencia.

Aspectos en tensión	**La sentencia**	**El salvamento**
Relación entre la protección de los derechos colectivos y la vigencia de los derechos sociales. Aplicación del ppio de progresividad y prohibición de regresividad	"…aunque la eficacia de los derechos colectivos reconocidos por la Constitución y la ley tenga relaciones – en ocasiones inescindibles con la garantía efectiva de los derechos sociales , para la Sala es clara que esta relación no puede llevar a dejar de diferenciar los medios procesales contemplados para proteger los diferentes derechos constitucionales…Por tanto, es entendible que las acciones populares, al versar sobre derechos e intereses colectivos, puedan también servir de herramientas para la protección de los derechos sociales, en los casos en los que exista una clara relación entre la garantía de los unos y los otros. No obstante, ello no quiere decir que la acción popular, contemplada en el artículo 88 de la Constitución Política de 1991, para proteger tales derechos e intereses colectivos, pueda ser entendida como el medio principal e idóneo para la defensa de los derechos sociales …La derogación del incentivo no es una norma por tanto, que defina o establezca un estándar de protección de algún derecho social… Es una medida que no puede ser considerada regresiva por cuanto no recorta o limita de forma sustancial el derecho a acceder a la protección de los derechos colectivos. Se trata de suprimir una herramienta que no formaba en sí parte del derecho, sino que constituía un medio para estimular su uso, no existe en estricto sentido un requisito o carga adicional que se imponga a las partes…".	"…los derechos e intereses colectivos tienen tanto facetas prestacionales como vínculos inescindibles con la eficacia de los derechos sociales. De este modo, a partir de la jurisprudencia actual de la Corte, resultaba forzoso concluir que las acciones destinadas a la exigibilidad judicial de esos derechos e intereses están cobijadas por el principio de progresividad y prohibición correlativa de regresividad…".
Interpretación del alcance del incentivo	"…el incentivo económico derogado por la ley objeto de análisis era un medio que se orientaba a premiar y promover la defensa de los derechos e intereses colectivos. Es decir, es una medida que no se justifica en sí misma, sino por el hecho de ser un medio para lograr un fin determinado,	"…El incentivo económico previsto en la ley era un estímulo a favor del actor popular que obtuviera una sentencia favorable a la protección de los derechos e intereses colectivos, pero este incentivo

	promover y estimular el ejercicio de la acción popular. Es decir era un medio legal que se consideraba adecuado para garantizar el goce efectivo de un derecho político concreto: interponer acciones populares, con lo cual se buscaba a su vez, otra finalidad: garantizar el goce efectivo de los derechos colectivos. Este estímulo era distinto a otras condenas dinerarias que se impusieran en razón del fallo, entre ellos el pago de los perjuicios cuando se haya causado a un derecho e interés colectivo, a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo. Se trata de un incentivo que funciona como estímulo para actuar a favor del interés colectivo no como contraprestación a los daños causados o a los costos que represente el proceso...".	además cumplía otras funciones como: **(i) compensatoria**, en la medida que compensaba los esfuerzos personales y financieros en que incurre el actor popular para agenciar derechos e intereses colectivos; **(ii) de estímulo**, pues no solo estimula la presentación de acciones para la defensa de esos derechos e intereses, sino que también desincentiva a los agentes que los vulneran, en razón de la posibilidad de su exigibilidad judicial; **(iii) de equiparación en las cargas procesales,** toda vez que equipara a las partes dentro de la acción popular, que como regla general se encuentran en situación de desventaja evidente de medios y oportunidades; y, **(iv) de redistribución de recursos**, pues permite redistribuir recursos a favor de la exigibilidad de derechos sociales y colectivos a favor de las poblaciones más vulnerables, a través del financiamiento del Fondo para la Defensa de Intereses Colectivos, administrado por la Defensoría del Pueblo…Precisamente, estas funciones no fueron evidenciadas por la mayoría, lo que en mi criterio ocasiona la comprensión insuficiente y aislada del incentivo mencionado. En especial, advierto que el Pleno desestimó la presencia de las funciones de equiparación y de redistribución, a pesar que

		los textos legales pertinentes y la jurisprudencia de la Corte ofrecen fundamento suficiente para ello..."
La libertad de configuración del legislador	"Otro de los campos en los cuales el Congreso de la República goza de un amplio margen de configuración normativa es respecto de la derogatoria de normas. Ciertamente, acorde con el artículo 150-1 constitucional, al legislador le corresponde hacer leyes y a través de ellas las puede interpretar, reformar o *derogar*.[34] …No obstante, el hecho de que el legislador pueda constitucionalmente establecer un incentivo en favor de la acción popular, no implica que el legislador pierda su poder de legislar y no pueda modificar o alterar dicho incentivo, por ejemplo, porque lo consideró un mal mecanismo para el legítimo fin propuesto. La decisión que adoptó la Corte Constitucional en aquella oportunidad, de ninguna forma implicó que el legislador, por ejemplo, no pudiera alterar aspectos del incentivo tales como el monto, la base para calcularlo, las condiciones para hacerse acreedor a dicho incentivo, la determinación del obligado a pagarlo o, incluso, la existencia del mismo.	"…aunque la Ley 1425 de 2010 fue expedida en uso de las amplias facultades legislativas en materia de fijación de los procedimientos judiciales, excede los límites que la prohibición de regresividad contiene, en tanto impone injustificadamente barreras para el acceso material a las acciones populares. Por ende, no resulta válido concluir que la constitucionalidad del precepto reposa en la amplia competencia citada.
Proporcionalidad y razonabilidad de la medida	No obstante ese amplio margen de discrecionalidad con que cuenta el legislador para establecer las formas o actuaciones procesales o administrativas, implica que ellas deben ser razonables y proporcionales al fin para el cual fueron concebidas…la Corte encuentra que la medida legislativa busca cumplir con finalidades constitucionalmente legítimas. El propósito principal del legislador era, por tanto, promover una mejor y más adecuada defensa de los interese	"…la Ley 1425 de 2010 no cumple con un juicio de proporcionalidad específico, puesto que la derogatoria del incentivo afecta irrazonable y desproporcionadamente la justiciabilidad de los derechos e intereses colectivos, además que implica idéntico tratamiento frente al actor popular e incide desfavorablemente en la

[34] La derogación de la ley implica la cesación de su eficacia, y se produce cuando mediante otra ley posterior de igual o mayor jerarquía, se priva de su fuerza vinculante, reemplazándola o no por un nuevo precepto. Según las reglas generales de interpretación de las leyes, la derogación puede ser expresa, cuando la nueva ley suprime específica y formalmente la anterior; tácita, cuando la nueva normatividad contiene disposiciones incompatibles o contrarias a las de la antigua; y orgánica, cuando una ley reglamenta integralmente la materia, aunque no exista incompatibilidad con las normas precedentes. Sentencia C-778 de 2001 (MP. Jaime Araujo Rentería).

	colectivos, promoviendo la interposición de las acciones populares que más afecten a la comunidad, y no que más lucren a las personas. Además, se busca la defensa del erario público, reducir la congestión judicial y promover comportamientos ciudadanos acordes con el principio de solidaridad. Se trata de asuntos que están estrechamente relacionados con la vigencia de diversos bienes constitucionales, como la celeridad en la prestación del servicio público de administración de justicia y el uso adecuado de los recursos del estado y de los entes territoriales….es posible que se hubiera podido proponer una regulación distinta acerca del incentivo, sin embargo el congreso optó por suprimirlo. No compete al juez constitucional entrar a debatir o a establecer cuál de aquellas fórmulas hubiese sido la óptima. Le compete establecer si la medida elegida busca un fin legítimo, mediante un medio no prohibido y que es conducente para alcanzarlo…	distribución de recursos económicos para el acceso a las acciones populares por parte de las comunidades más vulnerables. Sin embargo, luego de analizados los antecedentes que dieron lugar a la Ley acusada, es imperativo llegar a una conclusión distinta. En la justificación de la medida regresiva, el Congreso apeló a una exposición general, que refiere a lo sumo a algunos casos puntuales de abuso en el ejercicio de la acción popular y detrimento de los recursos de las entidades territoriales. No obstante, no se comprobó la ineficacia o impertinencia de las demás funciones del incentivo económico, identificadas en este salvamento de voto. Este paso era imprescindible para comprobar la tesis de la *desnaturalización* antes aludida. Además, el legislativo dejó de determinar qué derechos o intereses colectivos se verían correlativamente beneficiados con la medida regresiva. Salvo alusiones genéricas a la protección de los recursos de las entidades territoriales y la existencia de un número significativo de acciones populares sujetas al conocimiento de la jurisdicción contenciosa, el Congreso no expuso mayores razones que explicaran cuáles eran los beneficios de la medida adoptada, en términos de

		satisfacción de derechos constitucionales. Esto se explica, en buena medida, en la ausencia de estudio acerca de las diferentes funciones del estímulo económico en el agenciamiento en sede judicial de derechos e intereses colectivos.

Como se observa, se trata de dos visiones que si bien parten de reconocer la importancia de la acción popular por su objeto de protección (derechos colectivos) y por la doble dimensión que ostenta, esto es política (como mecanismo de participación) y social (dada la intervención en asuntos comunitarios), después de revisar las mismas categorías jurídicas y de coincidir en la intensidad del juicio aplicable arriban a conclusiones diametralmente opuestas.

La Corte desde que inicia su examen de alguna manera anuncia el sentido del mismo, cuando precisa que la eliminación del incentivo si bien es cierto, toca un aspecto relacionado con las acciones populares *"en sí mismo consideradas un derecho fundamental, político y constitucional"*, en la medida en que éste no constituye un elemento estructural, ni se refiere a su contenido esencial, ni regula un aspecto inherente al ejercicio del derecho o involucra medidas que afecten el ámbito de protección, su desarrollo legal no desconoce la reserva de ley estatutaria.

De allí en adelante realiza todo un esfuerzo argumentativo para dejar claras las nociones de derechos sociales y colectivos así como sus puntos de encuentro y desencuentro; para reconocerle al legislador su amplia facultad de configuración que lo habilita tanto para fijar estímulos como eliminarlos sin que una u otra decisión se torne necesariamente en inconstitucional y en todo caso, para concluir que el legislador no desconoció el principio de progresividad y su correlativa prohibición de no regresividad, ya que el test intermedio aplicado en

esa oportunidad, muestra que los fines perseguidos eran constitucionalmente aceptables y el medio utilizado -eliminación del incentivo- era legítimo y conducente.

En contraposición a lo anterior, la ponencia derrotada y que más adelante sirvió de fundamento para el salvamento de voto, arranca su argumentación advirtiendo que la decisión mayoritaria cuenta con un grave error estructural que distorsiona la solución del caso, ya que acudiendo a un análisis formal, lo acepta sólo como estímulo para el ejercicio de la acción y como elemento de compensación en la medida en que reconoce el esfuerzo personal del actor, pero ignora una doble función adicional: el equilibrio de las cargas procesales y su carácter redistributivo, de allí que su eliminación incida negativamente en el ejercicio de la acción popular y en consecuencia, en la protección de los derechos colectivos e incurra en la prohibición de regresividad aplicable a los derechos sociales y por su inescindible relación con éstos, a los colectivos.

Además, pese a que acepta que el juicio de constitucionalidad aplicable al caso concreto es el intermedio, y en este sentido, comparte que los propósitos buscados son constitucionalmente aceptables, discrepa de la necesidad de la medida, ya que durante el trámite legislativo, quedó en evidencia la existencia de medidas menos agresivas que la supresión del mecanismo, a través de las cuales se podrían haber obtenido los cometidos que se invocaban.

De esa disparidad de posturas surgen las siguientes preguntas, ¿era necesaria la supresión de la figura del incentivo económico?, ¿Por tratarse de una medida que comporta una limitación, ¿el congreso estaba en la obligación de justificar la necesidad de la misma? Y finalmente, ¿hasta dónde el juez constitucional debe abordar su examen?.

Podríamos intentar una respuesta inicial indicando que dicha cuestión depende de la intensidad del juicio aplicable, pero curiosamente, como ya se advirtió, tanto la mayoría de la sala plena que adoptó la decisión final, como el magistrado disidente coincidieron en que en casos como el que nos ocupa, la

intensidad del juicio debe ser intermedia. Sin embargo, a diferencia de la Corte quien se limitó a afirmar que la aplicación de este tipo de test, la releva de efectuar un examen riguroso y exigente, el magistrado evaluó el debate que efectivamente se surtió al interior del Congreso y concluyó que éste no satisfacía los criterios jurisprudenciales para obtener el aval constitucional[35].

Atendiendo a lo sustentado en el debate legislativo y posteriormente el surtido ante la Corte Constitucional coincidimos con quienes sostenían que era necesaria su reforma más no su eliminación. Veamos porque: con la declaración de exequibilidad contenida en la sentencia C-459 de 2004, el incentivo había superado su primer gran escollo, ya que en sentir de la Corte éste se acompasaba con el texto constitucional y se convertía en una herramienta útil en la promoción de la defensa de los derechos colectivos.

Lo que lo hizo entonces censurable a los ojos del legislador hasta el punto de su eliminación, decisión que en últimas contó con la aprobación del juez constitucional, fueron los nefastos efectos que su reconocimiento produjo durante sus doce años de vigencia.

Así las cosas, surge la inquietud de cómo el legislador arribó a dicha conclusión y es allí donde cobra importancia el proceso previo a la expedición de la ley, circunstancia que finalmente constituye su mayor fragilidad, toda vez que las razones de inconveniencia aducidas por el gobierno para proponer su eliminación fueron soportadas en cifras o en información en general que no se compadecían con lo expuesto[36].

---

[35] C-C-630-2011 "…En suma, no está acreditada la necesidad de la medida, comprendida como la exclusión de otras políticas menos regresivas, circunstancia que afecta la constitucionalidad de la Ley 1425 de 2010. Esto en el entendido que el Congreso no demostró con suficiencia una relación de causalidad entre algunas casos, incluso sistemáticas, de abuso en el ejercicio de la acción popular, y la obligatoriedad de eliminación del incentivo económico, de manera definitiva y absoluta, haciéndose abstracción de otras medidas alternativas…" (pp 150).

[36] **MONROY CELY** Daniel& **PINZÓN CAMARGO** Mario. Análisis Económico de los derechos colectivos y su mecanismo de protección jurisdiccional en Colombia: El papel de los incentivos, la acción colectiva y la provisión de bienes públicos. Revista de Derecho y Economía No. 36, pp 11-58, 2012. "…*llama la atención la forma como el gobierno nacional y el mismo Congreso de la República manejaron la información y particularmente las cifras consignadas en algunos estudios realizados por diversas entidades (públicas y privadas), que constituyeron –en nuestro concepto- el punto más fuerte que sustentó la eliminación del incentivo. Al respecto, procedemos a descartar brevemente, y con base en los mismos estudios utilizados por el Congreso, cada uno de los argumentos presentaron (sic) y que sustentaron en últimas la expedición de la Ley 1425 de 2010:*

Pero, ¿podía o mejor debía la Corte revisar lo planteado?, definitivamente sí. En este sentido, el salvamento abordó aspectos que no fueron considerados en la decisión final y que de haberlo sido habrían arrojado un resultado diferente.

El artículo 88 de la Carta al constitucionalizar los derechos colectivos y al atribuirle al legislador la obligación de regular las acciones populares está delegándole el diseño de una estructura procesal que constituya un verdadero mecanismo de defensa de esos derechos. Bajo el entendido de que en un Estado Social de Derecho como el nuestro, las garantías reconocidas en el texto Fundamental constituyen derechos plenos, le corresponde al Estado impulsar su realización y eliminar cualquier obstáculo que impida su concreción. Con acierto indicaba Gelsi Bidart que ninguna garantía resulta eficaz ni adecuada si no tiene una vía útil para concretar la protección que se dispensa en las normas fundamentales.

Existe una corresponsabilidad tanto del poder legislativo como del judicial, del primero en el sentido de adoptar medidas necesarias para su adecuada caracterización y del segundo, de proferir decisiones que preserven su

---

- *En primer lugar, es de advertir que las cifras dadas por el DANE y que cita el Congreso en los informes de ponencia corresponden a una encuesta sobre cultura política realizada en el 2007 y relacionada con el conocimiento por parte de la ciudadanía de los instrumentos de protección de derechos" cuyo resultado fue que el 64% de los encuestados no conocía la "Acción Popular"; al respecto es claro que este hallazgo es irrelevante en lo relativo a la congestión judicial y a la afectación del erario.*
- *En segundo lugar y respecto del estudio de la CEJ y tal como quedó consignado en los informes de ponencia, se resaltan algunos problemas relacionados con los incentivos de la ley 472 de 1998…sin embargo omiten los informes del Congreso que en este caso el estudio de la CEJ se refiere específicamente al derecho a la moralidad administrativa (art 40), el cual , según el estudio adelantado por LONDOÑO, et al (2009), corresponde solamente al 8.3% de los derechos colectivos invocados en las acciones populares en las cuales el Consejo de estado ha tenido conocimiento. Adicionalmente, lo que resulta incluso más preocupante respecto de los argumentos del Congreso, es que el estudio adelantado por la CEJ no sugiere de forma alguna que los mencionados incentivos deban ser eliminados de la legislación, contrario a ello, el estudio indica respecto de aquellos indicados originalmente en el art. 39 que `…su existencia y su monto parecen adecuados para el cumplimiento de los fines para los cuales se diseñó´…Evidentemente y tal como lo resaltó el Congreso, la jurisdicción administrativa recibe más de las tres cuartas partes de las acciones populares pero aún así, dichos mecanismos representan solamente el 8.23% de la carga total de esta jurisdicción, lo que en todo caso, es seis veces menos que la acción judicial más común en la misma; Adicionalmente llama la atención el hecho de que el mismo CSJ resalta que el índice de evacuación parcial de toda la jurisdicción administrativa fue para el año 2009 del 103%, siendo "destacado" incluso el papel de los jueces administrativos, cuyo índice de evacuación fue del 111.2% en el mismo periodo"…En este orden de ideas, resulta innegable la incoherencia y fragilidad de las consideraciones formuladas inicialmente por el Gobierno nacional que sustentaron la eliminación de los mencionados incentivos económicos originalmente consignados en la Ley 472 de 1998, argumentos que no obstante fueron reiterados y fortalecidos en los subsecuentes debates en el Congreso de la República y que a la postre sustentaron la expedición de la actual Ley 1425 de 2010[36]…".*

contenido y consistencia, lo anterior, a fin de evitar la inoperancia de los mecanismos constitucionales.

Visto desde la perspectiva del derecho procesal constitucional, donde se concibe el proceso como instrumento fundamental en la efectivización de los derechos, una modificación, restricción o limitación al diseño procesal inicial justificaba tal como se plantea en el salvamento, una revisión más detallada de las razones esgrimidas por el legislador como fundamento de su decisión, máxime cuando de un lado, su eliminación obedeció no a razones de legalidad sino de conveniencia, y de otra parte, cuando se reconoce su estrecha (casi inescindible) relación con la protección de los derechos sociales.

Frente a este último aspecto, conviene plantear algunas reflexiones sobre una problemática mucho más profunda que asoma detrás de los planteamientos expuestos y es el contenido mismo de la prohibición de regresividad y su justiciabilidad, que ha sido planteado en su real dimensión en el artículo *"¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad?" Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana…",* donde de manera bastante pedagógica los autores la formulan en los siguientes términos: *"Existe un cierto acuerdo doctrinario en que una de las consecuencias importantes del principio de progresividad en materia de derechos sociales es la llamada prohibición de retroceso o principio de regresividad. El argumento es simple: si los Estados tienen el deber de progresivamente lograr la plena vigencia de los derechos sociales, como lo establecen las normas que definen las obligaciones de los Estados en el Protocolo de San Salvador y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, entonces parece razonable concluir que las autoridades al menos tienen el deber de no retroceder cuando ya se ha alcanzado un deber de protección de un determinado derecho social. A primera vista, esa prohibición de regresividad parece además tener un significado simple, pues impondría a los Estados una interdicción: las autoridades no podrán disminuir*

el nivel de protección de un derecho social que ya había alcanzado anteriormente a través de la legislación o de otras medidas políticas o jurídicas.

Sin embargo, a pesar de su aparente simplicidad, la prohibición de retroceso plantea interrogantes complejos, pues no es claro cuál es su alcance. Así a menudo muchos gobiernos y legisladores introducen medidas que retroceden en la protección de un derecho de contenido social, pero aducen que esto era necesario, pues el Estado no contaba con los recursos para garantizar la sostenibilidad de estas obligaciones o que el sistema de reparto de recursos se había tornado inequitativo e ineficiente ¿Estamos en estos casos frente a una violación de una prohibición de retrocesos, que además puede ser declarado en sede judicial? ¿O puede tratarse de restricciones justificadas por cuanto la posible disminución de la protección legal para un grupo poblacional pudo verse compensada por el aumento del goce de otros derechos por otras personas?.

Las respuestas a esos interrogantes no son fáciles, pues dependen no sólo del alcance que se otorgue a dicha prohibición (y en especial si ésta es o no considerada como una interdicción absoluta), sino también de si existen herramientas conceptuales y metodológicas para determinar judicialmente si efectivamente, en un caso determinado, una medida ha vulnerado o no la prohibición de retroceso".

Con el fin de intentar construir una dogmática sobre la prohibición de regresividad que facilite su control judicial, acuden a la jurisprudencia constitucional que se ha ocupado de temas similares y después de una juiciosa evaluación logran identificar que la corporación ha utilizado tres tesis diferentes a saber: ***(i)*** en un principio admitió regulaciones regresivas al considerar que existen razones de orden social y económico que no pueden ser ignoradas por el legislador, siempre y cuando éstas no afecten derechos adquiridos; ***(ii)*** en un segundo momento, adoptó la tesis contraria, es decir, consideró que con independencia de los motivos que dieron lugar a su

adopción, cualquier retroceso de niveles de protección alcanzados en materia de derechos sociales suponen una violación directa del principio de progresividad y no regresividad; ***(iii)*** Y, finalmente, adoptó una postura intermedia, que el profesor Uprimny[37], define en los siguientes términos: *"...esta tesis intermedia sostiene que no toda disminución en el alcance de estos derechos está prohibida, ya que el legislador puede restringir el contenido protegido de un derecho, siempre que justifique claramente que se trata de una reducción que fue cuidadosamente analizada y que resulta no sólo razonable y proporcionada, sino incluso necesaria, para alcanzar propósitos constitucionales muy importantes, incluso imperiosos"*.

Finalmente, concluyen refiriéndose a la tarea de la Corte en esta materia *"Esa labor ha llevado a la CCC a innovar doctrinariamente en este campo, proponiendo nuevos conceptos- como los de las expectativas legítimas- o herramientas metodológicas específicas, como sus reflexiones sobre los test que deben ser aplicados para determinar si hubo o no retroceso injustificado. Esto no significa obviamente que la labor de la CCC haya sido impecable. Como creemos haberlo demostrado, sus fallos muestran importantes vacilaciones y desaciertos graves. Pero difícilmente podía ser de otra forma pues estamos frente a un campo dinámico de innovación, en donde los jueces, los litigantes y la doctrina deben marchar por terrenos aún movedizos e inseguros. Creemos empero que el trabajo de la CCC en estos años ha sido notable, pues ha mostrado que es posible dotar en la práctica judicial, al principio de no regresividad de un contenido normativo justiciable. Y que además es posible avanzar en la elaboración de una dogmática en este campo, que sea vigorosa en la defensa de los derechos sociales frente a eventuales retrocesos, pero que sea igualmente respetuosa de las competencias de los órgano políticos e incluso promueva la deliberación democrática y ciudadana sobre estos temas"*.

[37] **UPRYMNI RODRIGO- GUARNIZO DIANA** ¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad' Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana. http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=derechos_sociales&publicacion=180

Pareciera entonces que nos encontramos frente a una zona de indefinición muy amplia, que debe ser completada o complementada por el juzgador constitucional quien en últimas es quien le da contenido a la eventual vulneración del legislador al establecer límites o medidas restrictivas en materia de derechos sociales. Entendemos que tal como lo indica el artículo citado líneas arriba, se trata de un debate inacabado, si se quiere en construcción, pero resulta del todo deseable que se siga trabajando en procura de trazar reglas más claras y definidas en pro de identificar los límites de la amplia facultad de configuración del legislador, así como de determinar los espacios del juez al revisarlos, sin que en este proceso de reglamentación y revisión resulten sacrificados los derechos.

No se puede desconocer el grado de dificultad que la definición de la naturaleza del incentivo ha representado. El mismo Consejo de Estado en la sentencia de unificación de jurisprudencia proferida el 3 de septiembre de 2013[38], con el fin de solucionar la disparidad de criterios de las secciones primera y tercera en torno a la procedencia de su reconocimiento en los asuntos que a la fecha de su eliminación se encontraban en trámite, planteó dos hipótesis, la primera que partía de considerar el carácter sustancial de las disposiciones que consagraban el incentivo y la segunda, de reconocerle el carácter procesal a dichas normas. Finalmente, concluyó que *"indistintamente"* del carácter sustantivo o procedimental que se le atribuyera a los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, por efectos de su derogatoria la definición de su naturaleza para ese entonces resultaba irrelevante, en últimas, aún en sede de unificación, se abstuvo de tomar partido por cualquiera de dichas posturas argumentando la inutilidad de la discusión.

Como se observa, la polémica fue una constante que rodeó la figura del incentivo desde su consagración en la Ley 472 de 1998 y cualquier postura sobre su naturaleza y conveniencia resultó siempre siendo objeto de controversia.

[38] Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de 3 de septiembre de 2013 de. Expediente 2009-1566

En suma, podemos afirmar que si bien es cierto, se presentó un abuso en ejercicio de la acción popular que ameritada la modificación de su marco legal, y para cuyo efecto se presentaron abundantes propuestas, la supresión del incentivo económico como solución única no se compadecía con la problemática planteada.

2.- Consecuencias de la eliminación y propuestas de construcción para la salvaguarda de los derechos colectivos

De acuerdo con información suministrada por el Consejo Superior de la Judicatura, extraída de los informes estadísticos que trimestralmente rinden jueces y magistrados, y que será detenidamente revisada en un capítulo aparte, se logró constatar que la eliminación de la figura, desincentivó el ejercicio de la acción en un sesenta por ciento aproximadamente.

Las cifras recogidas muestran un notable descenso en el ejercicio de la demanda, que al parecer le dan la razón al salvamento de voto, cuando refiriéndose a la eliminación del incentivo, advirtió *"…su derogación no es un asunto formal de definición de los procedimientos judiciales, sino una profunda transformación de la acción popular, que la torna inoperante en la medida que la hace depender de acciones heroicas o netamente altruistas de los ciudadanos o, incluso, de intereses estratégicos en su formulación, que la distancian de la protección de los derechos colectivos y de los derechos sociales…"*.

Este escenario es confirmado en un interesante estudio contenido en el artículo ***"El papel de los incentivos, la acción colectiva y la provisión de bienes públicos"[39],*** donde los autores proponen una relectura de los derechos colectivos esta vez desde la perspectiva del análisis económico del derecho, para cuyo efecto, parten de considerar éste tipo de derechos como bienes públicos y el incentivo como un estímulo en la producción de estos bienes.

[39] **MONROY CELY** Daniel& **PINZÓN CAMARGO** Mario. Análisis Económico de los derechos colectivos y su mecanismo de protección jurisdiccional en Colombia: El papel de los incentivos, la acción colectiva y la provisión de bienes públicos. Revista de Derecho y Economía No. 36, pp 11-58, 2012.

Para ellos, desde una perspectiva netamente económica: *"Resulta claro que la solución adoptada en la Ley 1425 de 2010, provoca un resultado negativo, por cuanto al derogarse los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, por medio de los cuales se asignaban incentivos selectivos hace que el problema de acción colectiva se haga evidente*. Y, finalmente concluyen en el sentido de precisar que ***(i)*** el incentivo es un mecanismo orientador de la conducta de los individuos ***(ii)*** nos enfrentamos a un escenario de desprotección de los derechos colectivos ***(iii)*** el costo de la eliminación del incentivo como mecanismo de estímulo, a largo plazo puede ser mayor que el que se pretendía evitar[40] ***(iv)*** con el fin de corregir dicha situación es necesario buscar un mecanismo que promueva la producción de los bienes- entiéndase el amparo de los derechos colectivos-, y que se caracterice por: no afectar el erario, no propiciar congestión judicial; y, alcanzar un superior de pareto *"es decir una situación en donde se mejore la situación de una de las partes interesadas sin afectar la situación de las demás. Para el caso concreto, la situación propuesta se lograría al alcanzar un escenario en donde se cumplan las motivaciones que llevaron a derogar los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998, y a su vez se permita continuar con la protección de los derechos colectivos en situaciones diferentes a las señaladas como extremas"*.. A título de ejemplo proponen un ajuste al marco institucional con el fin de que se incluyan incentivos como los previstos en la Ley 403 de 1997.

En similar sentido, el artículo ***¿Podrán las acciones populares colombianas sobrevivir a los recientes ataques legislativos y jurisprudenciales?***[41] formula algunas preocupaciones relacionadas con el debilitamiento de la acción producido entre otras causas por la eliminación del incentivo económico y la consecuente necesidad de que ante este panorama se promueva la intervención de otro tipo de actores populares como las clínicas jurídicas de las

[40] "En el estado actual de cosas, la estrategia propuesta por el legislador colombiano deja incólumes los costos asociados a la conducta de los agentes, pero al mismo tiempo afecta drásticamente los beneficios individuales, con lo cual se logra que en efecto se desincentive la conducta (*v.g.* que disminuya la magnitud de las acciones populares), lo cual reduce potencialmente la congestión judicial, pero puede generar unas consecuencias negativas incluso superiores a las que está tratando de controlar".

[41] **LONDOÑO TORO** Beatriz & Torres Villarreal María Lucía. ¿Podrán las acciones populares colombianas sobrevivir a los recientes ataques legislativos y jurisprudenciales?. 124 Vniversitas. Pp 235-259. 2012.

universidades y las ONG interesadas en la defensa de lo público; de igual modo, en su condición de garantes de los derechos colectivos, se fortalezca el ministerio público, en particular la Defensoría del Pueblo y se reclame ante los operadores judiciales el reconocimiento de costas.

A título de conclusión, se puede afirmar que aunque resulta evidente el abuso del ejercicio de la acción popular, la solución que se pretendió dar a dicha problemática con la supresión del incentivo resultó descontextualizada. En esa medida, con el fin de procurar la efectiva protección de los derechos colectivos resulta necesario, mantener el debate abierto frente a la fijación de incentivos así sea de naturaleza diferente a la dineraria.

II. DECADENCIA DEL PACTO DE CUMPLIMIENTO

A) Generalidades

Al consagrar un capítulo especial para la protección y aplicación de los derechos, la Constitución Política, en su artículo 88, difiere en forma directa a la ley la reglamentación de las acciones populares y de grupo.

En desarrollo de este mandato se expidió la Ley 472 de 1998, que consagra en su parte sustantiva los derechos de carácter colectivo que son susceptibles de protección por vía judicial y, en lo atinente a la parte procedimental establece los presupuestos procesales de la acción, entre ellos la legitimación en la causa por activa y por pasiva, la dualidad de jurisdicción según de donde provenga la amenaza o vulneración del derecho colectivo, la caducidad de la acción y los efectos de la sentencia.

De igual modo, esta legislación introduce una etapa procesal única y exclusiva para la acción popular, que es conocida como la audiencia de pacto de cumplimiento cuya regulación quedó prevista en el artículo 27 de la Ley 472/98[42], que permite obtener una definición anticipada de la controversia planteada por el actor popular.

[42] "El juez, dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, citará a las partes y al Ministerio Público a una audiencia especial en la cual el juez escuchará las diversas posiciones sobre la acción instaurada, pudiendo intervenir también las personas naturales o jurídicas que hayan registrado comentarios escritos sobre el proyecto. La intervención del Ministerio Público y de la entidad responsable de velar por el derecho o interés colectivo será obligatoria. La inasistencia a esta audiencia por parte de los funcionarios competentes, hará que incurran en causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo. Si antes de la hora señalada para la audiencia, algunas de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará nueva fecha para la audiencia, no antes del quinto día siguiente ni después del décimo día, por auto que no tendrá recursos, sin que pueda haber otro aplazamiento. En dicha audiencia podrá establecerse un pacto de cumplimiento a iniciativa del juez en el que se determine la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, de ser posible. El pacto de cumplimiento así celebrado será revisado por el juez en un plazo de cinco (5) días, contados a partir de su celebración. Si observare vicios de ilegalidad en alguno de los contenidos del proyecto de pacto, éstos serán corregidos por el juez con el consentimiento de las partes interesadas. La audiencia se considerará fallida en los siguientes eventos:
a) Cuando no compareciere la totalidad de las partes interesadas;
b) Cuando no se formule proyecto de pacto de cumplimiento;
c) Cuando las partes no consientan en las correcciones que el juez proponga al proyecto de pacto de cumplimiento.
En estos eventos el juez ordenará la práctica de pruebas, sin perjuicio de las acciones que procedieren contra los funcionarios públicos ausentes en el evento contemplado en el literal a). La aprobación del pacto de cumplimiento se surtirá mediante sentencia, cuya parte resolutiva será publicada en un diario de amplia circulación nacional a costa de las partes involucradas. El juez conservará la competencia para su ejecución y podrá designar a una persona natural o jurídica como auditor que vigile y asegure el cumplimiento de la fórmula de solución del conflicto.

En la sentencia C-215 de 1999, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 27 de la Ley 472 de 1998, argumentando que su previsión encajaba dentro del ordenamiento constitucional y se ajustaba a la realización de los principios de eficacia, economía y celeridad, aplicables tanto a la administración pública como judicial.

Con relación a su finalidad advirtió: *"El objetivo que persigue el pacto de cumplimiento es, previa la convocatoria del juez, que las partes puedan llegar a un acuerdo de voluntades para obtener el oportuno restablecimiento y reparación de los perjuicios ocasionados a los derechos e intereses colectivos, dando con ello una terminación anticipada al proceso y solución de un conflicto y por ende, un menor desgaste para el aparato judicial, además cabe observar que el acuerdo no solo debe ser avalado por el juez, en el caso de encontrar que el proyecto no contiene visos de ilegalidad, sino que ha de contar con la intervención del ministerio público, cuyo papel es el de proteger los derechos colectivos en juego, dada su función de "defensor de los intereses colectivos".*

Sin embargo, consideró que por tratarse de derechos colectivos cuya titularidad es difusa, a la sentencia que aprueba el pacto de cumplimiento no se le puede reconocer el alcance de cosa juzgada absoluta, según precisó, una interpretación en tal sentido desatendería el debido proceso y el derecho de acceso a la justicia, razón por la cual, condicionó su exequibilidad bajo el entendido de que éstas sentencias aprobatorias hacen tránsito a cosa juzgada absoluta *"…salvo que se presenten hechos nuevos y causas distintas a las alegadas en el respectivo proceso, así como informaciones técnicas que no fueron apreciadas por el juez y las partes al momento de celebrarse dicho pacto, caso en el cual, el fallo que lo prueba tendrá apenas el alcance de cosa juzgada relativa…".*

En cuanto al demandado puntualizó que debe reconocer su infracción y aceptar la reparación de los daños ocasionados, en beneficio de los directamente perjudicados y de la sociedad en general.

B) Características de la audiencia

1.- Naturaleza. La ley la define como una audiencia especial. Se trata de un mecanismo de concertación que de prosperar pone fin al proceso. Aunque al igual que ocurre con la conciliación, el objetivo primordial de la audiencia especial de pacto de cumplimiento es la obtención de un acuerdo entre las partes, en este caso respecto de la protección de los derechos colectivos presuntamente vulnerados, el Consejo de Estado ha insistido en diferenciarla de la primera partiendo de la distinción de los derechos en discusión, es decir, mientras que en la conciliación se trata de derechos individuales subjetivos por naturaleza negociables, en la audiencia especial el eventual arreglo versa sobre el amparo de derechos colectivos cuya titularidad como se ha reiterado a lo largo de este trabajo reposa en la comunidad, no se está negociando el derecho sino acordando su forma de protección.

Sobre este aspecto en particular, en sentencia de 15 de abril de 2010, el Consejo de Estado sostuvo: *"…Es importante en este punto diferenciar la figura del pacto de cumplimiento de las conciliaciones que se llevan a cabo en los demás procesos judiciales. Las acciones populares están previstas para la protección de los derechos e intereses colectivos, es este su bien jurídico tutelado, por lo tanto el pacto de cumplimiento no versa sobre la disposición de derechos individuales subjetivos, susceptible de ser negociados, sino sobre derechos que le pertenecen a toda la colectividad y el acuerdo que se logra es precisamente la forma como esos bienes colectivos van a ser protegidos…".*

Una consecuencia necesaria de esta distinción es que las disposiciones que desarrollan la conciliación sólo serían aplicables a la audiencia de pacto, en la medida en que sean compatibles con su naturaleza, prueba de ello por ejemplo, es la imposibilidad de aprobar acuerdos parciales logrados en la audiencia de pacto a diferencia de la conciliación donde efectivamente, puede llegarse a un acuerdo parcial y continuar el trámite del proceso respecto de aquellas pretensiones donde no se obtuvo coincidencia alguna. Así lo indicó el

Consejo de Estado en sentencia de 27 de mayo de 2004, en el expediente 2002-770, cuando advirtió: *"Por otra parte, no es posible la existencia de un pacto de cumplimiento parcial, como tampoco lo es la existencia de un proceso con dos sentencias; de establecerse la posibilidad de un pacto de cumplimiento parcial, al final del proceso se tendría la presencia de dos sentencias, una, la aprobatoria de dicho pacto parcial, y otra, la que decidiría sobre las pretensiones no resueltas en el pacto de cumplimiento, lo cual resulta a todas luces contrario a la normativa del proceso, lo que de suyo conduciría a invalidar a actuación posterior…"*[43]

De otro lado, el auto que aprueba la conciliación presta mérito ejecutivo, surte efectos inter partes y hace tránsito a cosa juzgada, mientras que la sentencia aprobatoria del pacto de cumplimiento produce efectos erga omnes y surte efectos de cosa juzgada relativa.

2.- Intervinientes

De lo señalado en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, queda claro que a la audiencia deben concurrir ***(i)*** las partes, es decir, el actor popular y el representante legal de la entidad demandada o un funcionario por él delegado o apoderado constituido con expresa facultad para aprobar el pacto de cumplimiento[44]; ***(ii)*** el ministerio público ***(iii)*** la entidad encargada de velar por el derecho o interés colectivo y también pueden hacerlo ***(iv)*** las personas naturales o jurídicas que hayan registrado comentarios escritos sobre el proyecto.

A decir de la norma, la inasistencia de los funcionarios cuya comparecencia es obligatoria es decir del representante legal de la entidad, del ministerio público o de quien represente a la entidad encargada de la vigilancia del derecho colectivo vulnerado, constituye causal de mala conducta, por lo tanto, deberá

[43] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 27 de mayo de 2004. Expediente 2002-00770
[44] Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de 12 de febrero de 2009. Expediente 2009-1270. "En el caso presente la Sala advierte que la audiencia de pacto de cumplimiento se declaró fallida por la inasistencia sin excusa tanto del actor como del representante legal de la entidad territorial demandada, lo cual no puede pasarse por alto.

informarse de dicha circunstancia a la oficina de control disciplinario de las respectivas instituciones. Cabe destacar que al elevar a la categoría de falta disciplinaria la inasistencia de los funcionarios, quiso el legislador garantizar la efectiva realización de la audiencia de pacto y en consecuencia, del debate que en torno a la presunta vulneración del derecho colectivo se debe adelantar. Con el mismo propósito y aunque la norma no lo indica, el Consejo de Estado acudiendo a una interpretación sistemática ha precisado que si quien no comparece es el actor popular, le corresponde al juez en ejercicio de los poderes disciplinarios contenidos en el artículo 39 del CPC, imponer las sanciones correspondientes.

Sobre este punto, conviene señalar que la inasistencia del ministerio público y de la entidad encargada de la vigilancia de los derechos colectivos vulnerados acarrea responsabilidad disciplinaria pero no afecta la validez de la audiencia[45].

3.- Desarrollo de la audiencia, aprobación y ejecución del pacto de cumplimiento. La norma no dispone la forma en que se llevará a cabo la audiencia pero el objetivo de la misma impone lógicamente la intervención inicial de las partes, del ministerio público como sujeto procesal, así como de la entidad encargada de la vigilancia, bien sea para exponer el acuerdo que en esa ocasión presenten, para discutir y construir una fórmula de pacto en la audiencia o para revisar la iniciativa que el juez pueda sugerir. Aunque la norma permite la intervención de personas naturales o jurídicas, la condiciona al registro previo de esos comentarios sobre el proyecto de acuerdo, exigencia que si nos ceñimos a su tenor literal, restringe de manera importante cualquier posibilidad de participación porque ello supondría el conocimiento previo del proyecto de pacto por parte de terceros ajenos a la administración y a los actores populares, circunstancia que difícilmente se puede presentar. Por tanto, acudiendo al principio de interpretación del efecto útil de las normas, a fin de no

[45] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de marzo 16 de 2005. Expediente 2004-652 "Encuentra la Sala que si bien es cierto que la Ley 472 de 1998, estableció la obligatoriedad de la presencia del agente del ministerio público en la audiencia de pacto de cumplimiento, no erigió en causal de nulidad de esa audiencia, ni del pacto que en ella se logre, ni del proceso, la inasistencia a ella de ese funcionario".

cercenar la posibilidad de la intervención de terceros que el legislador quiso garantizar, se debería entender que el registro previo de los comentarios versará en términos generales sobre la forma de protección de los derechos colectivos, ya le corresponderá el juez su valoración en audiencia.

En caso de acuerdo, éste deberá contener la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y cuando sea posible el restablecimiento de las cosas a su estado anterior. El juez cuenta con cinco (5) días después de celebrada la audiencia para revisar su legalidad, si observa vicios debe dar oportunidad para que estos sean subsanados. La decisión de improbar el pacto será adoptada por el juez mediante auto, en tanto que la aprobatoria se hará mediante sentencia. La parte infractora deberá publicar el resuelve del fallo en un diario de amplia circulación. Respecto de la sentencia cabe destacar que de conformidad con lo previsto en el artículo 37 de la ley 472 de 1998 puede ser apelada. Además, de acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-215 de 1999, ésta hace tránsito a cosa juzgada relativa.

Finalmente, según la ley, el juez mantiene la competencia para verificar el cumplimiento del acto, con tal fin, podrá designar a un auditor que bien puede ser una persona natural o una persona jurídica.

4.- Fracaso de la audiencia:

La audiencia será fallida en tres eventos, cuando no comparezca la totalidad de las partes, cuando no se logre acuerdo frente a la forma de protección de los derechos y finalmente cuando las partes no acepten las correcciones que el juez efectúe al proyecto de pacto formulado en audiencia. En cualquiera de estos casos, el juez declarará fallida la diligencia y proseguirá con el decreto de pruebas.

Como corolario tenemos: ***(i)*** es una audiencia especial, razón por la cual, se rige por las normas allí contenidas, no siendo procedente acudir, como en

no pocas oportunidades lo reclaman, a aquellas que regulan la conciliación ***(ii)*** El juez además de dirigir la audiencia está facultado para presentar fórmulas de arreglo (obviamente en aquellos casos en que efectivamente considere que resulta viable la presentación de dicha propuesta), y para efectuar el examen de legalidad de las elevadas por las partes en las que advierta vicios de ilegalidad, potestad que no es absoluta ya que está supeditada al consentimiento de las partes, pues de no ser así, la misma disposición prevé que se declarará fallida la audiencia; ***(iii)*** Ordena la intervención obligatoria del ministerio público y de la entidad encargada de velar por los derechos colectivos presuntamente vulnerados, lo que se traduce en el reconocimiento de la importancia de las funciones de vigilancia y control de dichas instituciones. ***(iv)*** Contempla sanciones por la inasistencia de los funcionarios que deben comparecer ***(v)*** Garantiza la intervención de las partes y de las personas naturales o jurídicas siempre, cuando hayan registrado comentarios con antelación a la diligencia; ***(vi)*** Prevé el fracaso de la audiencia en tres eventos, ante la inasistencia de las partes, por la negativa a presentar fórmula de arreglo y como se dijo líneas atrás por la falta de consentimiento de las partes a las correcciones formuladas por el juez.

C) Debilidades de la audiencia especial de pacto de cumplimiento

Aunque el planteamiento de este documento parte de identificar las modificaciones legales del esquema procesal que lo hayan afectado como mecanismo de protección, en este caso, es necesario advertir que a diferencia de lo que ocurrió con el incentivo, desde la promulgación de la Ley 472 de 1998, el artículo 27 que prevé la realización de esta audiencia no ha sido objeto de modificación alguna.

Surge entonces la pregunta de porque una audiencia que reconoce un amplio espacio de participación (partes, ministerio público -como sujeto procesal-, entes de vigilancia y control, personas naturales y jurídicas

interesados), donde la labor del juez es activa (dirige, propone y corrige fórmulas de pacto), que contempla sanciones como consecuencias de la inasistencia, que no ha sido objeto de modificación legal y que contó con la aprobación constitucional, paulatinamente ha perdido efectividad a tal punto que hoy en día, tal como lo veremos en el análisis estadístico, el número de finalizaciones del proceso por esta causa son prácticamente ínfimas.

Intentemos dar respuesta a este cuestionamiento y revisemos nuevamente el contenido de la norma con el fin de identificar sus debilidades y muy seguramente posibles causas de su inoperancia:

1.- Inasistencia a la audiencia. Este puede ser el primer inconveniente. Como quedó expuesto líneas arriba, la inasistencia de las partes da lugar a que se declare fallida la audiencia. La norma prevé la comparecencia obligatoria de los funcionarios a la diligencia so pena de que en caso contrario incurran en causal de mala conducta sancionable con destitución. Sin embargo, estas medidas sancionatorias contenidas en el artículo 27, sólo están dirigidas a los funcionarios, ello significa en principio, que la inasistencia de los particulares que en ejercicio de funciones administrativas sean llamados a responder por la presunta vulneración de los derechos colectivos, así como la de los actores populares cuando éstos sean personas naturales o jurídicas de derecho privado, no se encuentra tipificada como infracción sancionable en los términos expuestos en la norma. En este sentido, el doctor Javier Tamayo Jaramillo[46], refiriéndose a este punto en particular, advierte: *"De otro lado, la Ley 472 aunque permite sanciones a los funcionarios que no asistan a la audiencia, de todas formas no impone sanciones relacionadas con la Litis, al demandante o al demandado que no asista a la audiencia. El doctor Ramiro Bejarano, en opinión que compartimos, considera que como consecuencia de ese silencio del legislador, ninguna sanción que afecte el resultado del proceso por*

[46] **TAMAYO JARAMILLO** Javier, Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil, 1ª edición, Editorial Diké, 147-150 (2001).

acción popular, es posible, lo que le quita buena parte de la utilidad de la audiencia…".

Tratando de remediar esta situación, el Consejo de Estado le ha dado una lectura diferente cuando en reiterada jurisprudencia ha señalado que la omisión contenida en el artículo 27 de la Ley 472 no obsta para que el juez aplique por expresa remisión contenida en el artículo 44 de esa normatividad, las normas del CPC. En efecto, ha dicho la corporación *"…En sentencia del 25 de agosto de 2.001 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado dentro de la AP-15001-23-31-000-2000-2099-01, con ponencia del Consejero Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se precisó que del texto del artículo antes transcrito (artículo 27 de la Ley 472 de 1998) claramente se advierte que para efectos de la audiencia especial de pacto de cumplimiento la Ley 472 de 1.998 únicamente previó que la inasistencia a la misma por parte de los funcionarios competentes, constituía causal de mala conducta, sancionable con la destitución del cargo. Sin embargo, el artículo 44, ibídem, señala que en los procesos por acciones populares se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código Contencioso Administrativo, dependiendo de la jurisdicción que le corresponda, en los aspectos no regulados en la presente Ley, mientras no se opongan a la naturaleza y finalidades de tales acciones, lo cual, en principio, permite considerar que el juzgador está autorizado para acudir a otras disposiciones que sí prevén la sanción pecuniaria como consecuencia de la inasistencia a una audiencia o diligencia, verbigracia, el artículo 74 de la Ley 446 de 1.998, 101 del C.P.C., o el artículo 114 del C.C.A.*

Claro está, que no puede perderse de vista que además de esas normas, citadas a manera de ejemplo, en sentencia proferida en el año 2.001 para resolver ese caso concreto en ese momento y en lo que resultare pertinente, también cabe tener presente el artículo 39 del C.P.C. relacionado con los poderes disciplinarios del juez, en virtud de cuyo numeral 1º dicho funcionario puede "sancionar con multas de dos a cinco salarios mínimos mensuales a sus empleados, a los demás empleados públicos, y a los

particulares que sin justa causa incumplan las órdenes que les imparta en ejercicio de sus funciones o demoren su ejecución".

Del mismo modo, se puede evidenciar como la Corporación al pronunciarse como juez de segunda instancia y percatarse de la inasistencia de las partes, en particular del actor a la audiencia especial de pacto de cumplimiento, insta al *a quo* para que a futuro como director del proceso, a través del ejercicio de sus poderes disciplinarios imponga las sanciones a que haya lugar[47]. No sobra advertir que la imposición de medidas correccionales por parte del juez, tal como lo ha indicado la Corte Constitucional[48], está sujeta a la observancia del derecho fundamental al debido proceso, previsto en el artículo 29 de la C.P., es decir, al desarrollo previo de un proceso sumario que le asegure al posible infractor el ejercicio de su derecho de defensa, lo que implica una trámite adicional.

Pese a que no se cuenta con indicadores que permitan identificar el porcentaje de audiencias especiales que son declaradas fallidas por esta razón, las reiteradas advertencias por parte del Alto Tribunal dejan entrever que no se trataba de una situación inusual.

En suma, podemos afirmar que la falta de consecuencias jurídicas atribuibles a la inasistencia del actor popular a la citada diligencia o mejor la omisión de los operadores judiciales al no ejercer su poder disciplinario a través de la imposición de sanciones de carácter correccional, le resta fuerza a la citación, dejando prácticamente la comparecencia a la audiencia al arbitrio del demandante.

2.- Reconocimiento del incentivo al actor popular cuando el proceso termina con la aprobación del pacto de cumplimiento. Otra causa que pudo explicar en su momento la falta de interés de las entidades demandadas en concertar un pacto, lo constituye el reconocimiento del incentivo al actor popular cuando el proceso terminaba en esta etapa. Este

[47] Cfr. Sentencia de 8 de julio de 2010. Expediente 2004-213. Sentencia de 25 de marzo de 2010. Expediente 2005-138. Sentencia de 15 de abril de 2010, 2004-268.
[48] C-218 de 1996

tema que generó gran controversia y que dadas las posturas disímiles entre las secciones primera y tercera del Consejo de Estado fue seleccionado para su unificación a través del mecanismo de revisión eventual, fue superado con la expedición de la Ley 1425 de 2010 que eliminó la figura del incentivo, lo que ocurrió inclusive antes de que la corporación profiriera la decisión de fondo, donde finalmente en septiembre de este año, teniendo en cuenta la circunstancia sobreviniente de la derogatoria del fundamento legal del incentivo consideró inocuo pronunciarse sobre el problema planteado inicialmente.

3.- Aceptación de la responsabilidad de la parte infractora. Una razón a nuestro juicio mucho más fuerte que las citadas en los numerales anteriores, también fue expuesta por el doctor Tamayo Jaramillo y se encuentra relacionada con la exigencia contenida en la sentencia C-215 de 1999, cuando indica *"…el intento de acuerdo parte de la base de que quien ha ocasionado la afectación de los derechos e intereses colectivos reconozca su infracción y acepte cuando fuere del caso, la reparación de los daños ocasionados, en beneficio de los directamente perjudicados y de la sociedad en general…".*

En palabras del citado autor, nada más desafortunado que pretender que la autoridad *motu proprio* acepte su responsabilidad y asuma la reparación si es del caso. Con gran acierto, afirma: *"Pero además nos parece inconveniente que el demandado tenga la obligación de reconocer la infracción, pues no en pocas oportunidades estaremos en presencia de daños que, sin responsabilidad del demandado, no son indemnizables, razón por la cual, es un contrasentido exigirle al demandado que acepte su responsabilidad. Por razones de diversa índole el demandado estará interesado en defender su no responsabilidad hasta el final. Con las limitaciones impuestas por la Corte, ningún demandado va a estar interesado en conciliar en la audiencia de cumplimiento, pues en el fondo lo que se les está exigiendo por parte de la Corte, es que se allane en un todo a las pretensiones del demandante…"*.

A renglón seguido formula una propuesta interesante al sostener que: *"Un adecuado pacto de cumplimiento debería hacerse sin que el demandado tuviese que reconocer responsabilidad. También debería permitir conciliar el monto de los daños cuando estos sean inciertos en su existencia, en su cuantía o en su imputación al demandado. Lo que si no podría permitir sería la autorización para que el demandado siguiera dañando los bienes colectivos…".*

Siguiendo el criterio antes expuesto, actualmente, la responsabilidad de los miembros de los comités de conciliación (encargados de adoptar la decisión sobre la fórmula de pacto de cumplimiento), desarrollada por el Decreto 1716 de 2009[49], en su artículo 16 dispone: *"el comité de conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad. Igualmente decidirá en cada caso específico sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativos de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, evitando lesionar el patrimonio público. La decisión de conciliar tomada en los términos anteriores, por sí sola, no dará lugar a investigaciones disciplinarias, ni fiscales, ni al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del comité".* (subrayado extratexto)

Según se desprende de la norma en comento, la sola adopción de la decisión (cualquier sea su sentido), no acarrea responsabilidad para los miembros de los comités de conciliación, pero ello no significa que se encuentren relevados de modo absoluto, en sentir de la misma Procuraduría los miembros de los comités deben responder cuando pese a contar con el acervo probatorio suficiente, se niegan a conciliar, generando mayores costos a largo plazo y afectando en últimas el erario. Así lo advirtió la Procuradora Delegado ante el Consejo de Estado, en el concepto No. 06

[49] "Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001", expedida por el Procurador General de la Nación.

de 20 de marzo de 2013, rendido por el Ministerio Público en el expediente No. 2003-0079, refiriéndose a la citada disposición advirtió: "*De otro lado es importante resaltar que el artículo 16 del Decreto 1716 de 2009, señala que no hay lugar a responsabilidad fiscal ni disciplinaria por conciliar respecto a los Comités de Conciliación, por lo que a contrario sensu si las hay (responsabilidades disciplinarias y fiscales) cuando existiendo elementos probatorios suficientes, basados además en la ley y jurisprudencia, no se facilita la conciliación, significando con el tiempo mayor incremento de las condenas a reclamar y con ello elevadas cargas económicas contra el erario público, aspecto frente al cual estará atento el Ministerio Público, en cumplimiento de las funciones legales y constitucionales, dentro de las cuales se encuentra la preservación del Patrimonio Público…".*

Esta interpretación, extensiva a la adopción de fórmulas de pacto de cumplimiento, facilita la labor decisoria de los miembros de los comités de conciliación al limitar su responsabilidad en términos razonables a aquellos asuntos donde su recomendación resulte contraevidente.

4.- Incumplimiento de roles de los participantes de la audiencia. El incumplimiento de los roles atribuidos al juez, al ministerio público y a la entidad encargada del control y vigilancia del derecho colectivo ha afectado aún más la efectividad de la figura procesal de la audiencia especial. Con el fin de comprender en su real dimensión la incidencia de la causal propuesta y de detectar otras posibles razones que han obstaculizado la eficacia de este mecanismo, a continuación revisaremos el papel que se espera que cada uno de ellos desempeñe.

- El juez además de fungir como director de la audiencia, cumple un doble papel, de un lado puede ser el promotor de la fórmula de pacto ya que la ley le concede la iniciativa para diseñar y proponer un arreglo y de otra parte, cuando el proyecto de pacto fuere presentado por el actor popular y los demandados, deberá convalidarlo si después de realizar su examen de legalidad concluye que no existe vicio que lo afecte.

Como se observa, la ley le atribuyó al juez un papel proactivo que incluye hasta la posibilidad de proponer fórmulas de pacto, es decir, que no se trata de un mero espectador sino de un director del proceso dotado de fuertes poderes de ordenación, circunstancia que demanda de su parte una alta preparación, ya que la propiedad y atino con que dirija la audiencia **dependerá** del grado de conocimiento y manejo del asunto sobre el que verse el proceso, no de otro modo, estaría en condición de ofrecer soluciones y aceptar u orientar las formuladas por los intervinientes.

Hay dos aspectos que deben informar la actuación del juez en la audiencia especial, primero que su objeto no es la definición de derechos particulares sino el acuerdo sobre la forma de protección del interés colectivo, comprensión que como se indicó en un inicio ubica el debate en el plano del cumplimiento de obligaciones de la entidad y no de una negociación de derechos y en segundo lugar, que es un espacio de amplia participación donde, bien utilizado puede aportar importantes elementos de juicio bien para proponer fórmula o ante el fracaso de ésta para orientar el decreto de pruebas.

Existe un consenso general frente al dinamismo que se espera del juez popular, en este sentido se pronunció el ex senador Héctor Elí Rojas Jiménez refiriéndose al papel desarrollado por la magistrada ponente de la sentencia proferida en el año 2004, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que ordenó la recuperación del río Bogotá, al indicar: *"... Así deben actuar los jueces que se ocupan de las acciones constitucionales para la protección de los derechos; impulsando el proceso, recurriendo a todo el poder que la dignidad de la jurisdicción conlleva, para no ser espectadores de un combate judicial, sino directores de una acción colectiva, para ordenar, prevenir, restablecer o*

indemnizar frente a violación o puesta en peligro de los derechos o intereses que son de todos aun cuando no todos sean accionantes"[50].

Ahora bien, no en todas las audiencias desarrollará el mismo rol y la intensidad de su intervención podrá ser mayor o menor, **de acuerdo con** una valoración previa que haga de cada caso. No podría exigírsele por ejemplo que proponga fórmula de pacto en un asunto cuya definición requiera de una importante actividad probatoria o en aquellos casos donde la prosperidad de las pretensiones por cualquier razón resulte poco probable.

Habrá eventos en cambio, donde el éxito de la diligencia más que de su intervención directa a través de la propuesta de una posible fórmula, **dependerá** de su habilidad como director de la misma, sin embargo, recordemos que construir espacios de diálogo desprovistos de tensiones que impidan el acercamiento de las partes, requiere del desarrollo de ciertas destrezas que no necesariamente son connaturales a la condición de juez.

Si el operador judicial no se mueve en el marco descrito, muy seguramente las audiencias realizadas se agotarán en términos formales, donde las partes en el mejor de los casos se limitarán a manifestar su falta de interés en un arreglo consensuado, sin que se haya aproximado al verdadero cumplimiento de su propósito. Ahora bien, por mejores esfuerzos que realice el juez, una audiencia exitosa requiere también de la eficaz colaboración tanto del ministerio público como de la entidad encargada de velar por la protección de los derechos colectivos, tal como lo veremos a continuación.

- El ministerio público y las entidades encargadas de la vigilancia de los derechos colectivos.

[50] ROJAS JIMENEZ Héctor Elí. Ambito Jurídico. "La pregunta es: ¿hubo pacto de cumplimiento o no?

De conformidad con lo previsto en el artículo 118 de la C.P., el ministerio público será ejercido por el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los personeros municipales y en términos de la misma disposición, a éstos les corresponde velar por la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas; adicionalmente, el artículo 277-4 y 7 de la misma Carta, le atribuyó entre otras funciones la defensa de los intereses colectivos y la intervención en los procesos ante las autoridades judiciales o administrativas esta vez para que asuma la defensa del orden jurídico, del patrimonio público y/o de los derechos y garantías fundamentales.

Por su parte, la Ley 472 de 1998 previó su amplia intervención durante el trámite de las acciones populares desde el momento mismo en que se notifica del auto admisorio (art. 21) hasta cuando se da cumplimiento a la sentencia al disponer su participación en el comité de verificación (artículo 34). El ministerio público puede ostentar la calidad de parte (cuando funge como demandante artículo 12), o de sujeto procesal especial encargado de velar por la defensa y protección de los derechos colectivos.

En punto de la audiencia especial que nos ocupa, tal como se expuso al inicio del capítulo, la norma establece la participación obligatoria del ministerio público, pero más allá de su comparecencia se requiere calidad en sus intervenciones, de tal suerte que las autoridades administrativas presuntamente infractoras ante la presencia activa del ministerio público y de la entidad encargada de la vigilancia de los derechos colectivos, se vean en la necesidad de adoptar posiciones serias, debidamente sustentadas que reflejen el estudio previo de cada caso.

Conviene destacar una función atribuida a los procuradores judiciales administrativos que podría servir de instrumento útil de cara a la realización de la audiencia especial de pacto de cumplimiento y es la consagrada en la

Resolución 102 de 2011 *"Por la cual se asigna a los Procuradores Judiciales I y II para Asuntos Administrativos la función preventiva de practicar visitas a los comités de conciliación de las entidades y organismos derecho público y a los representantes legales de los que no los tengan constituido"*, expedida por el Procurador General, consistente en realizar visitas a los comités de conciliación de las entidades con el fin de verificar que las decisiones adoptadas en dichos comités efectivamente se encuentren dirigidas a la optimización de la defensa judicial, a la prevención del daño antijurídico y a la protección del patrimonio público.

Bajo el entendido de que son audiencias semejantes a la conciliación y que a los comités de conciliación les corresponde adoptar políticas institucionales de defensa judicial, la decisión frente a una eventual fórmula de pacto de cumplimiento es adoptada por dichos comités, en consecuencia, bien podrían los procuradores judiciales a través de la facultad conferida, verificar de algún modo la razonabilidad de los criterios o lineamientos adoptados, sin que ello desborde su marco competencial, sólo así se superarían las posiciones eminentemente defensivas y de poca apertura que expresan las entidades en este tipo de audiencias.

Otra gran dificultad que diezma la calidad de sus intervenciones como se indica en el texto *"El pacto de cumplimiento y la garantía de los derechos colectivos"*[51], es la congestión derivada del alto índice de audiencias que deben atender (los procuradores judiciales, entre otras funciones son los encargados de adelantar las conciliaciones prejudiciales que constituyen requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción contencioso administrativo), no obstante, el impacto negativo que genera la congestión podría aminorarse estableciendo algunos indicadores para priorizar su intervención atendiendo por ejemplo la gravedad de la vulneración, el impacto social provocado etc.

[51] **LONDOÑO TORO** Beatriz y otros. El pacto de cumplimiento y la garantía de protección de los derechos colectivos. Editorial Universidad del Rosario. 2006.

Ahora bien, la convocatoria de las entidades públicas que cumplen funciones de control, intervención o vigilancia de los derechos colectivos presuntamente vulnerados, constituye un elemento valiosísimo no sólo para efectos de la audiencia especial de pacto de cumplimento sino durante el transcurso del proceso.

En efecto, los artículos 12, 21 y 27 hacen alusión a la entidad encargada de proteger el derecho o el interés colectivo afectado, la primera de ellas, para reconocerla como titular de la acción, la segunda para ordenar la comunicación del admisorio y la tercera de ellas que es la que nos interesa para disponer su asistencia obligatoria a la audiencia especial de pacto de cumplimiento.

Frente a su intervención cabrían similares observaciones que las efectuadas respecto del ministerio público, pero quisiéramos señalar una circunstancia adicional que incide de manera particular en la efectividad de su participación y es cuando es llamada como demandada, lo que significa sacrificar durante el trámite del proceso su rol *"…como apoyo a la tarea del juez en procura de una mejor decisión que garantice el o los derechos colectivos presuntamente amenazados o vulnerados…"*[52] para convertirse en parte en el mismo.

Lo anterior se presenta cuando los actores populares optan por demandar además de la entidad que consideran infractora, a aquella encargada de la intervención o vigilancia de los derechos colectivos vulnerados, argumentando la omisión en el ejercicio de su función de control. No cabe duda que estas entidades pueden incurrir por acción u omisión en vulneraciones de los derechos colectivos, es más, el artículo 12 de la Ley 472 le reconoce legitimidad para ejercer como titular de la acción siempre y cuando *"…la amenaza y vulneración a los derechos o intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión"* (subrayado extratexto).

[52] Ibid

Sin embargo, en estos casos su vinculación amerita un análisis más riguroso, sobre todo cuando se soporta en la omisión en el ejercicio de sus funciones. Es que no debe tratarse de cualquier omisión sino aquella que se produce cuando la entidad conocedora de la problemática nada hace (debiendo y pudiendo hacerlo) y no como equivocadamente se pretende, cuando se quiere derivar responsabilidad por el simple hecho de ostentar la función de control y vigilancia, una interpretación en este sentido, desdibuja el esquema procesal diseñado por el legislador e impide la obtención de un concepto calificado frente a la vulneración de los derechos, a las medidas de protección que se puedan ordenar etc., ya que a éstos les corresponde "…*plantear propuestas que busquen das adecuadas soluciones a los problemas que han causado por la vulneración a un derecho colectivo*"[53].

Hasta aquí queda claro que en aras de garantizar la adecuada protección de los derechos colectivos, el legislador aseguró para la realización de la diligencia una fuerte presencia institucional, que en la práctica se ha visto minimizada por las circunstancias anotadas. En consecuencia, mientras la actuación de estas autoridades sea desarticulada, el panorama de la audiencia especial de pacto de cumplimiento seguirá siendo desalentador.

En conclusión, la concurrencia de las causas expuestas y de otras que requerirían para su identificación un estudio más detallado, sobre todo al interior de la administración, han desdibujado y debilitado la audiencia de pacto de cumplimiento a niveles preocupantes que requieren de medidas urgentes, si se quiere recuperar este espacio inicialmente concebido como punto de encuentro donde las partes bajo la dirección del juez y ante la intervención del Ministerio Público y de la entidad encargada de la vigilancia del derecho colectivo, concurren con el único propósito de encontrar una solución pronta a través de un arreglo anticipado que garantice la protección de los derechos colectivos.

[53] Ibid

D. La terminación del proceso en porcentajes

Un estudio elaborado en el año 2001[54], con fundamento en un total de 461 procesos fallados por el Consejo de Estado, concluyó que para esa época, el porcentaje de casos en los cuales se lograba pacto de cumplimiento era del orden del 16,9% (78 asuntos), y que en un 83.1% (831 asuntos) la diligencia era fallida, lo que reflejaba una reducción del 14%, frente al 30% de éxito que se obtuvo en los dos primeros años de vigencia de la ley.

Posteriormente, en el año 2008, cuando el Grupo de Investigaciones del Rosario realiza *"El Diagnóstico del Impacto de la Ley 472 de 1998 en sus primeros 10 años"*[55], advierte que para entonces, sólo el 10% de los procesos culminaron porque se había logrado un pacto de cumplimiento, circunstancia que la atribuyeron al no reconocimiento del incentivo cuando el asunto terminaba mediante pacto.

Pero ese porcentaje continuó descendiendo, así se desprende de los gráficos visibles en la parte final de este trabajo, donde se observa que los pactos de cumplimiento logrados durante el periodo evaluado no equivalen ni al 1% de las sentencias proferidas durante ese lapso. Más alarmante aún, descubrir que los egresos alcanzado por desistimientos y perenciones, figuras procesales que de acuerdo con las líneas jurisprudenciales del Consejo de Estado no son aplicables en las acciones populares sobrepasan en buen número a las audiencias de pacto.

III. Las medidas cautelares en las acciones populares

La Ley 472 de 1998, en sus artículos 25 y 26 regulaba lo atinente a la adopción de las medidas cautelares en acciones populares y la oposición a las

[54] **LONDOÑO TORO** Beatriz. Análisis de las estadísticas sobre acciones populares. Octubre 2001. En LEGIS Revista acciones de tutela, populares, grupo y cumplimiento

[55] **LONDOÑO TORO** Beatriz. Balance de la Universidad del Rosario Progresividad o regresividad en la protección de los derechos colectivos como derechos humanos?. Justiciabilidad de los derechos colectivos . Balance de la ley de acciones populares y de grupo (Ley 472 de 1998) en sus primeros 10 años 1998-2008. Editorial Universidad del Rosario 2009.

mismas. De acuerdo con las citadas disposiciones a través de su adopción se buscaba prevenir un daño inminente o hacer cesar el que se hubiere causado y a título meramente enunciativo contenía las diversas órdenes que con dicho fin podía adoptar el juez. De igual modo, la jurisprudencia se había ocupado de definir los requisitos para su procedencia, como lo veremos más adelante.

El 2 de julio de 2012, entró en vigor la Ley 1437 de 2011, (nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo), estatuto que introdujo una modificación sustancial en materia cautelar, toda vez que amplió no sólo el ámbito de su aplicación, ya que según lo establece su artículo 229, éstas pueden ser decretadas en *"…todos los procesos declarativos…"* adelantados ante esa jurisdicción, sino que también amplió el espectro de dichas medidas al prever que el juez podrá *"...decretar, en providencia motivada las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar , provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia …"*.

Recordemos que en vigencia del Decreto 01 de 1984, la única medida cautelar consagrada de manera exclusiva era la suspensión provisional del acto administrativo, prevista para las acciones de simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, medida que con el transcurso del tiempo se volvió inoperante dadas las exigencias que vía jurisprudencial se impusieron para su otorgamiento[56].

[56] **CORREA PALACIO** Rut Stella**.** Medidas Cautelares ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Colombia**,** en Memorias Seminario Franco- Colombiano sobre la Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 145-156 (2008). "…Esta medida cautelar fue concebida en defensa del ordenamiento superior frente a las eventuales agresiones de actos administrativos, que amparados en su presunción de legalidad incurriesen en una ilegalidad manifiesta, que surgiese de la mera comparación del acto administrativo impugnado con textos normativos superiores que se adujeran como desconocidos por la administración, requisito que en algunas oportunidades debe concurrir con el daño a un derecho subjetivo amparado en una norma, cuando se trata de acciones diversas de la nulidad, es decir, la contencioso objetivo de legalidad. (…).Por tratarse de una medida excepcional, se precisa para su procedencia que de la sola confrontación de las normas-acusada y transgredida- salte a la vista una ilegalidad ostensible de la primera, de modo que para arribar a una conclusión de tal naturaleza, no sea menester realizar un estudio al simple cotejo de sus contenidos. Así lo tiene establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado a partir de los dispuesto por el numeral segundo del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, que prevé que tratándose de acciones de nulidad, si media una manifiesta u ostensible infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de ella, deducible por la simple confrontación directa del acto, con la norma que se considera violada, es posible decretar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos.(…). Cabe precisar que la figura cautelar, a pesar de la larga tradición que tiene en su aplicación y de los nuevos eventos que por fuera del diseño legal se le han agregado, hoy no es de mucha utilidad porque las exigencias que la jurisprudencia ha establecido para su procedencia la han convertido casi en inocua. Ello obedece fundamentalmente a la conclusión a la que llega el juez frente a la ponderación que realiza entre la presunción de legalidad que en el ordenamiento colombiano tiene asidero

La circunstancia descrita aunada a la existencia de otros escenarios procesales que requerían de la adopción de medidas cautelares diferentes a la tradicional cautela negativa de la suspensión, fueron constituyéndose en la razón fundamental para que el legislador, en aras de garantizar la tutela judicial efectiva, optara por robustecer el régimen cautelar aplicable en la jurisdicción contencioso administrativa, incorporando las llamadas medidas cautelares positivas y reconociéndole al juez un vasto margen de decisión frente a su decreto.

En efecto, con el fin de superar, lo que era considerado como una de las mayores debilidades, el nuevo código administrativo y de lo contencioso administrativo, en su segunda parte, título V (relativo a la demanda y proceso contencioso), capítulo XI, artículos 229 a 241, reglamentó de manera amplia lo relacionado con las medidas cautelares.

De acuerdo con lo expuesto por el doctor Enrique José Arboleda Perdomo[57], quien para la época se desempeñaba como magistrado del H. Consejo de Estado, y formó parte de la comisión redactora del código, las modificaciones introducidas buscaban aumentar las facultades del juez contencioso con el fin de controlar de manera más eficiente el actuar de la administración; para ello tomaron como fundamento, precisamente, las facultades que en esta materia le han sido otorgadas y reconocidas al juez constitucional, en el trámite de tutelas y acciones populares (hoy medios de control).

Adicionalmente, como quiera que uno de los propósitos que caracteriza el nuevo estatuto es el ánimo de unificación, en su artículo 229, ordenó que las

---

constitucional y legal y el requisito de la evidencia en la infracción a la norma superior que para la procedencia de la figura dispone el mismo código. La conclusión mayoritariamente se inclina a favor de la presunción de legalidad, lo cual ha conducido a que la medida cautelar se haya convertido prácticamente en inoperante…".

[57] **ARBOLEDA PERDOMO** Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de Lo Contencioso Administrativo. "La definición de algunas de las llamadas acciones constitucionales, en las que la misma Carta Política autoriza al juez para intervenir con miras a evitar daños a los derechos fundamentales de las personas o a los derechos e intereses colectivos, así como la regulación legal de tales procedimientos en los cuales se adoptan las medidas cautelares que el juez estime necesarias para la protección de estos derechos, condujeron a la comisión de la reforma a aceptar , tanto que los poderes en cabeza de los órganos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo habían cambiado sustancialmente con las leyes respectivas, como que era conveniente reformular las atribuciones del juez con miras a que las personas pudieran acudir a él para evitar la consolidación de las situaciones originadas en el actuar de las autoridades que pudieran perjudicarlos…".

disposiciones allí previstas -refiriéndose a las medidas cautelares-, serían aplicables a los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y a las tutelas, siempre y cuando, unos y otros sean de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo[58].

Dos importantes consecuencias se desprenden de lo anterior, la primera de ellas es que se mantiene la distinción en el procedimiento aplicable a las acciones populares dependiendo de la jurisdicción que la tramite. Una segunda, consiste en que los artículos 25 y 26 de la Ley 472 de 1998 fueron subrogados[59] por los artículos 229 a 241 de la Ley 1437 de 2011 y en consecuencia, perdieron vigencia jurídica.

Así las cosas, resulta de especial interés, determinar si el nuevo desarrollo legal introduce frente al medio de control previsto en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011[60], variaciones relacionadas con el decreto de medidas cautelares, razón por la cual, a continuación, se presentará un comparativo de la anterior normatividad frente a la nueva, teniendo en cuenta los tópicos más

[58] "…En orden a la mejor comprensión del tema, conviene tener en cuenta que los juicios cuyo conocimiento se ha atribuido a la jurisdicción contenciosa administrativa: corresponden a dos grupos: el primero conformado por aquellos cuyo conocimiento es exclusivo de esta jurisdicción y que se encaminan fundamentalmente a la revisión de legalidad de actos administrativos o a la determinación de la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado (concretamente son los que tienen pretensiones propias de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa, contractuales, de repetición contra funcionarios o ex funcionarios públicos, pérdida de investidura de miembros de cuerpos colegiados, electorales, de cumplimiento, de nulidad de cartas de naturaleza y de definición de competencias administrativas. El segundo grupo está conformado por aquellos procesos cuyo conocimiento es compartido con la justicia ordinaria, en conformidad con la naturaleza jurídica del sujeto demandado (acciones de tutela, populares y de grupo) y por ende en estos últimos las medidas de cautela son aplicadas tanto por jueces ordinarios como contencioso-administrativos, mientras que aquellas que proceden en las acciones propias del contencioso administrativo sólo están reservadas a éste…".

[59] C-502 de 2012. "La subrogación es entendida como el acto de sustituir una norma por otra. No se trata de una derogación simple, como quiera que antes que abolir o anular una disposición del sistema normativo establecido, lo que hace es poner un texto normativo en lugar de otro. Como resultado de la subrogación, las normas jurídicas preexistentes y afectadas con la medida pueden en parte ser derogadas, modificadas y en parte sustituidas por otras nuevas…".

[60] Ley 472 de 1998. Art. 145. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible. Cuando la vulneración de los derechos colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos. Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante 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. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando existe inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda.

representativos. Para mayor claridad empezaremos con el estudio de sus objetivos, los requisitos para decretarlas, los tipos de medidas y finalmente, estudiaremos aspectos procedimentales, como la oportunidad, trámite y recursos.

Definidos estos puntos, podremos establecer finalmente, la bondad del nuevo modelo de cautela respecto a la protección de los derechos colectivos.

1.- Objetivos del decreto de las medidas cautelares

Los artículos 17, inciso 3, en consonancia con el 25 de la Ley 472 de 1998, facultaban al juez para decretar medidas cautelares a fin de ***(i)*** evitar perjuicios irremediables o irreparables (el artículo 25 habla de daño inminente), ***(ii)*** suspender los hechos generadores de la amenaza a los derechos colectivos y/o ***(iii)*** hacer cesar el daño que se hubiere causado.

Estos fines tenían una estrecha relación con los objetivos generales fijados en el artículo 2 de la Ley en comento para las acciones populares y una notoria semejanza con los previstos para la defensa de los derechos fundamentales a través de la acción de la tutela.

Sin embargo, la Ley 1437 de 2011 optó por consagrar como propósito cautelar la protección y garantía del objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, es decir, positivizó el fin último que subyace al decreto de dichas medidas, que no es otro diferente a la garantía de la tutela judicial efectiva.

Modificación que en la práctica no reviste mayor importancia, ya que sin lugar a dudas, podríamos afirmar que los objetivos específicos fijados en la 472 de 1998 buscaban en últimas garantizar la efectividad de la sentencia. No olvidemos que como este capítulo regla no solo las medidas cautelares para la protección de los derechos colectivos sino en términos generales para todos aquellos asuntos declarativos de conocimiento de la jurisdicción, la inclusión de una disposición tan genérica minimiza el riesgo de cualquier discusión que se pudiera originar al respecto.

2.- Contenido de las medidas

La Ley 472 de 1998, en su artículo 25, de modo muy general indicaba que el juez podía impartir a la administración o al particular demandado, dos tipos de órdenes, una encaminada a ejecutar actos para aquellos casos donde la eventual vulneración procediera de su omisión y otra tendiente a obtener la cesación de actividades cuando sean precisamente éstas la generadoras del desconocimiento de los derechos colectivos.

Como se observa, se trataba de una norma abierta que le otorgaba amplísimas facultades al juez a fin de que adoptara las medidas que en su criterio servían para conjurar la situación de amenaza o de vulneración efectiva. Esta amplitud prevista por el legislador, se explica como bien lo indica el Dr. SANTOFIMIO GAMBOA[61], en la naturaleza del problema objeto de examen, que supera la simple revisión de legalidad. En sus palabras *"en estos escenarios y, dada la amplia problemática, los aspectos, matices y situaciones fácticas de la más variada índole que pueden darse en el litigio colectivo, para que las medidas cautelares puedan ser jurídicamente adecuadas y oportunas se requiere consolidarlas como esencialmente innominadas, atípicas,* por tal razón, estima que este tipo de protección *"… reclama ante todo modelos cautelares en blanco sujetos a la iniciativa del juez contencioso para su postulación objetiva, concreción, alcance e imposición en aras de la obtención inmediata del remedio provisional adecuado para hacer prevalecer el interés de la comunidad, en relación con la agresión que puede estar sufriendo o pueda sufrir alguno de sus derechos colectivos..."*. De allí que lo catalogara como un *"régimen abierto e innominado"* que según su criterio constituía el complemento procesal y sustancial adecuado para lograr los objetivos, propósitos y finalidades fijadas por la ley para este tipo de acciones.

[61] **SANTOFIMIO GAMBOA** Jaime Orlando. Acciones Populares y medidas cautelares en defensa de los derechos colectivos. Un paso en la consolidación del Estado Social de Derecho. Editorial Universidad Externado de Colombia (2010)

Este marco legal posicionó a nivel internacional la legislación colombiana en materia de acciones populares. En este sentido, en el seminario Franco-Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa, llevado a cabo en el año 2008, refiriéndose a las medidas cautelares contenidas en la Ley 472 de 1998, el experto francés Marc-Durant Viel[62] destacó el carácter avanzado y audaz de los poderes atribuidos al juez en Colombia, en materia de acciones populares. En su criterio, estos poderes que denominó como extraordinarios se caracterizaban por tres rasgos distintivos que marcaban la diferencia frente a otras normatividades, ellos son: la variabilidad, idoneidad y reversibilidad.

La Ley 1437 de 2011 reemplazó la disposición en comento, por el artículo 230, del cual se puede afirmar que es una disposición relativamente extensa que contiene varios puntos nuevos más no extraños al régimen cautelar general, ellos son a saber:

(i) la exigencia explícita de la relación directa y necesaria que debe mediar entre las pretensiones y las medidas cautelares solicitadas. Conviene recordar que en materia de acciones populares el examen deberá ser menos rígido que el requerido para los medios de control ordinarios, en la medida en que según ha indicado el Consejo de Estado[63], dada la naturaleza del asunto, es decir, por tratarse de una acción pública, las pretensiones no atan, en estricto sentido, al juez;

(ii) la tipificación de las medidas cautelares positivas (órdenes de hacer), aunque en términos generales se refiere a las medidas en preventivas; conservativas; anticipativas y de suspensión.

---

[62] Ex alumno de la ENA (1967). Consejero de Estado (1987).Presidente de la Cuarta Subsección y de la Sección Primera del Contencioso. Presidente de la Cuarta Subsección y de la Sección Primera del Contencioso. Presidente del Comité del Contencioso Fiscal, Aduanero y de Cambios. Juez de recursos de urgencia. Miembro del Consejo superior de la Tribunales Administrativos y de las Cortes Administrativas de apelación. Jefe de la Misión de Inspección de la Jurisdicción Administrativa (2003). Miembro del Tribunal de Conflictos (desde 2005).

[63] Consejo de Estado. 5 de julio de 2007. Expediente 2004-0099. "De otra parte, es claro que en materia de acciones constitucionales protectoras de derechos como los colectivos, por ejemplo, las pretensiones de la parte actora no atan al juzgador quien, de conformidad con lo acreditado en el expediente está en la libertad de impartir las órdenes que, a su parecer, resulten más apropiadas e idóneas para el cometido final de protección y restablecimiento de los derechos colectivos amenazados o conculcados. Por ello tampoco resultan determinantes de la acción a ejercer.

En el contexto de la protección de los derechos colectivos, consideramos que atendiendo la multiplicidad de causas que pueden dar origen a la amenaza o vulneración del derecho, cualquiera de las medidas enunciadas puede ser adoptada a fin de precaver la contingencia. No obstante lo anterior, hay dos comentarios, que vale la pena formular, uno con relación a las medidas de suspensión y el segundo, respecto al principio de precaución aplicable en materia ambiental.

Frente a las primeras, ha de señalarse que el artículo 144 que definió el medio de control destinado a la protección de los derechos colectivos, zanjó una discusión de vieja data en torno a la procedencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos a través de las acciones populares, al prever que si bien, es posible solicitar la protección de un derecho colectivo amenazado o conculcado por la actividad de una entidad púbica, inclusive cuando ella derive de un acto administrativo o de un contrato, en ningún caso podrá el juez anular el acto o contrato, lo anterior sin perjuicio de que, según lo indica la misma norma, adopte las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración, medida que no puede ser otra diferente a la suspensión. Lo que significa que existiría identidad entre la cautela y la decisión final, convirtiéndola en lo que ahora denomina la ley como medidas anticipativas.

Se mantuvo entonces el denominado por la doctrina como criterio intermedio, adoptado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 6 de octubre de 2005 (expediente 2002-135), donde concluyó que la norma (ley 472 de 1998) habilitaba al juez para revisar en sede popular la legalidad de un acto administrativo o de un contrato si este vulneraba derechos colectivos, pero no lo facultaba para declarar su nulidad.

Con la introducción de este precepto, se está aceptando que un acto administrativo o un contrato pueden vulnerar derechos colectivos y en esta medida ser examinados por el juez popular, pero al momento de proferir sentencia, el legislador insiste en limitar su poder decisional al indicar ya de

manera expresa que deberá adoptar las medidas necesarias mas no podrá anularlos. Según la Corte Constitucional en sentencia C-644 de 2011, esta limitación o mejor este alcance que el legislador le dio a las sentencias de los jueces populares, bajo ninguna perspectiva desconoce el debido proceso judicial sino que fortalece, clarifica y armoniza la regulación legal de los distintos medios de control judicial de la administración, sin que ello comporte desconocimiento del carácter principal propio de la acción popular.

Una vez más la Corte Constitucional considera que con tal previsión, el legislador en ejercicio de su amplia facultad de configuración optó válidamente por privilegiar el principio de separación de jurisdicciones, al aceptar que el examen efectuado por el juez popular del realizado por el de legalidad (distinción exclusivamente conceptual dado que los dos roles concurren en el juez administrativo) recaen sobre objetos diferentes, el primero centrado en la vulneración de los derechos colectivos y el segundo en el amparo de la legalidad.

Ya el Consejo de Estado sobre el objeto de examen en uno y otro asunto, había precisado: *"no quiere decir lo anterior que un acto administrativo no pueda ser fuente de amenaza o violación de los derechos colectivos, pues en la jurisprudencia de esta Corporación, cuando así ocurra su aplicación o ejecución puede ser suspendida con miras a proteger dichos derechos, dado que el pronunciamiento acerca de la nulidad de tales actos solo puede ser emitido por el juez de lo contencioso administrativo. Sin embargo, debe anotarse que el objeto de estudio del acto administrativo que origina la afectación del derecho o interés colectivo no es el mismo que en la acción popular y en la acción contencioso administrativa. En efecto, mientras que en la primera se busca efectuar un análisis constitucional del interés afectado, por medio de la constatación y demostración de la afectación del derecho colectivo, en la segunda se efectúa un cotejo entre el acto administrativo y las normas que lo sustentan, lo cual no siempre implica un análisis de afectación del derecho colectivo, pues el objeto de la acción contenciosa administrativa, se*

efectúa el control de legalidad del acto y por lo tanto, puede declararse la nulidad. A su turno en la acción popular no puede declararse la nulidad del acto porque esta no versa sobre su legalidad, pero si puede suspender la ejecución o afectación de un acto administrativo que viola o amenaza derechos o intereses colectivos…"[64].

En el actual escenario legal, es decir, ante la codificación de la imposibilidad de anular actos o contratos en sede popular y frente a la exequibilidad de ese mandato por la Corte Constitucional, la distinción del juicio que se efectúa en los dos procesos, es decir, en el ordinario y en el constitucional, pareciera ser el instrumento que permita resolver las contradicciones que a futuro se presenten. Bajo el entendido de que no todo acto ilegal vulnera derechos colectivos, podríamos concluir que si el juez ordinario niega la nulidad de un acto administrativo, ésta no necesariamente debería afectar su examen en un proceso donde lo que se busca es el amparo de los derechos colectivos.

Otra inconformidad recurrente de quienes defendían la tesis anulatoria en sede popular, eran las múltiples dificultades que se presentarían con ocasión de la caducidad del medio de control ordinario. En estos casos, la única respuesta posible sería la suspensión indefinida de un acto que de hecho nunca sería suprimido del mundo jurídico, lo que para algunos en la práctica resulta irrelevante, pues los efectos son similares. En este sentido, el ex consejero Alier Hernández afirmó *" A juzgar por la medida que se adoptó cabe preguntarse si acaso la suspensión provisional indefinida de un acto administrativo –que es la medida judicial que en la práctica adoptó la sala-, no produce los mismos efectos que la nulidad formalmente declarada? Desde mi punto de vista no hay diferencia práctica entre estas dos disposiciones judiciales, pues decir que el acto es nulo y decir que al cabo de seis meses, queda suspendido para siempre- pues no se puede aplicar-, significa pura y*

[64] Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de 21 de febrero de 2008. Expediente 2004-230

llanamente lo mismo, Se trata de un eufemismo judicial, con el cual se encubre una verdadera nulidad…"[65].

De igual, modo, antes de continuar, resulta obligado hacer mención al principio de precaución aplicable en materia ambiental, previsto en el artículo 1º de la Ley 99 de 1993, y al que la Corte Constitucional ha calificado como una valiosa herramienta hermenéutica, a la que se debe acudir ante la potencial causación de un daño al medio ambiente.

Recordemos que en virtud del principio de precaución, a las autoridades les corresponde adoptar las medidas necesarias cuando se encuentren frente a un riesgo potencial grave o ante una amenaza severa al medio ambiente, a pesar de la incertidumbre científica sobre su realización o de consecuencias derivadas del riesgo. La Corte ha explicado el alcance de dicho principio así: *"El principio de precaución supone que existen evidencias científicas de que un fenómeno, un producto o un proceso presentan riesgos potenciales a la salud o al medio ambiente, pero esas evaluaciones científicas no son suficientes para establecer con precisión ese riesgo. Y es que si no hay evidencias básicas de un riesgo potencial, no puede arbitrariamente invocarse el principio de precaución para inhibir el desarrollo de ciertas prácticas comerciales o investigativas. Por el contrario, en los casos de que haya sido detectado un riesgo potencial, el principio de precaución obliga a las autoridades a evaluar si dicho riesgo e s admisible o no, y con base en esa evaluación deben determinar el curso de acción…"*[66].

La diferencia del principio de prevención y de precaución radica en que en el primero el riesgo debe estar probado, en tanto que en el segundo basta con que se trate de a un riesgo potencial que cuente con evidencias científicas, no plenas, sino básicas que permitan determinar el curso a seguir.

[65] Consejo de Estado. Sección Tercera. Salvamento de voto. Expediente 2002-135
[66] Corte Constitucional. Sentencia C-988 de 2004

Según indica el doctor Santofimio Gamboa en su texto, el proyecto de reforma al código contencioso administrativo incorporaba de manera expresa el principio de precaución en el capítulo de medidas cautelares, cuyo texto era el siguiente *"En virtud del principio de precaución, las autoridades deberán proceder en todo caso en que exista duda o incertidumbre acerca de la medida o procedimiento a aplicar, de tal manera que se anticipe a la ocurrencia del riesgo o del perjuicio que se pueda derivar de la no adopción de decisión o procedimiento alguno. Dicho principio estará inspirado en las cláusulas del conocimiento de la ciencia y de la técnica y de las mejores tecnologías disponibles y exigirá la actualización de las actividades conforme a estas periódicamente…".*

Por razones que desconocemos desafortunadamente este texto no hace parte del actual Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (que sólo hizo alusión al principio de prevención), perdiéndose una oportunidad importante de consagrar un instrumento que paulatinamente ha ido adquiriendo preponderancia en la legislación interna, previsión que habría sido de gran utilidad en el marco de la protección del derecho colectivo al goce de un ambiente sano. Sin embargo, tal como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-073 de 1995, en la medida en que es un principio constitucionalizado como un criterio hermenéutico su aplicación resulta obligatoria para la administración y los jueces en todos aquellos asuntos que involucren la protección del medio ambiente.

(iii) la posibilidad de decreto de manera concurrente de varias de las medidas cautelares allí enunciadas;

(iv) el carácter meramente enunciativo del listado de medidas que se pueden adoptar[67].

[67] "1.- Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.
2.- Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida sólo acudirá el juez o magistrado ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el juez o magistrado ponente indicará las condiciones o el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

Ahora bien, sobre la naturaleza del listado contenido en la norma en cita, el doctor Fajardo Gómez[68] descarta su eventual taxatividad, tras efectuar el siguiente análisis: *"… en este sentido, si se repara en la historia fidedigna del establecimiento de la norma podrá advertirse que la concepción inicial y que se refleja en las primeras etapas del trámite que habría de convertirse en la Ley 1437 de 2011 en el Congreso de la República, fue la consistente en señalar, en forma absolutamente clara y precisa, que el listado legal de posibles medidas cautelares debía tenerse como presuntamente ejemplificativo. Sin embargo, posteriormente y en atención a los planteamientos esgrimidos por representantes del Gobierno Nacional, se optó porque el plexo de alternativas no opera en forma tan amplia, de suerte que se adoptara un listado taxativo. No obstante lo anterior, todavía cabe preguntarse si en realidad, en el caso del artículo 230 en comento, se está ante un listado taxativo o más bien en presencia de uno simplemente indicativo de medidas cautelares y quizás la respuesta podría apuntar a que, efectivamente, se accedió a aprobar una enumeración taxativa como quiera que la ley ofrece un listado bastante claro y preciso al juez en esta materia; empero, mal podría desconocerse que el tipo de cautelas que de acuerdo con el precepto anotado pueden ser adoptadas resulta tan amplio –en la medida en que se acude para la descripción de cada una de ellas a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados y de nociones incompletas-, atributivo de tan vastos márgenes de apreciación al operador judicial- en especial en los numerales cuarto y quinto, por cuya virtud puede el juez, cuando a ello hubiere lugar, "ordenar la adopción de una decisión administrativa…" o "impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer"-, que bien podría*

3.- Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
4.- Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.
5.- Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.
Parágrafo. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente…".

[68] **FAJARDO** Mauricio. Medidas Cautelares, en Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 327-351 (2011).

considerarse que el listado en cuestión, aunque formalmente taxativo, termina por ser mucho más indicativo que limitante…".

Teniendo en cuenta el texto transcrito, pareciera entonces que aunque de alguna manera la Ley 1437 de 2011, desarrolla el contenido y alcance del régimen cautelar, la utilización de esos *"…conceptos jurídicos indeterminados y de nociones incompletas…"* a que alude el artículo, preservan la amplitud de los poderes que desde la vigencia de los artículos 25 y 26 de la Ley 472 de 1998, le habían sido conferidos al juez. De allí que no pueda afirmarse de manera categórica al menos por ahora, si uno u otro modelo cautelar resulta mejor para la defensa de los derechos colectivos. Habrá que dar un compás de espera, con el fin de establecer si el detalle contenido en la actual legislación y el énfasis y filosofía que su consagración encierra, le ofrece mayor seguridad al juez de cara a su eventual decreto.

3.- Requisitos para decretar las medidas cautelares

La Ley 472 de 1998 carecía de una disposición que señalara los requisitos que se debían cumplir para acceder al decreto de medidas cautelares; sin embargo, el Consejo de Estado[69] del contenido normativo de los artículos 25 y 26 de la citada ley, extrajo los siguientes:

> *"Ahora bien en garantía del debido proceso y de la prevalencia del derecho sustancial, es claro que además el juez puede, válidamente, examinar otros motivos de censura contra el auto impugnado, también invocados por los recurrentes, en cuanto tiene que ver con la legalidad misma de la decisión de decretar la medida cautelar, esto es, si en el caso concreto se cumplen los*

[69] Consejo de Estado. Sección Primera. M.P. Rafael Osteau Lafont Pianeta. Exp. 2005-3461. Auto de 30 de agosto de 2007 "(…) Ahora bien, en garantía del debido proceso y de la prevalencia del derecho sustancial, es claro que además el juez puede, válidamente, examinar otros motivos de censura contra el auto impugnado, también invocados por los recurrentes, en cuanto tiene que ver con la legalidad de la misma decisión de decretar la medida cautelar, esto es, si en el caso concreto se cumplen los presupuestos que exige el artículo 25 de la Ley 472 de 1998 para la adopción de tal determinación. Los mencionados presupuestos, de acuerdo con la citada normativa, hacen relación a lo siguiente: a) en primer lugar, a que esté debidamente demostrado en el proceso la inminencia de un daño a los derechos colectivos o que el mismo se haya producido, pues de otra manera no podrían explicarse las finalidades de la medida cautelar, que apuntan a prevenir aquel daño que está por producirse o a hacer cesar aquel que ya se consumó; b) en segundo lugar es evidente que la decisión del juez al decretar la medida cautelar debe estar plenamente motivada; y c) en tercer lugar para adoptar esa decisión, el juez debe tomar en consideración los argumentos contenidos en la petición que eleven los demandantes en ese orden, es decir, para que se decrete tal medida, lo cual, lógicamente, no obsta para que el juez oficiosamente, con arreglo a los elementos de juicio que militen en la actuación, llegue al convencimiento de la necesidad de decretar una medida cautelar y proceda en tal sentido…".

presupuestos que exige el artículo 25 de la Ley 472 de 1998 para la adopción de tal determinación.
Los mencionados presupuestos, de acuerdo con la citada normativa, hacen relación a los siguiente: a) en primer lugar, a que esté debidamente demostrado en el proceso la inminencia de un daño a los derechos colectivos o que el mismo se haya producido, pues de otra manera no podrían explicarse las finalidades de la medida cautelar, que apuntan a prevenir aquel daño que está por producirse o a hacer cesar aquel que ya se consumó ; b) en segundo lugar, es evidente que la decisión del juez al decretar la medida debe estar plenamente motivada y c) en tercer lugar, para adoptar esa decisión el juez debe tomar en consideración los argumentos contenidos en la petición que eleven los demandantes en ese orden, es decir, para que se decrete tal medida, lo cual, lógicamente , no obsta , para que el juez oficiosamente con arreglo a los elementos de juicio que militen en la actuación, llegue al convencimiento de la necesidad de decretar una medida cautelar y proceda en tal sentido" (subrayado extra texto) .

Como se observa, las exigencias jurisprudencialmente establecidas giran en torno a la necesidad de la prueba y a la necesidad de la motivación tanto del peticionario al momento de solicitarla como del juzgador al decretarla. Además, la Alta Corporación ha considerado que existe una estrecha relación entre ellas. En, efecto, en auto proferido el 31 de marzo de 2011[70], el Consejo de Estado revocó el decreto de medidas cautelares proferidas por el Tribunal Administrativo de Cauca, al considerar que la prueba allegada, en este caso los registros fotográficos, al carecer de fecha y al no permitir identificar el lugar donde fueron capturados, no constituían medios de prueba idóneos y válidos, interpretación que le permitió concluir que la decisión judicial sólo se fundaba en las manifestaciones contenidas en la demanda, desconociendo de este modo, la debida motivación que debe acompañar dichas providencias. Dijo entonces la corporación:

"…se analizaron dos de los más importantes principios que rigen la práctica de medidas cautelares, para efecto de garantizar un justo término de equidad en el proceso. Estos son: el periculum in mora y el fumus boni iuris, los cuales deben aparecer de forma concurrente para asegurar la proporcionalidad y congruencia de la medida. El primero, periculum in mora, tiene que ver con el riesgo de que al no adoptarse la medida cautelar sobrevenga un perjuicio o daño mayor del que se expone en la demanda, que de no precaverse, transforme

[70] Consejo de Estado. Sección Primera. Expediente 2010-464

en tardío el fallo definitivo. Tiene igualmente que ver con un temor fundado de que el derecho se frustre o sufra menoscabo durante la sustanciación del proceso. El segundo, fumus boni iuris, aduce a un principio de veracidad en cuanto a la afectación del derecho invocado como fundamento de la pretensión principal. Estos dos principios, asegura la doctrina, deben operar de manera concurrente, al punto que la falta de uno de estos elementos, debe dar lugar a que: i. se rechace la medida cautelar ó ii. se otorgue la medida pero de manera limitada. Por ejemplo, si el valor de la causa en juicio ejecutivo es proporcionalmente mínimo a la solvencia del demandado, la medida carecerá de periculum in mora, caso en el cual no habrá necesidad de hacer juicio alguno sobre el principio fumus boni iuris, pues de plano resulta innecesaria la medida.

"(…) En efecto, para la Sala las razones dadas por el Tribunal Administrativo del Cauca no cumplen con los requisitos exigidos en el artículo 25 de la Ley 472 de 1998, en la medida que en el expediente *no se encuentra demostrada la inminencia de un daño* a los derechos colectivos o que el mismo se haya producido, exigida para prevenir que se produzca el daño a los que alude la parte actora. Por otro lado*, la decisión de decretar la medida cautelar no está plenamente motivada*, incumpliendo así el segundo de los requisitos exigidos por el legislador, puesto que la conclusión del Tribunal Administrativo del Cauca *se fundamentó en las afirmaciones dadas por los demandantes* y por documentos y fotos que no acreditan la vulneración de los derechos colectivos, como a continuación se explica.

Finalmente, el material fotográfico al que alude el Tribunal Administrativo del Cauca (fls. 203 a 206) obedece al escrito presentado por integrantes de la comunidad a la Directora Territorial Norte de la Corporación Regional del Cauca, siendo pertinente reiterar que las *fotos por sí solas no acreditan la fecha, y el lugar donde se capturan las imágenes,* por lo cual en este caso no puede entenderse probada la vulneración de derechos colectivos.

El decreto de una de tales medidas, o de otras distintas a éstas, pero que resulten procedentes para prevenir un daño inminente a los derechos e intereses colectivos o para hacer cesar el que se hubiere causado a aquellos, *debe soportarse lógicamente en elementos de prueba idóneos y válidos que sean demostrativos de tales circunstancias; es precisamente la existencia de tales elementos de juicio lo que permitirá motivar debidamente la decisión del juez cuando disponga una medida cautelar para la protección de tales derechos.* (Subrayado y cursiva extra texto).

Del mismo modo, el Consejo de Estado resaltó la importancia que tiene el juicio de ponderación que debe efectuar el juez, al señalar: *"…para cada caso*

concreto le corresponde al juez efectuar un juicio de ponderación, a través del cual se pueda definir, de manera racional y razonable , acerca de la necesidad del decreto de determinada medida cautelar con el fin de garantizar, en sus justas proporciones, el equilibrio entre el derecho del demandante a alcanzar una tutela judicial efectiva y la menor afectación a los derechos sustanciales y procesales del demandado"[71].

Pero además de los requisitos antes mencionados que podríamos calificar como específicos, el juez también debía consultar los principios rectores en materia cautelar, es decir, el ***fumus bonis iuris*** (apariencia de buen derecho) y ***el periculum in mora*** (peligro en la demora) como referentes obligatorios para garantizar la proporcionalidad y congruencia de la decisión.

Así lo indicó la Corte Constitucional al revocar varias tutelas que habían sido otorgadas con fundamento en una medida cautelar adoptada en una acción popular. Recordó el Alto Tribunal el carácter precario, transitorio y provisional de las medidas, así como los principios en que debe fundarse la eventual decisión. Consideró entonces la Corte[72]:

> **"…***se analizaron dos de los más importantes principios que rigen la práctica de medidas cautelares, para efecto de garantizar un justo término de equidad en el proceso. Estos son: el periculum in mora y el fumus bonis iuris, los cuales deben aparecer de forma concurrente para asegurar la proporcionalidad y congruencia de la medida. El primero, periculum in mora, tiene que ver con el riesgo de que al no adoptarse la medida cautelar sobrevenga un perjuicio o daño mayor del que se expone en la demanda, que de no precaverse, transforme en tardío el fallo definitivo. .-Tiene igualmente que ver con un temor fundado de que el derecho se frustre o sufra menoscabo durante la sustanciación del proceso. El segundo, fumus bonis iuris, aduce a un principio de veracidad en cuanto a la afectación del derecho invocado como fundamento de la pretensión principal. Estos dos principios, asegura la doctrina, deben operar de manera concurrente, al punto que la falta de uno de estos elementos, debe dar lugar a que: i. se rechace la medida cautelar ó ii. se otorgue la medida pero de manera limitada. Por ejemplo, si el valor de la causa en juicio ejecutivo es proporcionalmente mínimo a la solvencia del*

[71] Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 3590. Auto de 3 de marzo de 2010
[72] SU 913 de 2009

demandado, la medida carecerá de periculum in mora, caso en el cual no habrá necesidad de hacer juicio alguno sobre el principio fumus boni iuris, pues de plano resulta innecesaria la medida.

(…)

12.1.1 Para resolver esta temática vale la pena recordar que la medida preventiva o cautelar se produjo en el curso de un proceso de acción popular en el cual algunas de las reglas del concurso se encontraban en litigio por comprometer la moralidad administrativa, *de forma que la cautela tenía como propósito prevenir o precaver las contingencias que pudieran sobrevenir sobre tales derechos hasta tanto concluyera el proceso.* En opinión de Carnelutti[73], la medida cautelar es ante todo una decisión de oficio que trata de crear un estado jurídico provisional que dure hasta que se defina el derecho en litis. A su juicio se trata de un arreglo temporal del litigio que sólo, eventualmente, puede tornarse definitivo a partir de la decisión final. En virtud de la medida cautelar "*la res no es, pues, iudicata, sino arreglada de modo que pueda esperar la conclusión del juicio; este concepto se aclara comparándolo con el vendaje de una herida*", por ese hecho tiene un carácter eminentemente provisional y transitorio.

12.1.2 Al respecto**,** la doctrina constitucional ha sostenido que el decreto de medidas provisionales, antes de que se tenga certeza jurídica sobre la existencia de la obligación que se pretende proteger, normalmente no tiene alcance para vulnerar el derecho fundamental al debido proceso ni ningún otro derecho como el de propiedad "*porque la medida cautelar por si misma, si bien limita los poderes de disposición, uso y disfrute de su titular durante el trámite del proceso**, no tiene la virtud ni de desconocer ni de extinguir el derecho***"*[74]*-resaltado fuera de texto-, siempre que tales medidas ofrezcan ciertas garantías que aseguren la proporcionalidad y razonabilidad de las cautelas. Al respecto, la sentencia C- 485 de 2003, indicó:

> ***"[...] el Legislador, aunque goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio.*** *Por ende, el actor tiene razón en que los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio. Existe*

[73] Carnelutti Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Editorial Uteha Argentina. Edición 1944. Tomo I. páginas 387 y siguientes.
[74] Sentencia C-485 de 2003.

pues una tensión entre la necesidad de que existan mecanismos cautelares, que aseguren la efectividad de las decisiones judiciales, y el hecho de que esos mecanismos pueden llegar a afectar el debido proceso, en la medida en que se imponen preventivamente, antes de que el demandado sea derrotado en el proceso. Precisamente por esa tensión es que, como bien lo señala uno de los intervinientes, ***la doctrina y los distintos ordenamientos jurídicos han establecido requisitos que deben ser cumplidos para que se pueda decretar una medida cautelar, con lo cual, la ley busca que esos instrumentos cautelares sean razonables y proporcionados****. Por ejemplo, en algunos ordenamientos, como el español, la ley establece tres exigencias: para que pueda decretarse la medida cautelar, a saber, que: (i) haya la apariencia de un buen derecho ("fumus boni iuris"), esto es, que el demandante aporte un principio de prueba de que su pretensión se encuentra fundada, al menos en apariencia; (ii) que haya un peligro en la demora ("periculum in mora"), esto es que exista riesgo de que el derecho pretendido pueda verse afectado por el tiempo transcurrido en el proceso; y, finalmente, que el demandante preste garantías o "contracautelas", las cuales están destinadas a cubrir los eventuales daños y perjuicios ocasionados al demandado por la práctica de las medidas cautelares, si con posterioridad a su adopción, se demuestra que éstas eran infundadas."* (Resaltado fuera de texto)

12.1.3 Se tiene entonces que el legislador en ejercicio de la facultad de libre configuración, prescribió en el artículo 25 de la Ley 472 de 1998 -que rige las acciones populares y de grupo-, que en cualquier estado del proceso el juez puede de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas cautelares que estime necesarias para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiese causado. Así, una vez incoada la demanda de acción popular, el juez del conocimiento decretó aquellas medidas que consideró suficientes y fundadas para prevenir la ocurrencia o extensión de un daño, en el entendido, claro, que tal medidas tenían un carácter provisional y, por lo mismo, carecían de entidad para afectar derechos que se encontraban en discusión dentro de la acción popular…".

Visto lo anterior, no queda la menor duda que las medidas cautelares adoptadas en vigencia de los artículos 25 y 26 de la Ley 472 de 1998 debían soportarse en los principios de periculum in mora y fumus bonis iuris fundamentos del régimen cautelar general, que exigen en su orden, la

acreditación del riesgo que comporta la no adopción de la medida y la apariencia del buen derecho de la reclamación efectuada.

A diferencia de la Ley 472 de 1998**,** la Ley 1437 de 2011, en su artículo 231 fijó de manera expresa los requisitos para decretar medidas cautelares, siempre que no se trate de la suspensión de actos administrativos, en los siguientes términos:

> *"…1.- Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
> *2.- Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
> *3.- Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
> *4.- Que adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
> *a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
> *b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios…".*

Sin mayor esfuerzo, atendiendo el objeto de protección en las acciones populares, se puede concluir que la exigencia a que hace alusión el ***numeral segundo***, no es aplicable a estos asuntos por que el actor popular no ostenta titularidad alguna sobre el derecho cuya protección solicita, sino que actúa en nombre de la comunidad.

Ahora bien, con relación a los requisitos restantes, el legislador decidió incluir las categorías que reglan la materia cautelar, estos son: *el fumus bonis iuris*, el *periculum in mora* y la ponderación de intereses.

El primero, es decir, que la demanda esté razonablemente fundada en derecho no es otra cosa que el principio ***fumus bonis iuris*** o apariencia de buen derecho, el cual, según se había indicado, impone una valoración de las perspectivas de éxito de la demanda. Sobre su real significado se presentan dos concepciones, una positiva que pide acreditar las posibilidades de que la

demanda tenga éxito y una negativa, menos exigente, que se satisface con que la pretensión no resulte a primera vista carente de fundamento. El doctor Arboleda Perdomo[75] -aunque refiriéndose a los asuntos de carácter contencioso-, explica el alcance de este requisito al afirmar: *"…los numerales 1 y 2 contienen, en principio, lo que la doctrina ha llamado fumus boni iuris o apariencia de buen derecho, lo que significa que las pretensiones del proceso contencioso administrativo aparezcan debidamente fundados. Se trata no de una demostración o prueba del derecho, pues si fuere así habría que dictar sentencia de inmediato, sino de entregarle al juez la totalidad de los razonamientos con base en los cuales resulta que el derecho solicitado por el demandante existe en primer análisis. Las fórmulas legales contenidas en el artículo 231 precisan este concepto, pues exigen de una parte que la demanda está razonablemente fundada en derecho, esto es, referida a lo arreglado, justo conforme a razón, según la definición de la palabra razonable" (subrayado extratexto).* De acuerdo con esta lectura, el núcleo de dicho principio se encuentra en la razonabilidad de la reclamación.

Adicionalmente, el ***numeral cuarto*** prevé que para su concesión, debe presentarse cualquiera de las circunstancias allí planteadas, esto es que de no otorgarse se cause un perjuicio irremediable o que existan serios motivos para considerar que los efectos de la sentencia serían nugatorios si no se conceden, este último equivale al principio *periculum in mora*[76] o peligro de la mora.
El numeral tercero se refiere a la necesidad de suministrarle al juez, los elementos de juicio necesarios que le permitan determinar a través de un juicio ***de ponderación de intereses*** que resulta más gravoso al interés público, negar que conceder la medida.

En conclusión, revisadas las dos normatividades, ha de señalarse que así no se encontraran previstos de manera específica en la Ley 472 de 1998, los

[75] **ARBOLEDA PERDOMO** Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. LEGIS. 336-358 (2011)
[76] "…Ese el requisito que obliga al juez a apreciar en qué casos, de no otorgarse el amparo cautelar, la duración del proceso puede tornar ineficaz un eventual fallo estimatorio de las pretensiones de la demanda, por manera que el Tribunal debe examinar "…la necesidad que exista de pronunciarse provisionalmente a fin de evitar que se ocasione a la parte que solicita la medida provisional un perjuicio grave e irreparable…"

requisitos que debían acreditarse con el propósito de decretar medidas cautelares en acciones populares, como ya se advirtió con antelación, la apariencia de buen derecho, el riesgo de la mora, la ponderación de intereses, la exigencia probatoria, constituían referentes obligatorios para el juez al momento de resolver una petición de tal naturaleza, por lo tanto, desde la perspectiva del operador judicial y del contenido de la norma, no se advierte mayor modificación.

Sin embargo, la consagración de tales requisitos contenida en la Ley 1437 de 2011, resulta útil, si tenemos en cuenta que en este tipo de procesos la legitimación por activa se caracteriza por su amplitud; recordemos que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 472 de 1998, ésta puede ser presentada por cualquier persona, en otras palabras, no se requiere ostentar la calidad de abogado, por lo tanto, su fijación cumple si se quiere una función pedagógica, al instruir al actor popular sobre las cargas que debe cumplir.

Ahora bien, lo que no deben olvidar los actores populares es que para la prosperidad de las medidas deben concurrir los requisitos antes mencionados. La práctica demuestra que en no pocas ocasiones, producto muy seguramente del desconocimiento, las solicitudes se concentran o sustentan de manera exclusiva en sólo uno de ellos, como cuando plantean la ineficacia del fallo si no se adoptan las medidas reclamadas, pero descuidan el soporte probatorio que debe acompañarlas o la justificación de la solicitud.

4.- Oportunidad y origen de la petición

Según el artículo 25 de la Ley 472 de 1998, el juez, de oficio o a petición de parte, podía decretar las medidas cautelares antes de la notificación de la demanda o en cualquier estado del proceso.

La Ley 1437 de 2011, en su artículo 29 mantuvo la previsión contenida en la citada disposición, al indicar que dichas medidas pueden ser ordenadas

"…antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso…". Como se observa, no existe variación alguna sobre el particular, es decir, se preserva la amplitud en la oportunidad para el decreto de tales medidas, lo que pone de presente el ánimo de garantizar el amparo efectivo de los derechos colectivos presuntamente vulnerados.
No obstante lo anterior, a diferencia de lo dispuesto en la Ley 472 de 1998, la norma en esta ocasión precisa que la petición de parte debe estar *"debidamente motivada"*. Esta manifestación se encuentra estrechamente relacionada, no solo con el deber de sustentar adecuadamente la petición sino con el mínimo de prueba con que ésta debe contar.

Ya en vigencia de la Ley 472 de 1998, el Consejo de Estado, en cuanto a la prueba, había advertido *"…De igual manera se impone demostrar, ab initio, no la plena responsabilidad de la parte demandada, sino que esta realizó acciones u omisiones vinculadas con la vulneración o amenaza del correspondiente derecho colectivo…"*[77].

Es decir, la ley materializó la carga que debe asumir el actor popular. A nuestro juicio, esta imposición no constituye óbice para que el juez de considerarlo necesario, decrete pruebas que contribuyan en la formación de su criterio.

5.- Procedimiento

De acuerdo con los artículos ***25 y 26 de la Ley 472 de 1998,*** formulada la solicitud de medidas cautelares, el juez contaba con un término de cinco días para resolver dicha petición, a través de una decisión debidamente motivada. En caso de que la petición hubiere sido solicitada con la presentación de la demanda, debía ser notificada de manera concomitante con el auto admisorio y podía ser objeto de oposición por parte de la entidad afectada, con el fin de evitar mayores perjuicios al derecho colectivo que se desea proteger, al interés público o al interés particular, de tal suerte que en este último caso, lo coloque

[77] Consejo de Estado. Sección Tercera. M.P. Ricardo Hoyos Duque . Expediente 2000-111. Sentencia de 17 de julio de 2003

en una situación de tal envergadura que resulte inviable el cumplimiento de un eventual fallo adverso.

La **Ley 1437 de 2011,** en su artículo 233, modifica este esquema procesal de manera importante, al prever el traslado de la solicitud de medida cautelar al demandado, para que se pronuncie respecto de ella.

Del mismo modo, distingue el trámite a seguir, dependiendo del momento en que se formule la petición, así: ***(i)*** si es presentada con la demanda, el operador judicial en auto separado que no será objeto de recursos y el cual debe ser notificado simultáneamente con el admisorio, correrá traslado de la misma, pero con la salvedad de que los términos se contarán de manera independiente al de la contestación[78]; ***(ii)*** si es elevada en el curso del proceso, se dará traslado al día siguiente de su presentación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo[79] 108 del C.P.C.

En uno y otro evento, el demandado contará con un término de cinco días para pronunciarse sobre dicha petición, vencido éste, el juez resolverá dentro de los diez (10) días siguientes, es decir, que el término para definir sobre su adopción se amplió de cinco (5) a diez (10) días.

Varios comentarios ha suscitado la inclusión del traslado previo al demandado, quienes no lo comparten califican su inclusión como exótica, teniendo en cuenta la naturaleza misma de la medida cautelar[80]. Pero para quienes la

[78] Ley 472 de 1998. Artículo 22.- En el auto admisorio de la demanda, el juez correrá traslado al demandado por el término de diez (10) días para contestarla. También dispondrá informarle que la decisión será proferida dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento del término de traslado y que tiene derecho a solicitar la práctica de pruebas con la contestación de la demanda. Si hubieren varios demandados, podrán designar un representante común.

[79] C.P.C. Art. 108. Los traslados de un escrito no requieren auto, ni constancia en el expediente salvo norma en contrario. El secretario lo agregará a éste y lo mantendrá en secretaría por el término respectivo. Estos traslados se harán constar en una lista que se fijará en lugar visible de la secretaría, por un día y correrán desde el día siguiente. Los traslados correrán en secretaría y allí se mantendrá el expediente sin solución de continuidad por el respectivo término, salvo los que se otorgan en trámite del recurso de casación para los cuales podrá retirarse el expediente.

[80] **BEJARANO Ramiro,** Medidas Cautelares en el Nuevo Código Contencioso, Ambito jurídico (2011**). "…**Tampoco resultó afortunada la exigencia de que las medidas cautelares se decreten previo traslado a la parte demandada de la solicitud formulada, salvo cuando se autoricen por motivo de urgencia. La razón que sustenta esta solución es la de que no tiene sentido decretar una cautela a espaldas de un demandado que siempre será una entidad pública, porque el Estado jamás se insolventará o desaparecerá. Craso error, pues no siempre el demandado en los procesos que se tramiten ante la jurisdicción contencioso administrativa es una entidad pública, como ocurre por ejemplo, en una acción popular cuya parte pasiva puede integrarse por una entidad pública y por particulares. Por lo demás, es exótica una medida cautelar sujeta a la previa contradicción de quien la padecerá.

defienden encuentran que surtir dicho trámite garantiza los principios de igualdad entre las partes, debido proceso, derecho de contradicción y defensa[81].

Las razones que según comenta el Dr. Enrique José Arboleda Perdomo[82] dieron lugar a que se optara por concederle la oportunidad al demandado para que previa la decisión sobre la medida precautelativa, se pronuncie sobre su adopción, fueron básicamente dos, de un lado, los amplios poderes otorgados a los jueces y en segundo término, el interés público que se ventila en los asuntos contencioso administrativos. Así lo señaló cuando afirmó: *"… Dada la amplitud de medidas que se pueden adoptar, y por estar presente el interés público en todos los procesos contencioso administrativos, se decidió que de la solicitud de medidas cautelares siempre se le diera traslado a la parte demandada, buscando con ello, varios fines: que ponga de presente al juez los derechos o intereses que resultarían afectados con la medida cautelar solicitada y que además reflexione sobre la viabilidad de oponerse a las pretensiones del proceso ante medidas tan graves como la anticipación del derecho u otras similares…"*.

Los argumentos indicados parecieran concederle la razón, a quienes estiman que la aplicación de este capítulo a los asuntos donde se encuentra de por medio la protección de los derechos colectivos, obedeció más a un ánimo de unificación que a la evidente necesidad de modificar ese aspecto, ya que como se advirtió líneas arriba, ni la naturaleza del interés controvertido, ni la amplitud de los poderes atribuidos al juez, constituyen elementos nuevos en esta materia.

---

[81] **GOMEZ ARANGUREN** Gustavo Eduardo, El régimen de medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011, en Instituciones del Derecho Administrativo en el Nuevo Código, una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. 175-184, (2012). "…Otro elemento novedoso introducido por el artículo 233 del CPA y CA consiste en la obligación del juez de dar traslado al demandado de la solicitud de medida cautelar para que se pronuncie sobre ella, previo a adoptar cualquier decisión al respecto. De esta manera se garantizan los principios de igualdad de las partes y el debido proceso, en especial el derecho de contradicción y defensa, y se le brindan a la autoridad judicial elementos adicionales para adoptar una decisión adecuada, pues ya no solo va a considerar las razones de la parte actora sino también las del demandado, quien ahora tiene la posibilidad de exponer su punto de vista y convencer al juez de la improcedencia de la medida.

[82] **ARBOLEDA PERDOMO** Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. LEGIS. 336-358 (2011)

Será la práctica la encargada de definir a quien le asiste la razón. Sin embargo, consideramos que la comparecencia de los demandados, que en materia de protección de derechos colectivos, en la mayoría de los casos lo constituyen entidades públicas, enriquece el debate y facilita la labor judicial.

De manera excepcional, la norma previó lo que denominó medidas cautelares de urgencia, para indicar que en estos eventos ante la premura de la situación, se omitirá el traslado al demandado y el juez decidirá con lo aportado por el peticionario.

Finalmente, conviene señalar que aunque el artículo 232 de la ley en comento, dispone que el solicitante de la medida debe prestar caución con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con su decreto, esta obligación por disposición de la misma norma, no se aplica en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivo, exclusión que halla su justificación en la naturaleza pública de las acciones.

6.- Recursos, efectos y término para resolver

El artículo 26 de la Ley 472 de 1998, disponía: *"El auto que decrete las medidas previas será notificado al demandado simultáneamente con la admisión de la demanda y podrá ser objeto de los recursos de reposición y de apelación; los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en el término de cinco días…"*, de allí que el Consejo de Estado haya aclarado en diversas oportunidades que por expreso mandato legal el recurso de apelación solamente procedía frente al auto que decretaba las medidas cautelares solicitadas y no respecto del que las negaba, sobre el cual sólo cabía la reposición. El efecto previsto para la concesión de la apelación era el

devolutivo[83], es decir, que su interposición no suspendía el cumplimiento de la decisión apelada y preveía un término corto de cinco días para su resolución.
La norma actual (contenida en el artículo 236 de la Ley 1437 de 2011), dispone que contra la providencia que accede a la medida cautelar procede el recurso de apelación o de súplica[84], según sea el caso. Reitera que los recursos se concederán en el efecto devolutivo y aumenta el término con que cuenta el operador judicial de cinco a veinte días para su definición. De igual manera, señala que carece de recurso alguno, incluyendo reposición, las decisiones relacionadas con el levantamiento, modificación o revocatoria de las medidas cautelares.

En punto de los recursos procedentes respecto al decreto de medidas cautelares, el doctor Mauricio Fajardo, expone en detalle las eventuales dificultades que se pueden presentar con la nueva normatividad, sobre todo cuando éstas son adoptadas por los cuerpos colegiados. En este sentido, plantea lo siguiente:

> "Ahora bien, en cuanto tiene que ver con los recursos procedentes contra las decisiones que resuelven solicitudes de medidas cautelares, la regulación de la Ley 1437 de 2011 suscita algunas inquietudes. Los artículos 229 y 230 del CPA y CCA, a lo largo de todo su contenido, dejan claro que la decisión sobre medidas cautelares podrá ser adoptada por el Magistrado Ponente en tribunales colegiados, de suerte que si la profiere el juez unipersonal, no ofrece mayor dificultad advertir que contra ella procederá el recurso de apelación para ante el Tribunal Administrativo correspondiente; por su parte, si la determinación es adoptada por el ponente, lo lógico será que se conceda el recurso de súplica.
>
> Sin embargo, en el artículo 125 CPA y CCA se realizaron unos ajustes que condujeron a que el texto final de la norma establezca que será de competencia del Juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los

[83] C.P.C. Artículo 354. Modificado decreto 2282 de 1989, art. 1º, mod .172. Modificado Ley 794 de 2003, art. 37. Modificado Ley 1395 de 2010, art. 15. Podrá concederse la apelación: (…) 2. En el efecto devolutivo. En este caso no se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, ni el curso del proceso…".
[84] Art. 246. El recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el magistrado ponente en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite de la apelación de un auto. También procede contra el auto que rechaza o declara desierta la apelación o el recurso extraordinario. Este recurso deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto, en escrito dirigido a la sala de que forma parte el ponente, con expresión de las razones en que se funda…".

> jueces colegiados las decisiones a las cuales se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 del Código serán dictadas en sala y ocurre que el numeral 2 del artículo 243 se refiere al decreto de las medidas cautelares, lo cual conduce a pensar que, en los términos del artículo 125 en mención, la providencia mediante la cual se resuelva una petición de amparo cautelar debería ser proferida en sala, pero en los términos de los artículos 229, 230 y 236 parecería abrirse paso la posibilidad de que fuese el ponente quien pudiese dictar tales proveídos.
>
> En ese orden de ideas, estamos en presencia de una cuestión que precisa de mayor claridad, pues si la decisión sobre la solicitud de medida cautelar es dictada en sala, el recurso contra ella procedente cambiaría, de suerte que si la misma es proferida por un Tribunal Administrativo, el procedente sería el recurso de apelación para ante el Consejo de Estado, mientras que si el proveído es dictado en sala en el Consejo de Estado, el recurso procedente sería el de reposición y en ningún caso el de súplica…"[85].

Como el mismo autor lo sostiene en el escrito citado líneas arriba, será tarea de la jurisprudencia definir aún aspectos procesales como este.

7) Levantamiento de las medidas cautelares

Una de las particularidades de las medidas cautelares es su variabilidad, es decir, que éstas pueden ser ajustadas o revocadas en cualquier momento por el juez dependiendo de la eventual modificación de las circunstancias que dieron lugar a su decreto, de allí que se trate de decisiones provisionales frente a las cuales no se puede predicar en ningún evento la configuración de la cosa juzgada. Partiendo de este presupuesto, el artículo 235 de la Ley 1437 de 2011, prevé que en cualquier etapa del proceso las medidas pueden ser levantadas a petición de parte, caso en el cual deberá el demandado o afectado constituir una caución que garantice la reparación de los eventuales daños derivados de dicha decisión. También serán modificadas o revocadas, de oficio o a petición de parte, cuando las causas que las originaron fueron

[85] **FAJARDO** Mauricio. Medidas Cautelares, en Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 327-351 (2011).

superadas o cuando la efectiva protección del derecho colectivo requiere que se ajusten las inicialmente ordenadas o inclusive cuando con el transcurso del tiempo se advierta que no se cumplían los requisitos para su otorgamiento. Indica la norma que en estos últimos eventos no se requiere constituir caución. De igual modo, en aplicación del principio de lealtad procesal señala que la parte a favor de quien se concedió la medida deberá informar sobre cualquier cambio sustancial de los supuestos fácticos que dieron lugar a su ordenación, de tal suerte que el juez se encuentre en condición de evaluar o revisar su necesidad.

A grandes rasgos, el paralelo expuesto entre las disposiciones subrogadas de la Ley 472 de 1998 y las contenidas en la Ley 1437 de 2011, encargadas de regular el decreto de medidas cautelares en el medio de control para la protección de los derechos colectivos, da cuenta de algunas modificaciones interesantes, otras no tan relevantes y algunas deudas que se mantuvieron, tal como ocurrió con la consagración del principio de precaución que pese a haber sido incluido en el texto inicial no formó parte del articulado final.

Entre las primeras y pese a las críticas formuladas por los procesalistas, resulta interesante el espacio otorgado por la ley para la intervención de las autoridades y/o de los particulares en ejercicio de funciones administrativas, previo al decreto de medidas cautelares, como quiera que constituye una fuente de soporte importante encaminada a suministrarle al juez elementos de juicio que faciliten la adopción de una medida acorde, proporcional, razonable y justificada que efectivamente salvaguarde el derecho colectivo cuyo amparo se reclama. Aunque la ley le atribuye la carga de la prueba al peticionario de la medida, que usualmente es el actor popular, lo cierto es que la comparecencia de la entidad, de algún modo, morigera el rigor de dicha obligación, toda vez que la administración deberá adoptar un rol activo en aras de justificar la innecesaridad de la misma, aportando elementos probatorios que respalden su dicho.

Una segunda conclusión, es que las acciones populares contaban con un régimen cautelar en blanco, innominado, cuyas reglas y subreglas de aplicación habían sido desarrolladas a nivel jurisprudencial. Actualmente, se cuenta con un régimen detallado, que optó por codificar los principios del régimen cautelar general, sin que pueda *prima facie* advertirse o concluirse que el segundo resulta más bondadoso que el primero o en sentido contrario, afirmar que la innominación contribuye a un mayor grado de protección por la discrecionalidad que comporta. En suma, se debe dar un compás de espera en aras de dilucidar este y otros aspectos como los procesales que quedaron planteados en el texto anterior.

IV. EL MECANISMO DE REVISION EVENTUAL EN LAS ACCIONES POPULARES : UN PROPOSITO DE UNIFICACION

La revisión eventual de sentencias y de algunos autos proferidos por los tribunales administrativos en materia de acciones populares y de grupo, es un instrumento relativamente novedoso, que le ha permitido al Consejo de Estado, en su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, retomar una de sus principales funciones: la unificación de jurisprudencia. Sobre esta herramienta poco se ha escrito, pero ha contado desde su consagración en la Ley 1285 de 2009, con un amplio desarrollo jurisprudencial. De allí la importancia de conocer no sólo el marco legal aplicable, sino también los parámetros definidos tanto por la Corte Constitucional como por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo con el fin de determinar si resultan suficientes para el cumplimiento del cometido fijado.

1. Antecedentes

Con el fin de garantizar la protección y defensa de los derechos colectivos, la Carta Política de 1991 elevó a canon constitucional las acciones populares. En este sentido, el artículo 88, inciso 1° de la Carta Política dispuso: *"La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella"*.

En desarrollo del citado precepto constitucional, el legislador expidió la Ley 472 de 1998, a través de la cual, reguló las acciones populares, de grupo y dictó otras disposiciones. Respecto a la jurisdicción, el Capítulo III del Título 2° le atribuyó a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las acciones populares cuando la acción u omisión que provoque la vulneración de los derechos colectivos provenga de una autoridad administrativa o de un

particular que ejerza funciones administrativas y a la jurisdicción ordinaria cuando ésta proceda de un particular.

En cuanto a la competencia, el artículo 16 de la ley en comento, señaló que la primera instancia correspondería a los jueces administrativos y a los civiles de circuito, según sea el caso, y la segunda instancia a los Tribunales Administrativos o a la Sala Civil del Tribunal del Distrito Judicial correspondiente. Sin embargo, como quiera que para la fecha de expedición de la referida ley, no se había implementado el funcionamiento de los juzgados administrativos, el legislador fijó una competencia transitoria respecto del trámite de las acciones populares, según la cual, a los Tribunales Administrativos les correspondía asumir la primera instancia, en tanto que la segunda sería de conocimiento del Consejo de Estado.

Durante casi una década se ejercieron estas competencias excepcionales, hasta agosto de 2006 cuando entraron en funcionamiento los juzgados administrativos[86], momento en el cual se activaron las competencias inicialmente previstas por el legislador y en consecuencia, el conocimiento en primera instancia de las acciones populares fue asumido por los nuevos jueces unipersonales y la segunda instancia por los Tribunales Administrativos, despojando al Consejo de Estado de cualquier posibilidad conocer dichos asuntos. Este fenómeno fue conocido como la regionalización de la justicia, ya que convirtió a los diferentes tribunales en autoridades de cierre, circunstancia que sin duda alguna atentaba contra importantes postulados como la seguridad jurídica y la igualdad.

El Consejo de Estado preocupado por el riesgo que significaba en materia de garantía de derechos, el estar marginado del conocimiento y definición de

[86] Conviene recordar que fue precisamente a través del ejercicio de una acción popular, que se ordenó la implementación y funcionamiento de los jueces administrativos creados en la Ley 270 de 1998. En efecto, mediante la sentencia de julio 18 de 2002, el Consejo de Estado, Sección Segunda, con ponencia de la Dra. Ana Margarita Olaya Forero, al pronunciarse respecto de la acción popular instaurada por el señor Luís Alfonso Acevedo Prada contra la Rama Judicial- Sala Administrativa del CSJ y Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Presidencia de la República y Ministerio de Hacienda Crédito Público, amparó el derecho colectivo a la prestación eficiente y oportuna del servicio público de la administración de justicia, argumentando que los demandados no habían adoptado ninguna medida para poner en funcionamiento los juzgados administrativos en mención.

controversias donde se ventilaban asuntos de alto impacto social, ya que se encontraban de por medio derechos colectivos, con el propósito de recuperar el pleno ejercicio de la facultad de unificación derivada de su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo[87], propuso durante el trámite del proyecto de ley estatutaria que modificaba la Ley 270 de 1998[88], la inclusión de un mecanismo eventual de revisión para las acciones populares y de grupo, iniciativa que fue aceptada e incorporada al citado proyecto de reforma.

2. De la revisión automática de la Corte Constitucional

El 21 de junio de 2007, observando el trámite previsto en el artículo 153 de la Carta Política[89], la Presidente del Senado de la República envió el expediente del proyecto de ley estatutaria No. 023/06 Senado y No. 286/07 Cámara, *"Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia"*, a la Corte Constitucional para que surtiera la revisión previa sobre su exequibilidad, conforme lo prevé la norma en cita.

En términos generales, la Corte[90] después de revisar el texto inicialmente presentado[91], avaló la eventual revisión por parte del Consejo de Estado, pero

---

[87] Constitución Política. Art. 237-1

[88] Estatutaria de la administración de justicia

[89] Artículo 153. "La aprobación modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura. **Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto**. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla (subrayado extratexto).

[90] C-713 de 2008

[91] ***"Artículo 11. Apruébese como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996, el artículo 36A, que formará parte del capítulo relativo a la organización de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el cual tendrá el siguiente texto:***

"Artículo 36A. Del mecanismo de revisión eventual en las acciones Una populares y de grupo y de la regulación de los recursos extraordinarios. *En su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, de oficio o a petición de parte o del Ministerio Público, el Consejo de Estado, a través de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o de sus Secciones o Subsecciones, con sujeción a los criterios que establezca el reglamento de la Corporación, 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, asegurar la protección de los derechos constitucionales fundamentales o ejercer control de legalidad respecto de los fallos correspondientes. Al efectuar la revisión se decidirá sin las limitaciones propias de los recursos.*

La selección o no de cada sentencia o providencia, para su eventual revisión, se efectuará sin necesidad de motivación. Por regla general las sentencias y demás autos acerca de los cuales resulte procedente la revisión eventual, sólo producirán efectos a partir del momento en el cual quede en firme la decisión de no seleccionarlas o a partir del vencimiento del plazo que señale la ley para que el Consejo de Estado decida sobre su eventual revisión sin que hubiere proferido pronunciamiento al respecto o, si a ello hubiere lugar, a partir de la ejecutoria de la decisión que se profiera en virtud de la revisión eventual. La ley podrá establecer excepciones.

en cuanto a los fines inicialmente propuestos, esto es ***(i)*** el de unificar jurisprudencia ***(ii)*** asegurar la protección de los derechos constitucionales fundamentales y ***(iii)*** ejercer el control de legalidad respecto de los fallos, el Alto Tribunal Constitucional precisó que sólo tiene asidero legal el primero de ellos, porque se deriva del ejercicio directo de su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, asignada por la Carta Política de 1991, razón por la cual, declaró inexequibles las dos restantes, es decir, la protección de derechos constitucionales fundamentales y el control de legalidad de las decisiones, definiciones propias de una corte de casación.

Estimó que la exclusión de revisión de las decisiones de esa misma naturaleza adoptadas por los Jueces Administrativos, no viciaba de inconstitucionalidad la norma, toda vez que dichos funcionarios deben respeto al precedente vertical y este se garantiza a través de las decisiones de segunda instancia a cargo de lo Tribunales Administrativos.

Pero declaró inexequibles las expresiones "*de oficio" y "al efectuar la revisión se decidirá sin las limitaciones propias de los recursos"*, al considerar que contrario a lo indicado, la revisión eventual constituye un verdadero recurso y por tanto, permitir su ejercicio por parte del Consejo de Estado, de manera

---

La petición de parte o del Ministerio Público deberá formularse dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la sentencia o providencia con la cual se ponga fin al respectivo proceso; los Tribunales Administrativos, dentro del término perentorio de ocho (8) días, contados a partir de la radicación de la petición, deberán remitir, con destino a la correspondiente Sala, Sección o Subsección del Consejo de Estado, el expediente dentro del cual se haya proferido la respectiva sentencia o el auto que disponga o genere la terminación del proceso, para que dentro del término máximo de tres (3) meses, a partir de su recibo, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo resuelva sobre la selección, o no, de cada una de tales providencias para su eventual revisión. Cuando se decida sobre la no escogencia de una determinada providencia, cualquiera de las partes o el Ministerio Público podrán insistir acerca de su selección para eventual revisión, dentro del término de cinco (5) días siguientes a la notificación de aquella; durante la presentación y trámite de la insistencia también continuarán suspendidos los efectos de la respectiva providencia. La decisión que se adopte en relación con la respectiva insistencia tampoco requerirá motivación.

Parágrafo 1°. *La ley podrá disponer que la revisión eventual a que se refiere el presente artículo también se aplique en relación con procesos originados en el ejercicio de otras acciones cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En esos casos la ley regulará todos los aspectos relacionados con la procedencia y trámite de la revisión eventual, tales como la determinación de los plazos dentro de los cuales las partes o el Ministerio Público podrán elevar sus respectivas solicitudes; la insistencia que pueda presentarse respecto de la negativa de la selección; los efectos que ha de generar la selección; la posibilidad de que la revisión eventual pueda concurrir con otros recursos ordinarios o extraordinarios.*

Parágrafo 2°. *El Consejo de Estado también podrá actuar como Corte de Casación Administrativa. La ley regulará todos los asuntos relacionados con la procedencia y trámite de los recursos, ordinarios o extraordinarios, que puedan interponerse contra las decisiones que en cada caso se adopten en los procesos que cursen ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo". (Subrayado fuera de texto, declarado inexequible por la Corte Constitucional Sentencia C-713 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández).*

oficiosa y sin límite alguno, vulneraba el postulado constitucional del debido proceso en la medida en que transfería una facultad reservada a las partes.

Idéntica suerte corrieron los apartes contenidos en el inciso primero del artículo 11, relacionados con la autorización a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y a las subsecciones para seleccionar los asuntos sometidos a revisión, toda vez que esa previsión según sostuvo, no se compadece con la distribución funcional de competencias contenida en el inciso 2 del artículo 236 de la C.P. Así mismo, recordó que en virtud de lo previsto en el reglamento de la corporación[92], las secciones primera y tercera eran las encargadas del conocimiento de las acciones populares y de grupo, una interpretación en sentido contrario, atentaría además en contra de la autonomía de estas instancias.

Tampoco encontró ajustados al marco constitucional ***(i)*** la exclusión del deber de motivar la escogencia de los asuntos propuestos para revisión; ***(ii)*** la suspensión de los efectos de las *sentencias hasta tanto haya un pronunciamiento definitivo por parte del Consejo* de Estado ni aquella aplicable mientras dura el trámite de la insistencia, contenidos en el inciso 2 del artículo 11, por cuanto riñen con la observancia debida a los postulados constitucionales del debido proceso, del acceso efectivo a la administración de justicia en un Estado Social de Derecho y al de efectividad de los derechos.

Finalmente, condicionó la exequibilidad del inciso primero del artículo 11, en el entendido de que nada obsta para que contra la decisión judicial revisada, la que niegue su revisión o aquella que resuelva el recurso eventual, proceda la tutela cuando concurran las exigencias fijadas por la jurisprudencia para tal fin.

[92] Acuerdo 58 de 1999, modificado por el Acuerdo 55 de 2003, expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado

3. Del desarrollo jurisprudencial en la jurisdicción contencioso administrativa

Después del fallo de la Corte Constitucional que modificó sustancialmente el proyecto inicial y ante la inexistencia de parámetros objetivos que permitan su cabal ejercicio, el Consejo de Estado se ha visto en la necesidad de construir a través de sus pronunciamientos unas reglas mínimas que le den claridad tanto al particular como al operador sobre dicho mecanismo. A continuación se relacionan aquellos puntos relevantes de los que se ha ocupado la corporación.

3.1. Selección y competencia. A mediados de 2009, es decir, casi 5 meses después de la promulgación de la ley 1285 de 2009, la Sala Plena del Consejo de Estado, en auto de 14 de julio, con ponencia del Dr. Mauricio Fajardo Gómez[93], en una providencia que puede ser considerada como hito en la materia, definió el alcance del mecanismo de revisión y fijó los lineamientos generales que se deben observar durante su trámite. Uno de los aspectos tratados en dicha providencia fue precisamente el de la competencia, en este sentido, manifestó que atendiendo al reglamento interno de la Corporación, la competencia para su conocimiento le correspondía a las secciones Primera y Tercera, las que con anterioridad a la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos fungían como jueces de segunda instancia.

Al año siguiente, la Sala Plena del Consejo de Estado[94] rectifica su jurisprudencia y a diferencia de lo antes señalado, en esta oportunidad sostuvo que con ocasión de la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos, las secciones primera y tercera del Consejo de Estado perdieron competencia para conocer lo referente a las acciones populares, es decir, cambiaron las reglas previstas en el artículo 13 del Reglamento del

[93] Consejo de Estado, Auto de 14 de Julio de 2009, Expediente No. (AG) 20001233100020070024401 Actor: Gladys Alvarado Acosta y Otros. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Auto en el cual el Consejo de Estado en Sala Plena resolvió la solicitud de Revisión de la Sentencia de Segunda Instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar dentro de la Acción de Grupo instaurada en contra del Municipio de Chiriguaná.
[94] Consejo de Estado. Sala Plena. Auto de 17 de febrero de 2010. Expediente 2007-325

Consejo de Estado[95] y cobró plena vigencia el artículo 16 de la Ley 472 de 1998[96].

Precisó que aunque la Ley 1285 de 2009 creó el mecanismo de revisión eventual, no determinó la forma en que se debe realizar su reparto entre las diferentes Secciones del Consejo de Estado. Bajo estos supuestos y al considerar que la competencia forma parte del derecho al debido proceso y tiene reserva legal, razón por la cual, las autoridades judiciales no pueden arrogarse *motu proprio* el conocimiento de determinados asuntos, concluyó que *"...la decisión de seleccionar o no las acciones populares para revisar los fallos dictados por los Tribunales Contencioso Administrativos sobre el particular compete únicamente a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo como máxima autoridad en temas jurisdiccionales dentro del Consejo de Estado…"*[97].

Meses más tarde, nuevamente modificaron este criterio con la expedición del Acuerdo No. 0117 de 12 de octubre de 2010[98], que adicionó un parágrafo al artículo 13 del reglamento (Acuerdo 58 de 1999), y le atribuyó a todas las secciones de la Sala Contencioso Administrativo, sin atender su especialidad, la facultad de seleccionar la eventual revisión de las sentencia o providencias, pero reservó en cabeza de la Sala Plena la expedición de la sentencia de unificación.

---

[95] Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999, modificado por el Acuerdo 55 de 2003.

[96] Ley 472 de 1998. Artículo 16. Competencia. De las Acciones Populares conocerán en primera instancia los jueces administrativos y los jueces civiles de circuito. En segunda instancia la competencia corresponderá a la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativa o a la Sala Civil del Tribunal de Distrito Judicial al que pertenezca el Juez de primera instancia…".

[97] Consejo de Estado. Sala Plena. M.P. María Nohemí Hernández Pinzón. Auto 17 de febrero de 2010. Expediente 2007-325. Esta providencia contó con los salvamentos de voto de los magistrados Enrique Gil Botero, Myriam Guerrero de Escobar y Luis Rafael Vergara Quintero (salvamento parcial) y con las aclaraciones de los magistrados Hugo Bastidas Bárcenas y Ruth Stella Correa.

[98] Acuerdo 117 de 2010. *"Por medio del cual se adiciona el artículo 13 del Acuerdo NO. 58 de 1999 un parágrafo"*. Artículo 1°. Adiciónase el artículo 13 del Acuerdo número 58 de 1999, modificado por el artículo 1 del Acuerdo número 55 de 2003, por el cual se expidió el reglamento interno del Consejo de Estado, el siguiente parágrafo: PARAGRAFO. De la selección para su eventual revisión de las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del proceso en las acciones populares o de grupo, proferidas por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conocerán todas las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sin atender a su especialidad, previo reparto efectuado por el Presidente de la Corporación. Seleccionado el asunto para su revisión, la Sala Plena de lo Contencioso decidirá sobre la misma. De la insistencia de que trata la parte final del artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 conocerá la misma Sección que resolvió sobre su no selección, a menos que a petición de cualquier Consejero la Sala Pelan de lo Contencioso decida resolverla".

Estas variaciones de competencia relativamente frecuentes, provocaron fuertes críticas, por ejemplo la contenida en el artículo *"La selección de sentencias para la unificación de jurisprudencia. Tres historias paralelas entre la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia"*[99], donde el autor refiriéndose a dicha situación pone de presente la vocación de permanencia que debería caracterizar este tipo de decisiones, máximo cuando de por medio se encuentra la seguridad jurídica; comenta lo sucedido en los siguiente términos: *"Hasta aquí el relato de lo ocurrido con este mecanismo de revisión eventual, el cual deja bastantes perplejidades: la primera es el cambio de posición sin ninguna referencia a los argumentos por los cuales se da la variación en un lapso tan corto. Esta situación pone de presente que es oportuno que los altos tribunales tengan en cuenta que su función de unificación de la jurisprudencia les obliga a garantizar una cierta estabilidad de las decisiones y que cualquier cambio deberá ser argumentado. Fenómeno que en el derecho norteamericano se conoce como el overruling; y aunque allí se comenta en torno al fenómeno diverso del precedente judicial, resulta una institución útil a tener en cuenta, en materia de unificación de jurisprudencia. En efecto, si de un lado se tiende a la unificación buscando en ocasiones seguridad jurídica, también es conveniente que esa necesidad no se convierta en un factor de anquilosamiento de la jurisprudencia, ni en la pérdida para los tribunales de la posibilidad de reconsiderar a futuro sus decisiones; sin embargo en ordenamientos del common low se ha dispuesto que el overruling garantice que no haya sorpresas con los cambios de jurisprudencia y que los mismos resulten anunciados. Pero al margen de esta consideración, la decisión que nos ocupa no sólo ha tomado por sorpresa el cambio súbito de opinión, sino que no existe una argumentación mínima para justificar dicho cambio de posición…".*

[99] **GUAYACAN** Juan Carlos. La selección de sentencias para la unificación de la jurisprudencia. Tres historias paralelas entre la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Revista de Derecho Privado No. 19, 2010, pp 57 a 79.

Como se observa el tema de la competencia frente a quien selecciona y quien profiere la decisión de unificación no ha sido para nada pacífico y en el corto tiempo de vigencia del mecanismo, se han adoptado por parte de la Corporación decisiones diametralmente opuestas que de seguro han impedido que las solicitudes de revisión en curso hayan contado con un trámite más fluido.

Al margen de la discusión que todo proceso de selección involucra[100], lo cierto es que atribuirle a las secciones del Consejo de Estado la decisión relativa a la escogencia del asunto que será objeto de revisión, contribuía a la celeridad de su trámite. No así, el arrogarle a la Sala Plena la decisión final, pues si bien ha de entenderse que esta previsión obedeció al ánimo de reconocer la trascendencia e impacto de la definición de derechos colectivos, en la práctica hace mucho más engorroso y lento el procedimiento de unificación, lo que comporta un eventual desconocimiento de los principios de economía, celeridad y eficacia que de conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la Ley 472 de 1998, deben caracterizar su trámite.

Muy seguramente, esta fue la razón para que la Ley 1437 de 2011 (artículo 274), se ocupara nuevamente del tema, en el sentido de atribuirle a las secciones, atendiendo su especialidad, la selección y decisión de unificación, tal como se estudiará más adelante.

Ahora, con el afán de estructurar un mejor diseño que facilite el proceso de selección, no está de más, extrapolar la experiencia que en esta materia se ha tenido con la acción de tutela, en la medida en que ella constituye su antecedente más importante o como lo sugiere el doctor Juan Carlos Guayacán[101]después de analizar los diferentes procesos de selección que se

[100] Ver ambitojuridico.com. Tamayo Jaramillo Javier. Graves peligros en el trámite de las acciones populares y de grupo.

[101] **GUAYACAN** Juan Carlos. La selección de sentencias para la unificación de la jurisprudencia. Tres historias paralelas entre la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Revista de Derecho Privado No. 19, 2010, pp 57 a 79.

surten en las distintas jurisdicciones (ordinaria, contencioso administrativa y constitucional), propender por la homogenización de esta facultad.

El mismo Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación proferida el 3 de septiembre de 2013[102], de manera explícita manifestó el problema derivado de la indeterminación del procedimiento del mecanismo de revisión eventual, frente al cual ha optado, tal como lo hizo en su momento la Corte Constitucional ante los eventuales vacíos que se presentan en el trámite de la revisión de la tutela, aplicar de manera analógica el Decreto 2067 de 1991 que consagra el trámite de la acción pública de inconstitucionalidad. Afirma el Consejo en la decisión citada: *"Añádase a lo anterior en cuanto la Ley 1285 consagró el mecanismo de revisión eventual en materia de acciones populares y de grupo sin disponer algún procedimiento específico a efectos de tramitación, la Sala Plena encuentra legalmente posible la aplicación analógica de las normas que regulan el proceso de revisión eventual en tutela, claro está en cuanto resulten compatibles con la naturaleza y consecuentes particularidades que según ha quedado establecido, comporta la revisión eventual de competencia de esta Corporación. Al respecto cabe destacar que precisamente la Corte Constitucional ha aplicado por vía de analogía normas rigen el trámite de la acción pública de constitucionalidad al proceso de revisión eventual de tutelas"*.

De lo anterior, se desprende la necesidad de una regulación legal integral del proceso de selección en el mecanismo de revisión eventual, que facilite su trámite y permita superar las contingencias derivadas de su indefinición.

3.2.- Aplicación exclusiva del mecanismo de revisión eventual en la jurisdicción contencioso administrativa. Respecto a este punto, el Alto Tribunal Administrativo, siguiendo la línea expuesta por la Corte

[102] Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de unificación 3 de septiembre de 2013. Expediente 2009-1566

Constitucional[103], ha señalado que aunque el trámite de las acciones populares y de grupo es de competencia tanto de la jurisdicción administrativa como de la ordinaria civil[104], sólo serán objeto de revisión ante el Consejo de Estado, a través del mecanismo de revisión eventual, aquellas sentencias o providencias que pongan fin o archiven el proceso que no sean susceptibles de apelación, proferidas por los Tribunales Administrativos[105], excluyendo así la revisión de las mismas decisiones pero que sean adoptadas por los Tribunales Superiores.

Esta interpretación genera importantes consecuencias, veamos: (i) en primer lugar, el problema que la revisión eventual procuró solucionar en la jurisdicción contencioso administrativa se mantuvo en la ordinaria. Sobre este punto vale la pena realizar una aclaración, en el sentido de indicar que actualmente la Corte Suprema de Justicia conoce de las sentencias de los procesos adelantados en ejercicio de las acciones de grupo a través del recurso de casación, de conformidad con lo previsto en el artículo 67 de la Ley 472 de 1998 y con fundamento en una interpretación amplia del artículo 379 del C.P.C., conoce de las proferidas en las acciones populares a través del recurso extraordinario de revisión, pero en este último caso, por la ocurrencia de las causales expresas contenidas en el artículo 380 del mismo estatuto, relacionadas, tal como la misma Corte lo ha indicado "… con dificultades e irregularidades en la obtención de la prueba, fraude procesal, indebida representación o nulidades que afecten la actuación"[106], propósitos que nada tienen que ver con el objeto de la revisión eventual dirigida exclusivamente a la unificación jurisprudencial. Si bien es cierto, del universo de acciones populares instauradas, entre el 75 y

[103] C-713 de 15 de julio de 2008. "…Tampoco se observa vicio de inconstitucionalidad porque no se haya previsto la revisión eventual de las decisiones proferidas en la jurisdicción ordinaria, pues se trata de dos regulaciones que si bien protegen los mismos bienes jurídicos se sujetan a reglas procedimentales diferentes – al menos en forma supletoria- que no pueden ser equiparadas para estos efectos. Además, esa regulación responde al margen de configuración del legislador y resulta razonable si se tiene en cuenta que el artículo 11 del proyecto solamente introduce cambios a la competencia en la jurisdicción contencioso administrativo, de modo que sería incoherente que esa misma norma propusiera cambios en la jurisdicción ordinaria". que está sujeta a reglas procedimentales diferentes y porque la norma se limita a proponer modificaciones exclusivamente respecto de la Contencioso Administrativa…".

[104] Ley 472 de 1998. Artículo 15. 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 y omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones vigentes sobre la materia. En los demás casos conocerá la jurisdicción ordinaria civil.

[105] Consejo de Estado. Sala Plena. M.P. Mauricio Fajardo. Auto de 14 de julio de 2009. Expediente 2007-244.

[106] Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez. Sentencia de 19 de diciembre de 2011. Expediente 11001020300020009-000919-00

80 % de las mismas es de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, y cerca de un 20 % o un poco más, de la jurisdicción ordinaria civil[107], ello no justifica el trato diferenciado dado a una y otra, ya que se trata de la protección del mismo bien jurídico, es decir, del amparo de los derechos colectivos; (ii) en segundo término, la estructura normativa permite que pese a que se están amparando los mismos derechos, tal como ocurre con la tutela, las decisiones adoptadas en las dos jurisdicciones en asuntos de similares características, pueden resultar contrarias, lo que sin duda afecta cualquier pretensión de unificación.

Aproximarse a una solución que permita superar las dificultades planteadas requiere de intervención legislativa, ya que según lo indicó la Corte Constitucional[108] cuando abordó este tema, la adopción del procedimiento es un asunto propio de la facultad de configuración del legislador.

3.3.- Eventos generales en que opera la unificación. El fin perseguido con la revisión es la unificación de la jurisprudencia, tarea que según el Consejo de Estado se llevaba a cabo en los siguientes eventos, no taxativos: ***(i)*** Cuando uno o varios de los temas contenidos en la providencia respectiva hubiesen merecido tratamiento diverso por la jurisprudencia del Consejo de Estado; ***(ii)*** Cuando uno o varios de los temas de la providencia, por su complejidad, por su indeterminación, sean susceptibles de confusión, de diferente aplicación o interpretación; ***(iii)*** Cuando sobre alguno de los temas tratados en la providencia no hubiere una posición consolidada por parte de la jurisprudencia ***(iv)*** Cuando uno o varios de los temas de la providencia no hubieren sido objeto de desarrollos jurisprudenciales por parte del Consejo de Estado[109]. Como se verá más adelante la Ley 1437 de 2011 reguló expresamente las causales de revisión, lo que de seguro provocará posteriores pronunciamientos jurisprudenciales.

[107] Consejo Superior de la Judicatura. Informe al Congreso de la República 2009-2010. Cap. III. La eficiencia de la Justicia. Gestión Jurisdiccional.
[108] C-713 de 2008
[109] Consejo de Estado. Sala Plena Auto de 14 de Julio de 2009, Expediente No. (AG) 2007-00244

3.4.- Presupuestos de procedencia

a) Solicitud. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1285, señaló que para que proceda la solicitud de revisión ésta debe ser elevada por las partes o por el Ministerio Público y no puede realizarse de manera oficiosa, es decir, rige el principio dispositivo frente a la solicitud de revisión (ya la Corte Constitucional había declarado inexequible la facultad oficiosa del juez para efectuar la revisión eventual[110]). De acuerdo con expreso pronunciamiento del Consejo de Estado[111], los coadyuvantes también se encuentran legitimados para solicitar la revisión.

b) Objeto. En este sentido el Consejo de Estado ha sido enfático en indicar que son revisables las sentencias y las providencias que finalicen o archiven el proceso proferidas por los Tribunales Administrativos, que no sean objeto de apelación ante el Consejo de Estado. Ello significa que no son revisables a través de este mecanismo:

- Las decisiones de los jueces administrativos. Siguiendo la línea adoptada por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado definitivamente dejó claro que sólo son objeto de revisión las sentencias y providencias proferidas por los Tribunales Administrativos, lo que de plano descarta cualquier posibilidad de solicitar revisión de decisiones adoptadas por los jueces de esta jurisdicción[112], así se trate de sentencias no apeladas o de autos que pongan fin al proceso o archiven

[110] C-713 de 2008
[111] Consejo de Estado. Sala Plena. M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Auto de 6 de julio de 2010. Expediente 2007-286. "…En la solicitud de revisión eventual presentada por los coadyuvantes se señala la necesidad de que esta Corporación adopte una posición unificadora frente a las instituciones jurídicas como la novación, la compensación y cobro de lo no debido en desarrollo de los contratos de concesión de servicios…Al respecto, advierte la Sala que los señores Edilberto Escobar Cortes y Laureano Verdeza Garavito, en su calidad de coadyuvantes de la parte actora y el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla quien, a pesar de haber sido demandado dentro de la acción popular, apoyó las pretensiones del actor popular, formularon la solicitud de revisión eventual, por lo que se cumple con el requisito de legitimación. Además, la sentencia la profirió el Tribunal Administrativo del Atlántico.
[112] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. M.P. Alfonso Vargas Rincón. Auto de julio 12 de 2010. Expediente 2007-241. "En el presente asunto, la sentencia de 11 de febrero de 2010 fue proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Montería y no fue objeto del recurso de apelación. Conforme al artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, la revisión eventual procede únicamente respecto de las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso proferidas por los Tribunales Administrativos, circunstancia que no se dio en éste asunto por cuanto la sentencia fue proferida por el citado juzgado y no por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

el mismo. Esta medida de alguna manera, parte de la base de que las decisiones bien se trate de sentencias o de autos que ponen fin al proceso u ordenan su archivo[113], proferidas por los jueces unipersonales cuentan con la posibilidad de ser examinadas por el superior a través de la interposición del recurso de apelación[114].

- Las sentencias o autos que finalicen el proceso u ordenen su archivo proferidas por los Tribunales Administrativos que sean apelables. Actualmente de acuerdo con el marco competencial, el Consejo de Estado puede llegar a conocer los fallos o los autos que finalicen el proceso proferidos en el trámite de las acciones populares en dos condiciones: como juez de segunda instancia al resolver las apelaciones formuladas frente a las sentencias o autos que finalicen el proceso proferidos por los Tribunales Administrativos, es decir, de aquellas instauradas en contra de autoridades administrativas del orden nacional y como juez de revisión de los fallos proferidos por los Tribunales Administrativos seleccionados a través del mecanismo que ocupa nuestra atención. A simple vista, resulta aceptable tal distinción, como quiera que en el primer caso, la ley a través de los recursos garantiza el conocimiento de las decisiones proferidas en las acciones populares por parte de la Corporación. Sin embargo, podríamos preguntarnos que ocurriría si un fallo proferido en primera instancia por un Tribunal Administrativo contiene una decisión contraria a una sentencia de unificación o a una jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado y por cualquier circunstancia no fue apelado o fue recurrido por razones diferentes a éstas. Ciñéndonos a la estructura del mecanismo de revisión, dada la taxatividad de la procedencia, resulta claro que pese a

[113] Consejo de Estado. Auto de 25 de mayo de 2006. Expediente 2005-1483. M.P. Camilo Arciniegas. "La Ley 472 de 1998 en sus artículos 26 y 37 prevé expresamente las providencias susceptibles de ser recurridas mediante apelación, estas son: el auto que decreta medidas previas y la sentencia de primera instancia, lo cual llevaría a entender que contra las demás providencias solamente procedería el recurso de reposición. En su jurisprudencia, esta Corporación ha interpretado sistemáticamente la Ley 472 de 1998 y su artículo 36, en atención al carácter garantista de las acciones populares. En tal virtud ha precisado que el recurso de apelación sí procede contra el auto que rechaza la demanda…".
[114] Ley 472 de 1998. "Art.37. Recurso de apelación. El recurso de apelación procederá contra la sentencia que se dicte en primera instancia, en la forma y oportunidad señalada en el Código de Procedimiento Civil, y deberá ser resuelto dentro de los veinte días siguientes contados a partir de la radicación del expediente en la secretaría del Tribunal competente…".

la manifiesta contradicción, esta decisión quedaría marginada de la posibilidad de ser revisada.

Finalmente, en relación con los autos que finalicen el proceso o que ordenen su archivo, el Consejo de Estado a título de ejemplo se ha referido al que acepta el desistimiento; al que decreta la perención del proceso y al que aprueba la conciliación, citación a todas luces desafortunada como quiera que con ello desconoció decisiones anteriores donde ha puesto de presente la incompatibilidad existente entre la figura del desistimiento que opera sólo cuando se encuentran de por medio intereses particulares y la acción popular[115] donde se ventila la protección de derechos colectivos; la imposibilidad de aplicar la perención del proceso[116], habida cuenta del impulso oficioso que le corresponde al operador judicial y las hondas diferencias existentes entre la naturaleza de la audiencia de pacto y de la audiencia de conciliación.

[115] Consejo de Estado. Sentencia 183 de 3 de julio de 2007. Expediente 2002-183. M.P. Germán Rodríguez Villamizar. "La figura del desistimiento, entendida como la facultad de disponer del derecho en litigio, no se encuentra consagrada en la Ley 472 de 1998 que desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo, razón por la que debe acudirse al artículo 44 ibídem, el que a su vez remite a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, para regular los aspectos no previstos en la citada ley, tratándose de acciones populares cuyo conocimiento compete a la jurisdicción contencioso administrativa, mientras no se opongan tales normas a la naturaleza y finalidad de esas acciones. En igual sentido, como quiera que el Código Contencioso Administrativo no prevé el desistimiento de la demanda, en principio debería aplicarse la remisión legal que el artículo 267 de ese estatuto hace al código de procedimiento civil, codificación ésta última que en el artículo 342 dispone: "El demandante podrá desistir de la demanda mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso", actuación que implica la renuncia de las pretensiones de la demanda. Sin embargo, a juicio de la Sala, el desistimiento de la demanda no es procedente en las acciones populares, por cuanto se opone a la naturaleza y finalidad de éstas, ya que en las acciones populares se persigue la protección de los derechos e intereses de una colectividad. Por consiguiente, si una persona tuvo la iniciativa de presentar una demanda en ejercicio de la acción popular, mal podría pensarse en la procedencia del desistimiento de la demanda si se atiende a la naturaleza de las pretensiones que se invocan en la misma, encaminadas a la protección de derechos colectivos que se encuentran en cabeza de una comunidad, a la que son vulnerados o amenazados como consecuencia de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares. En igual sentido, es claro que los derechos colectivos que se pretenden proteger en las acciones populares desbordan los intereses personales o subjetivos de quien presentó la demanda, máxime cuando ésta no actúa en nombre o representación de la comunidad, sino que, ante una situación que considera violatoria de tales derechos, se constituyó en defensor de las garantías de una colectividad, actitud que la misma Ley 472 de 1998 quiso reconocer mediante el incentivo económico previsto en el artículo 39. En síntesis, considera la Sala que la figura del desistimiento no tiene cabida en las acciones populares, en atención a la naturaleza colectiva de los derechos para cuya protección fueron instituidas aquellas por el constituyente, dado que su contenido y finalidad no es de orden personal o particular, sino, precisamente de naturaleza colectiva, de allí que la titularidad de dichas acciones sea igualmente popular".

[116] Consejo de Estado. Sección Primera. Auto de 24 de enero de 2008. Expediente 2005-106.. "Ante la claridad de la norma trascrita (art. 5° de la Ley 472/98), no hay duda que es obligación del juez impulsar de manera oficiosa la acción popular de la cual conoce, adoptando las medidas necesarias para lograr una decisión de mérito, lo que excluye la posibilidad de aplicar el artículo 148 del C.C.A. a este tipo de acciones, es decir, de decretar la perención del proceso por falta de impulso, pues éste le corresponde imprimirlo al juzgador antes que al demandante. También destaca la Sala que, al tenor de la misma normativa, en el trámite de las acciones populares prevalecen, entre otros, los principios de celeridad y eficacia, evidentes en los términos perentorios y de obligatorio cumplimiento fijados para su trámite, que imponen al juez la materialización del impulso oficioso atribuido expresamente por la ley, tornándose grave su omisión".

d) Finalidad. Su objetivo exclusivamente es la unificación de jurisprudencia. Bajo esta premisa el Consejo de Estado ha aclarado que no se trata de una tercera instancia[117] y en consecuencia, ha decidido no seleccionar aquellos asuntos donde los planteamientos se encuentran encaminados a generar un nuevo debate probatorio[118] o un nuevo examen de legalidad[119].

e) Motivación de la solicitud. Para la procedencia del mecanismo de revisión es necesaria la sustentación de la solicitud respectiva, donde se indiquen de manera concisa los aspectos que según el interesado ameritan la revisión de la providencia. A voces del Alto Tribunal, lo anterior no significa que se requiera de una exposición *"…detallada, exhaustiva o absoluta de las normas o posiciones jurisprudencialmente diversas en las cuales se origina la invocada contradicción jurisprudencial o la necesidad de la pretendida unificación"*[120], sino como se advirtió inicialmente de una explicación sucinta.

f) Competencia del juez de revisión. En este punto surge una discusión que con el paso del tiempo ha cobrado relevancia y es si el Consejo de Estado debe ceñir su análisis exclusivamente a los motivos de inconformidad contenidos en la solicitud de revisión o si por el contrario puede ampliarlos a otros aspectos no debatidos por el interesado. La solución a esta problemática depende de dos aspectos básicamente, ***(i)*** en primer lugar, de la naturaleza que se le

---

[117] Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de unificación de 3 de septiembre de 2013. Expediente 2009-1566

[118] Consejo de Estado. Auto de 6 de julio de 2010. Expediente 2006-0002. M.P. Martha Briceño de Valencia. "…En relación con el requisito de sustentación, se observa que el actor popular para fundamentar la revisión se contrae a indicar que el Tribunal no valoró en debida forma las pruebas allegadas al proceso con las cuales se demostró la vulneración de los derechos e intereses colectivos invocados. Igualmente, se refiere a los artículos 24, 82 y 88 de la Constitución Nacional; 2, 5, 8 y 9 de la Ley 472 de 1998; a la Ley 9 de 1989; 174 del Código de Procedimiento Civil y a los tratados internacionales (art. 2 [1]) del Pacto de San José de Costa Rica como sustento de la demanda. Relaciona, además, las pruebas recaudadas en el proceso con las cuales se probó, a su juicio, que se invadió el espacio público. Los argumentos del actor popular, entre otros el que "la sentencia de segunda instancia … es contrario (sic) a derecho por no estar en consonancia con el acervo probatorio arrimado al proceso, dan cuenta de la inconformidad con la providencia de 12 de noviembre de 2009 y la intención de reabrir el debate probatorio, para lo cual no procede la revisión eventual, pues, como se indicó, este mecanismo no puede considerarse como una instancia más o un recurso, porque su propósito es el de unificar la jurisprudencia…".

[119] Consejo de Estado, Auto de 14 de Julio de 2009, Expediente No. (AG) 20001233100020070024401 Actor: Gladys Alvarado Acosta y Otros. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.. "Lo anterior en cuanto que la finalidad de la revisión es la unificación de jurisprudencia –tal como se verá más adelante– lo cual comporta la labor de armonización y de unificación, precisamente, de los diferentes pronunciamientos expuestos por los distintos operadores judiciales; además, el mecanismo de revisión no tiene como propósito ejercer un control de legalidad sobre los fallos correspondientes[119], de tal manera que la configuración de un yerro o irregularidad en el trámite del proceso respectivo o incluso en la misma providencia no será suficiente para que opere como fundamento de la solicitud de revisión." Cfr. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA.Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ.Bogotá, D.C., seis (6) de diciembre de dos mil diez (2010). Radicación número: 08001-33-31-004-2007-00022- 01(AP) REV. Actor: JUAN CARLOS VARGAS SANCHEZ.

[120] Ibídem

atribuya a la revisión eventual, es decir, si se trata de un recurso y se encuentra sujeto a las características que de dicha condición se desprenden, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional o si por el contrario, ostenta unas especialísimas características que lo diferencian de los recursos, de allí que la ley optara por denominarlo mecanismo y no recurso, como lo entiende el Consejo de Estado, quien lo califica como *"medio impugnativo especial o excepcional"*[121]; ***(ii)*** en segundo término, dicha definición dependerá también del alcance que se le reconozca a la función unificadora en materia jurisprudencial que la ley le atribuyó al Consejo de Estado.

Recordemos que cuando la Corte Constitucional examinó el texto de la ley, declaró inexequible la revisión oficiosa que en un principio se arrogaba el Consejo de Estado; según señaló *"…la configuración de las acciones populares y de grupo parte de la base de que el trámite de recursos exige una suerte de legitimación por activa, es necesaria la intervención y solicitud directa de las partes. En esa medida, permitir que la revisión eventual opere de manera oficiosa y que el Consejo de Estado pueda decidir sin ningún tipo de limitación, implicaría transferir una facultad reservada a las partes, entre las que se encuentran el Ministerio Público como garante de los intereses colectivos y de la sociedad en general, resulta contrario al debido proceso y a los derechos de los sujetos involucrados…"*[122].

Así también, lo entendió la doctrina, cuando al tratar de profundizar un poco en su naturaleza, expuso: *"mientras que la revisión eventual creada por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, y vertida en el nuevo Artículo 36ª de la ley 270 de 1996, instituye un recurso, sujeto a algunas particularidades, podríamos hablar de un recurso vertical, ordinario, en la medida en que no establece causales específicas para su procedencia y permite la revisión de la decisión con una sola finalidad: la unificación de la jurisprudencia. Aunque la norma no identifica expresamente esta "revisión eventual" como un recurso, la Corte Constitucional lo calificó como tal y, prima facie, parecería que reúne los requisitos para que*

[121] Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de unificación de 3 de septiembre de 2013. Expediente 2009-1566.
[122] C-713 de 2008

pueda ser encuadrada dentro de los mismos. En efecto, se tiene suficientemente decantado que "recurso", es la expresión jurídica que se utiliza para denotar el acto mediante el cual a la parte, o a un tercero al que se le reconoce interés, se le permite manifestar su inconformidad con la decisión judicial. Es decir, su interposición depende de la voluntad de una de las partes- la perjudicada- y debe interponerse al funcionario competente…"[123].

Sin embargo, el Consejo de Estado no tan conforme con la lectura dada inicialmente, en la providencia de 14 de Julio de 2009[124], plantea la inexistencia de un límite material que le impida abordar puntos no contemplados en la solicitud de revisión, según expuso en esa ocasión, si lo consideraba necesario, podía pronunciarse sobre aspectos diversos que en su criterio ameritaran su examen.

Pero fue ya en auto de 11 de septiembre de 2012, también con ponencia del Dr. Mauricio Fajardo[125], que el Consejo de Estado dándole prelación a la función de unificación sobre la naturaleza del recurso, desarrolla toda una argumentación tendiente a justificar la inexistencia de ese límite material derivado de la solicitud de revisión del que había hablado en el año 2009. Vale la pena aclarar que en esta oportunidad la sala plena decidió no seleccionar un asunto cuyo tema (reconocimiento del incentivo), coincidía con otro que se encontraba pendiente de unificación. Para arribar a esta conclusión tocó temas tales como el carácter vinculante del precedente, el derecho de igualdad, el acceso a la administración de justicia, la tutela judicial efectiva, entre otros, pero en punto de lo que nos ocupa, reiteró y justificó su competencia para pronunciarse sobre temas no solicitados. Afirmó el Consejo de Estado:

"…los argumentos esgrimidos por el solicitante así como las motivaciones que sustentan la decisión de selección para revisión, no constituyen limitación para

[123] **GUAYACAN** Juan Carlos. La selección de sentencias para la unificación de la jurisprudencia. Tres historias paralelas entre la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Revista de Derecho Privado No. 19, 2010, pp 57 a 79.

[124] Ibidem

[125] Consejo de Estado. Sala Plena. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Auto de 11 de septiembre de 2012. Expediente 2010-205

el Consejo de Estado respecto de los temas o problemas jurídicos que han de ser estudiados y resueltos en el respecto fallo, dado que la consecución del propósito de unificación de la jurisprudencia exige un pronunciamiento sobre todos aquellos aspectos de orden jurídico trascendentes para el completo y correcto entendimiento de los asuntos o materias que, en cada caso, deban resolverse, precisarse o desarrollarse a propósito del ejercicio de las correspondientes acciones populares o de grupo, extremos que tan sólo podrán ser realmente identificados en el momento mismo en el cual se acometa el estudio, por parte del Consejo de Estado, de la controversia que dio origen al respectivo proceso y de los detalles o aspectos concretos que la integran". Adicionalmente, considera que en estos eventos tampoco opera la prohibición de la *reformatio in pejus*.

Esta decisión encontró serios reparos al interior mismo de la corporación, así se desprende del salvamento de voto de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo, quien discrepó de la decisión mayoritaria entre otras cosas porque consideró que si bien es cierto, la función unificadora no se puede reducir al plano meramente formal, también lo es que la interpretación adoptada por la sala mayoritaria desconoce el precedente constitucional que buscó salvaguardar el postulado del debido proceso. Sostuvo la magistrada:

> "…La decisión mayoritaria sostiene que la revisión eventual constituye un "medio impugnativo especial o excepcional"- folio 35- lo que, en nuestra opinión, contradice los otros rasgos que, al tenor de la providencia mayoritaria, caracterizan la revisión eventual: i) ser un "proceso autónomo"-folios 33 y 34- y ii) no constituir una tercera instancia de decisión –folios 35, 67, 76. Difícilmente se entiende como pueden conciliarse dos afirmaciones por entero contradictorias, tanto más cuando la posición mayoritaria insiste que el ***"thema decidendum de la revisión lo determina el Consejo de Estado, aunque debe guardar relación con los problemas jurídicos planteados por y/o con el texto fáctico propio del litigio original"*** –folio 36; énfasis en el texto original-. Se asevera igualmente que –por similares motivos-, *"en estos casos tampoco está llamada a operar la garantía de la no reformatio in pejus"*…la providencia mayoritaria hace caso omiso de que al no operar el mecanismo excepcional de la revisión eventual de manera oficiosa sino rogada- asunto que se desconoce de manera directa-, la

selección debe corresponder a la solicitud presentada para el efecto, sin perjuicio de la obligación de interpretar el punto en concordancia con el principio del efecto útil frente a este excepcional mecanismo. Dicho de otro modo: desconoce la providencia mayoritaria que, en vista del carácter rogado de la faculta de revisión eventual, no habría lugar a unificar jurisprudencia sobre un punto no pedido por el solicitante.

Esta corporación carece de competencia para entrar a estudiar temas no planteados por quien eleva la solicitud de revisión eventual. Admitir lo opuesto significa pasar por alto el precedente sentado por la Corte Constitucional en la sentencia C- 713 de 2008 mediante la cual ejerció el control previo de constitucionalidad sobre el proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. La jurisprudencia constitucional allí sentada insistió en que el principio dispositivo rige el mecanismo de revisión eventual por lo que su trámite se encuentra condicionado a la solicitud de parte o del Ministerio Público. Los Tribunales sólo enviarán al Consejo de Estado aquellas decisiones sobre las cuales se haya elevado solicitud de revisión. Debe tenerse presente que la Corte Constitucional en la referida sentencia declaró inexequibles las expresiones contempladas en el inciso primero del artículo 11 *"de oficio o" " Al efectuar la revisión decidirá sin las limitaciones propias de los recursos"*…Si se carece, pues, de competencia para entrar a estudiar temas no planteados por quien eleva la solicitud de revisión eventual, lo aseverado por la mayoría no solo contradice el precedente sentado por la jurisprudencia constitucional , sino que yerra al fijar el sentido y alcance de su ratio decidendi. La Corte fue muy clara cuando insistió en que tratándose del ejercicio de un mecanismo rogado no podían desconocerse principios procesales tan importantes como el de congruencia y el de prohibición de reformatio in pejus . En síntesis debe tenerse presente que la razón principal que llevó a la Corte Constitucional a declarar inexequible la facultad oficiosa que el legislador había conferido al Consejo de Estado, fue precisamente, que con el ejercicio de tal facultad se ponía en entredicho la garantía constitucional fundamental del debido proceso…".

Las diferencia expuestas se replicaron en la sentencia de 3 de septiembre de 2013, donde el Consejo de Estado, con ponencia nuevamente del doctor Mauricio Fajardo Gómez, decidió *"UNIFICAR jurisprudencia en relación con la derogatoria del incentivo económico en el marco de las acciones populares a partir de la promulgación, en diciembre de 2010, de la ley 1425 , así como en torno a la improcedencia de su reconocimiento, incluso en aquellos procesos promovidos con anterioridad a la expedición de dicha ley 1425…"*.

La Corporación en este caso siguiendo la línea trazada en cuanto a su amplia competencia decidió pronunciarse y unificar un tema diferente al propuesto por el demandante en la solicitud de revisión eventual, donde originalmente se había pedido la unificación frente a las posturas contrarias adoptadas por las secciones primera y tercera respecto al reconocimiento del incentivo al actor popular que no compareciera a la audiencia de pacto de cumplimiento. Esta circunstancia provocó los salvamentos de voto de las consejeras Lucy Jeannette Bermúdez y Susana Buitrago Valencia, quienes expresaron su inconformidad al considerar que como juez de revisión incurrieron en una extralimitación al resolver sobre lo no pedido, Los magistrados de la sección primera Marco Antonio Velilla Moreno, María Elizabeth García González y María Claudia Rojas Lasso y los consejeros Danilo Rojas Betancourth, Guillermo Vargas Ayala, Martha Teresa Briceño de Valencia, aunque salvaron su voto lo hicieron por razones diferentes ya que su discrepancia versó respecto de la decisión de fondo adoptada.

Así las cosas, queda en evidencia las profundas distancias conceptuales al interior de la corporación y la dificultad que representa compaginar el precedente constitucional con la función unificadora de la jurisprudencia que como tribunal de cierre le corresponde. Le espera entonces al Consejo de Estado una ardua labor en la construcción de posturas que concilien estos puntos en tensión, sobre todo cuando se encuentra de por medio, de un lado, la salvaguarda de los derechos colectivos y de otro, el respeto y garantía del postulado constitucional del debido proceso.

3.5.- Trámite de la solicitud y de la revisión. La petición de revisión se formulará ante el Tribunal Administrativo dentro de los 8 días siguientes a la notificación de la providencia que finaliza el proceso, actualmente, como lo veremos más adelante, la Ley 1437 de 2011, dispuso que debe realizarse dentro de los 8 días siguientes a la ejecutoria de la decisión. A partir de su radicación, el Tribunal cuenta con 8 días más para remitir la solicitud al Consejo

de Estado. El auto que así lo ordene deberá ser notificado a las partes y al ministerio público por estado.

Cabe aclarar que de acuerdo a lo indicado por el Consejo de Estado[126], el trámite de revisión se surtirá con copias auténticas remitidas por el Tribunal Administrativo y no con el expediente ya que éste es necesario al momento de cumplir la sentencia en caso de que sea favorable, lo anterior, atendiendo lo indicando por la Corte Constitucional cuando precisó que su interposición no suspendía la ejecución del fallo revisado.

Una vez recibido el asunto, el Consejo de Estado cuenta con un término de 3 meses para resolver sobre la selección o no de la petición de revisión; para ello debe efectuar un análisis de los requisitos formales y de fondo a que haya lugar. Cabe precisar que de acuerdo con lo señalado por esa corporación, durante este trámite no es posible inadmitir ni rechazar la petición, ya que la ley no lo previó, ni tampoco es viable interponer los recursos de ley, salvo la insistencia que se puede presentar durante los 5 días siguientes a la notificación de la decisión que decide no seleccionar; la equivocada interposición comportará su rechazo *in limine*.

4.- Del mecanismo eventual de revisión en la Ley 1437 de 2011

El actual Código Administrativo y de Procedimiento Administrativo en su parte segunda, título VII ***"Extensión y unificación de la jurisprudencia",*** capítulo II, reglamenta lo atinente al mecanismo eventual de revisión para las acciones populares y de grupo. Prácticamente lo que hizo la nueva codificación fue, siguiendo los lineamientos trazados tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, elevar a rango legal las precisiones jurisprudenciales vistas en el acápite anterior, tales como la determinación de las causales de la revisión, la necesidad de motivación de las decisiones que resuelven la solicitud selección e insistencia, los mínimos requisitos que debe contener la

[126] Ibídem -

petición de revisión, entre otros; de igual manera, al establecer el término para pronunciarse sobre la petición de unificación seleccionada e indicar los efectos tanto del trámite de la selección como los efectos de la decisión de unificación, llenó algunos vacíos contenidos en la 1285 de 2009. De igual manera, el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, enlistó entre las sentencia de unificación jurisprudencial las relativas al mecanismo eventual de revisión.

Para un mayor entendimiento el siguiente cuadro permitirá ilustrar las modificaciones introducidas por el legislador:

	Ley 1285 de 2009	**Ley 1437 de 2011**
Finalidad	"…Con el fin de unificar jurisprudencia…"	"…Es la de unificar jurisprudencia en tratándose de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo y, en consecuencia, lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica…"
Causales	Sin regulación. Construcción jurisprudencial	• "…Cuando la providencia objeto de la solicitud de revisión presente contradicciones o divergencias interpretativas, sobre el alcance de la ley aplicada entre tribunales • Cuando la providencia objeto de la solicitud se oponga en los mismos términos a que se refiere el numeral anterior a una sentencia de unificación del Consejo de Estado o a jursprudencia reiterada de esta corporación…"
Procedencia	A petición de parte o por solicitud del Ministerio Público	A petición de parte o por solicitud del Ministerio Público
Petición	Sin regulación. Construcción jurisprudencial	• Exposición razonada • Acompañamiento del texto de las sentencias invocadas
Oportunidad	8 días siguientes a la notificación a la notificación de la sentencia o providencia	8 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o de la providencia
Remisión	8 días siguientes a partir de la radicación de la petición	8 días siguientes a partir de la radicación de la petición
Término para la selección	3 meses	3 meses

Competencia para resolver sobre la selección	*"la máxima corporación de lo contencioso administrativo…"*	"…correspondiente sección que el reglamento determine"
Decisión sobre la selección		El que resuelve sobre la petición inicial como el de la insistencia deben estar motivados
Insistencia	Cualquiera de las partes o el ministerio público dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la decisión que negó la selección	Cualquiera de las partes o el ministerio público dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la decisión que negó la selección
Término para fallar	Sin término	Seis meses contados desde la selección
Efectos		• Su tramite no suspende la ejecución de la providencia • Invalida total o parcialmente la decisión revisada • Deja sin efectos eventuales actos de cumplimiento • Corresponde al juez inferior ejecutar órdenes de restitución

Del trámite adoptado, en términos generales se puede afirmar que el artículo 274 retoma el asunto de la competencia interna en el Consejo de Estado y acudiendo a criterios de especialidad indica que la decisión sobre la solicitud de revisión y la sentencia con carácter de unificación será adoptada por *"la sección que el reglamento determine…"*. No obstante lo anterior, a pesar de que la norma atribuye a las secciones (de acuerdo con el reglamento) la decisión de selección y la expedición de la sentencia de unificación, nada obsta para que de conformidad con lo previsto en el al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, la Sala Plena asuma su conocimiento oficioso o a petición de parte, por importancia jurídica o por trascendencia económica o social.

También se puede destacar que en su artículo 273, mantuvo los lineamientos contenidos en el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, al disponer que procede ***(i)*** a petición de parte o por solicitud del ministerio público; ***(ii)*** contra sentencias o providencias que finalicen o archiven los procesos, proferidas por tribunales administrativos y que no sean susceptibles de ser apeladas. Pero a diferencia de la norma originaria, que frente a las causales de revisión nada dijo, esta vez

definió los eventos en los que procede la revisión al señalar: "c*uando la providencia objeto de la solicitud de revisión presente contradicciones o divergencias interpretativas, sobre el alcance de la ley aplicada entre tribunales"*; y en segundo término "c*uando la providencia objeto de la solicitud se oponga en los mismos términos a que se refiere el numeral anterior a una sentencia de unificación del Consejo de Estado o a jurisprudencia reiterada por esta jurisdicción".*

De igual modo, al fijar el trámite introdujo como novedad el término de seis meses para proferir la sentencia de unificación, ya que la norma anterior sobre el particular guardaba silencio.

Aunque habría sido deseable que el legislador se ocupara en mayor detalle de los aspectos relativos a la concepción, definición, alcance y trámite del recurso eventual de revisión, mecanismo de suyo importante, ya que a través de él se concretan principios como la seguridad jurídica y la igualdad, lo cierto es que no se puede desconocer que fue acertado el establecimiento de un término para la expedición de la sentencia unificadora parte del Consejo de Estado, ya que resultaba inadmisible que una decisión de tal envergadura dentro de un sistema jurídico donde el debido proceso se erige como postulado fundamental, careciera de un plazo para su adopción.

Finalmente, aunque constituye un aporte importante la inclusión de los efectos del nuevo fallo, en la práctica seguramente presentará serias dificultades, sobre todo pensando en aquellos asuntos de gran envergadura donde no resulte fácil retrotraer o dejar sin efecto las órdenes de protección impartidas por los jueces de instancia, sobre todo cuando estas consistieron en órdenes de hacer.

5.- Decisiones de unificación proferidas desde la creación del mecanismo de revisión eventual

Finalmente, conviene destacar que desde la creación del mecanismo de revisión eventual, es decir, desde el año 2009, el Consejo de Estado, a través de su Sala Plena, ha proferido dos sentencias de unificación, la primera de ellas, de 12 de septiembre de 2012[127], sobre el alcance de la aplicación de la figura del agotamiento de jurisdicción y en este sentido encontró que *"… la decisión de declarar la nulidad de todo lo actuado por agotamiento de jurisdicción, como la de rechazo de la demanda por igual motivo, deben declararse ajustados a derecho…"*[128].

El antecedente de esta decisión lo constituía la disparidad de criterios[129] existente entre las secciones primera y tercera, respecto de la utilización de la figura de la acumulación de procesos o del agotamiento de jurisdicción cuando se encontraba que por los mismos hechos y entre las mismas partes se adelantaba otro asunto que de igual manera reclamaba el amparo de los derechos colectivos. La Corporación entonces al encontrar ajustada a derecho la decisión de los jueces de instancia que declararon el agotamiento de jurisdicción y la nulidad de lo actuado a partir de la admisión, se inclinó por la posición defendida por la Sección Tercera que optaba por la aplicación de la figura de origen jurisprudencial del agotamiento de jurisdicción.

La segunda decisión de unificación fue adoptada el 13 de septiembre de 2013; a través de este fallo el Consejo de Estado unificó jurisprudencia en

[127] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Susana Buitrago Valencia. Expediente 2009-0030

[128] Ibídem

[129] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. M.P. Maria Claudia Rojas Lasso. Auto de 11 de noviembre de 2010, Expediente 2008-188. " Observa la Sala que sobre las figuras del "agotamiento de la jurisdicción" y la "acumulación de procesos" en acciones populares, existen posturas disímiles entre las secciones Primera y Tercera de esta Corporación. En efecto, en reiteradas oportunidades la Sección Tercera ha expuesto lo siguiente: "La jurisprudencia de esta Sección tiene determinado que si una demanda en acción popular se presenta cuando existe otra en curso con el mismo objeto que ya ha sido notificada al demandado, opera el "agotamiento de la jurisdicción", hecho que constata el juez a partir de la identidad de actores, pretensiones y hechos". Por su parte, la Sección Primera ha indicado que la acción popular es un proceso especial en el que es viable la acumulación de procesos, siempre y cuando se reúnan los requisitos exigidos por los artículos 82 y 157 del Código de Procedimiento Civil. Así pues, es evidente que ante una misma situación de hecho, esto es la coexistencia de dos o más acciones populares con identidad de objeto, sujetos y pretensiones, las Secciones Primera y Tercera cuentan con criterios diferentes y adoptan decisiones no compatibles, pues mientras que una dispone la acumulación de procesos, otra rechaza las demandas con fundamento en el agotamiento de la jurisdicción.

torno a la improcedencia del reconocimiento del incentivo con ocasión de la Ley 1425 de 2010 que eliminó dicha figura, medida que según indicó opera incluso respecto de los procesos promovidos con anterioridad a su expedición.

En esta providencia la Corporación afianza la tesis de la inexistencia de límites materiales que impidan una revisión oficiosa de aspectos considerados relevantes de cara a la unificación. Bajo este entendido, como se expuso líneas atrás, al resolver la improcedencia del reconocimiento del incentivo por la expedición de la Ley 1425 de 2010, decidió un tema ajeno al contenido en la petición elevada por el actor popular que activó el mecanismo de revisión, toda vez que ella se circunscribía a la viabilidad del reconocimiento del incentivo frente a la inasistencia del demandante a la audiencia de pacto de cumplimiento, dada las posiciones encontradas que en torno a esta situación defendían las secciones primera y tercera.

Esta segunda decisión deja en claro el firme ánimo del Consejo de Estado de hacer valer su condición de tribunal de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, al insistir en las amplias facultades que de ella se desprenden, las que sin duda alguna, le permiten, con el fin de cumplir a cabalidad con la labor unificadora, conocer sin restricción alguna de los asuntos revisables a través de este medio impugnativo excepcional.

A título de cierre podríamos concluir que la revisión eventual constituye un instrumento eficaz que le permite al Consejo de Estado en condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, cumplir con su tarea de unificación jurisprudencial. Sin embargo, se requiere de la adopción de medidas que proporcionen mayor celeridad en su trámite, de tal suerte que se garantice la oportunidad de dichas decisiones.

De igual modo, es necesaria la modificación del reglamento del Consejo de Estado, con el fin de adecuarlo a la previsión legal contenida en la Ley 1437 de

2011, que nuevamente le atribuyó a las secciones no sólo la selección de las peticiones de revisión sino también la decisión de las mismas.

V. EL BALANCE EN CIFRAS

Como se ha reiterado a lo largo de este escrito, la investigación que nos ocupa tiene como propósito determinar si las modificaciones legales y jurisprudenciales efectuadas en el periodo comprendido entre julio de 2006 y julio de 2012, han incidido en la justiciabilidad de los derechos colectivos, particularmente en aquellos asuntos de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

Para tal efecto, de muchos de los posibles puntos por estudiar, dada su particularidad y especificidad en el esquema procesal de las acciones populares, se escogieron para revisar cuatro núcleos problemáticos: ***(i)*** la eliminación del incentivo ***(ii)*** la desnaturalización de la audiencia de pacto de cumplimiento ***(iii)*** la revisión de las medidas cautelares de cara a la Ley 1437 de 2011; (**iv)** las pretensiones de unificación a través del mecanismo de revisión eventual. Dentro de la estructura del trabajo, la primera parte, se ocupó de darle contenido a cada uno de ellos.

Esta segunda parte, se encargará de revisar básicamente en cifras la realidad que reflejan los dos primeros aspectos, es decir, la afectación de la eliminación del incentivo en el ejercicio de las acciones populares y la realidad de la audiencia de pacto como instrumento de concertación.

De los dos restantes, conviene señalar que no se cuentan con indicadores que faciliten evaluaciones de esta naturaleza, a través de los cuales se pueda establecer por ejemplo el porcentaje de medidas cautelares decretadas, la clase de decisiones, derechos protegidos, etc, o en relación con el mecanismo eventual de revisión, fuentes de información que faciliten un seguimiento de los asuntos pendientes de unificación, temas, tiempos de decisión, entre otros.

Por tal razón, como ya se advirtió nos ocuparemos de los dos primeros. Ahora bien, con el fin de establecer el impacto de la eliminación del incentivo en el ejercicio de las acciones populares, se realizará una revisión de los ingresos, es decir, de las demandas presentadas ante los despachos judiciales a nivel nacional, durante el periodo evaluado (julio 2006- julio 2012), lo que nos permitirá comparar la demanda judicial con anterioridad al 2010 (cuando se expide la ley 1425) y con posterioridad a ella.

De igual forma, se consolidarán los egresos producidos durante el mismo periodo, esto es, los procesos finalizados, para así establecer que porcentaje del total de ellos, obedece particularmente al acuerdo logrado en la audiencia de pacto de cumplimiento prevista en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998.

El principal insumo que sirvió de base para este análisis lo constituyó la información estadística rendida trimestralmente por jueces administrativos y magistrados de los tribunales administrativos del país, correspondiente, como se anunció líneas arriba al periodo comprendido entre julio de 2006 y julio de 2012, la cual fue suministrada por el Consejo Superior de la Judicatura. De igual modo, se tuvieron en cuenta los informes que esta institución rinde anualmente al congreso, así como estudios elaborados por la Defensoría del Pueblo y el Banco Mundial.

Con relación a la información obtenida conviene hacer dos precisiones, la primera de ellas es que la correspondiente a la gestión judicial en los tribunales administrativos a diferencia de la suministrada sobre los juzgados administrativos, carece del detalle requerido para estructurar un examen diferenciado por categorías, por lo tanto, el grueso del análisis recaerá, básicamente en la gestión de estos últimos, quienes dicho sea de paso, conocen de un poco más del 60% de los asuntos que se tramitan ante la jurisdicción.

En segundo término, los datos recabados que soportan el análisis, sólo se refieren a la gestión reportada por los juzgados administrativos permanentes y no por los de descongestión. Cabe recordar que desde el año 2009, se está implementando el plan nacional de descongestión cuyo objetivo principal consiste en *"…consolidar una "justicia al día" disminuyendo los procesos en inventarios para contar con cargas laborales razonables en los despachos judiciales…"*[130]. Entre las medidas de descongestión adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura, se encuentra la creación de juzgados administrativos de descongestión como apoyo de los permanentes, estos despachos vienen funcionando desde 2010 aproximadamente. Sin embargo, los procesos que reciben, son asuntos que por regla general, se encontraban en trámite o para fallo en los despachos permanentes. De allí que considerar sus reportes eventualmente distorsionaría los resultados finales de los inventarios judiciales por la doble contabilidad en que se puede incurrir.

Antes de entrar de manera concreta en la revisión del tema que nos ocupa, resulta pertinente tener en cuenta el mapa judicial de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia, es decir, los tribunales y juzgados que componen la jurisdicción contencioso administrativa. En este sentido, se debe indicar que el país cuenta con 26 Tribunales Administrativos[131] compuestos por un total de 144 magistrados. En cuanto a juzgados administrativos[132] la cobertura está

[130] Consejo Superior de la Judicatura. Plan Nacional de Descongestión. Por una justicia al día. Páginas 11-14

[131] Artículo 40 de la Ley 270 de 1996. JURISDICCIÓN. Los Tribunales Administrativos son creados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para el cumplimiento de las funciones que determine la ley procesal en cada distrito judicial administrativo. Tienen el número de Magistrados que determine la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que, en todo caso, no será menor de tres. Los Tribunales Administrativos ejercerán sus funciones por conducto de la Sala Plena, integrada por la totalidad de los Magistrados; por la Sala de Gobierno, por las Salas especializadas y por las demás salas de decisión plurales e impares, de acuerdo con la ley.

[132] Artículo 40 de la Ley 270 de 1996. JURISDICCIÓN. Los Tribunales Administrativos son creados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para el cumplimiento de las funciones que determine la ley procesal en cada distrito judicial administrativo. Tienen el número de Magistrados que determine la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que, en todo caso, no será menor de tres.

Los Tribunales Administrativos ejercerán sus funciones por conducto de la Sala Plena, integrada por la totalidad de los Magistrados; por la Sala de Gobierno, por las Salas especializadas y por las demás salas de decisión plurales e impares, de acuerdo con la ley.

dada por los 257 jueces administrativos que entraron en operación en el año 2006. Así las cosas, actualmente la jurisdicción quedó compuesta por 26 distritos judiciales administrativos y 39 circuitos judiciales.
Gráficamente lo podemos ver reflejado así:

Juzgados Administrativos a nivel nacional

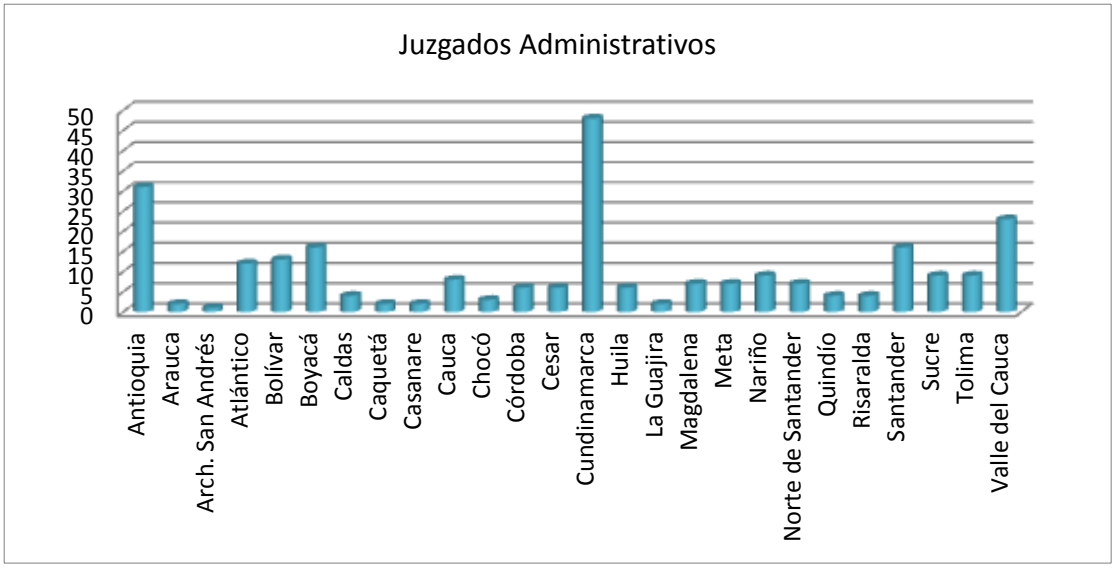

Gráfico 1 - (Elaboración propia)

Los siguientes distritos están compuestos por más de un circuito judicial y el número de juzgados permanentes está distribuido de la siguiente manera:

- Antioquia, está compuesto por los Circuitos de Medellín y Turbo, el primero de ellos cuenta con treinta (30) juzgados y el segundo con un (1) juzgado. Para un total de treinta y un 31 despachos judiciales.
- Boyacá, a su vez se compone por los circuitos judiciales de Tunja y de Santa Rosa de Viterbo. Tunja cuenta catorce (14) juzgados y Santa Rosa con dos (2).
- Cundinamarca está integrado por los Circuitos de Bogotá, con cuarenta y cuatro juzgados (44); Facatativá un (1) juzgado; Girardot un (1) juzgado; Zipaquirá un (1) juzgado; Leticia un (1) juzgado, para un total de cuarenta y ocho (48) juzgados.

- Nariño, conformado por los circuitos de Pasto con ocho (8) juzgados y Mocoa con un (1) juzgado, para un total de nueve (9) juzgados.
- El distrito judicial de Norte de Santander, conformado por los Circuitos judiciales de Cúcuta con seis (6) juzgados y Pamplona con un (1) juzgado, para un total de siete (7) juzgados.
- El distrito judicial de Santander:, conformado por los Circuitos de Bucaramanga con catorce (14) juzgados; Barrancabermeja un (1) juzgado; San Gil un (1) juzgado
- Valle del Cauca: compuesto por los circuitos de Circuitos de Cali con dieciocho (18) juzgados; Buga dos (2) juzgados; Buenaventura dos (2) juzgados; Cartago un (1) juzgado, para un total de veintitrés (23) juzgados

En los distritos restantes existe solo un circuito judicial cuya cabecera se encuentra en la capital del respectivo departamento. Teniendo en cuenta la cobertura judicial de los juzgados frente a la densidad de la población, el mapa es el siguiente:

Cobertura Judicial – Densidad de la población

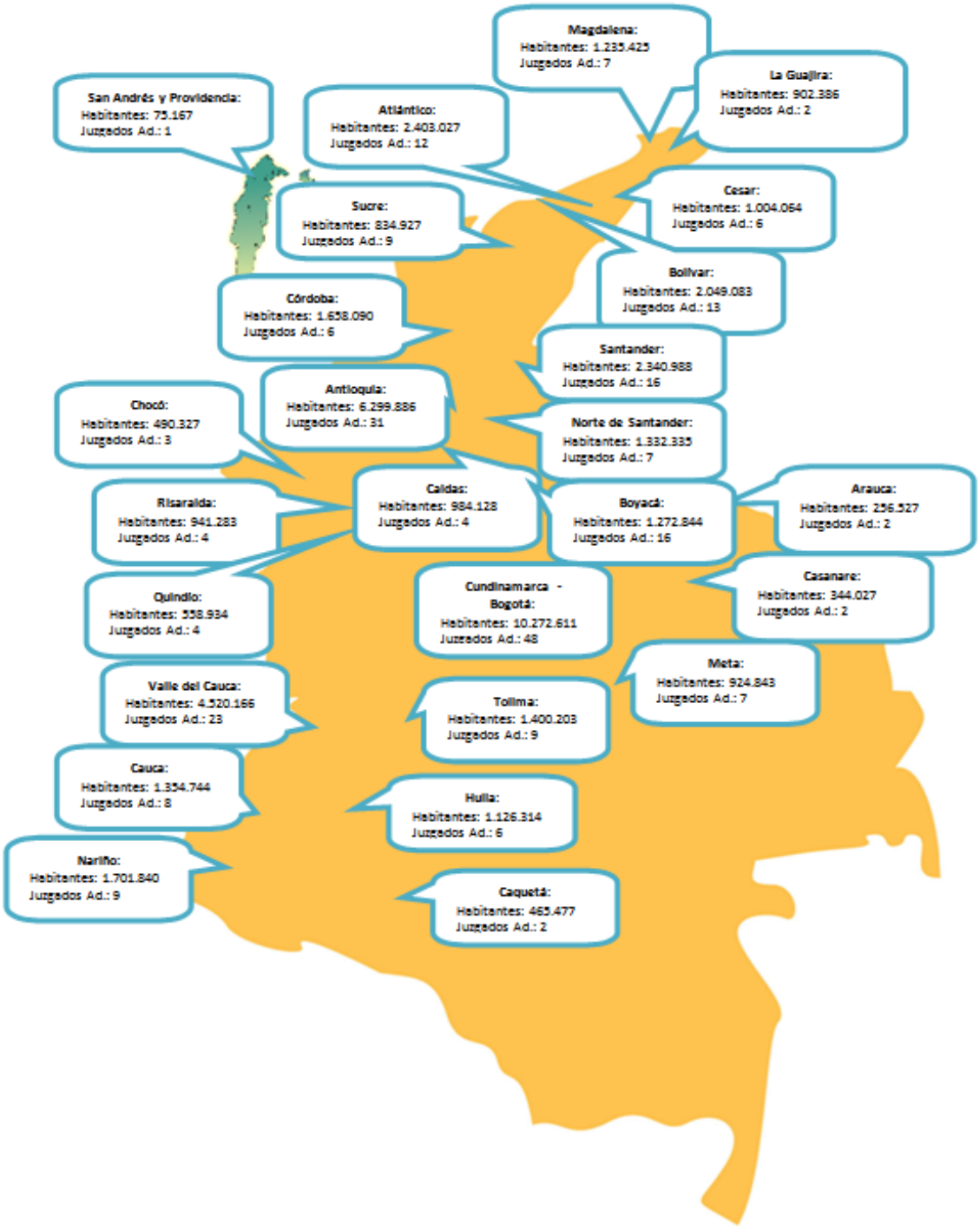

Gráfico 2 - (Elaboración propia)

Lo anterior, nos permitirá deducir algunos fenómenos interesantes en la demanda de justicia de los derechos colectivos tal como lo veremos a continuación:

1.- La demanda de justicia- protección de derechos colectivos

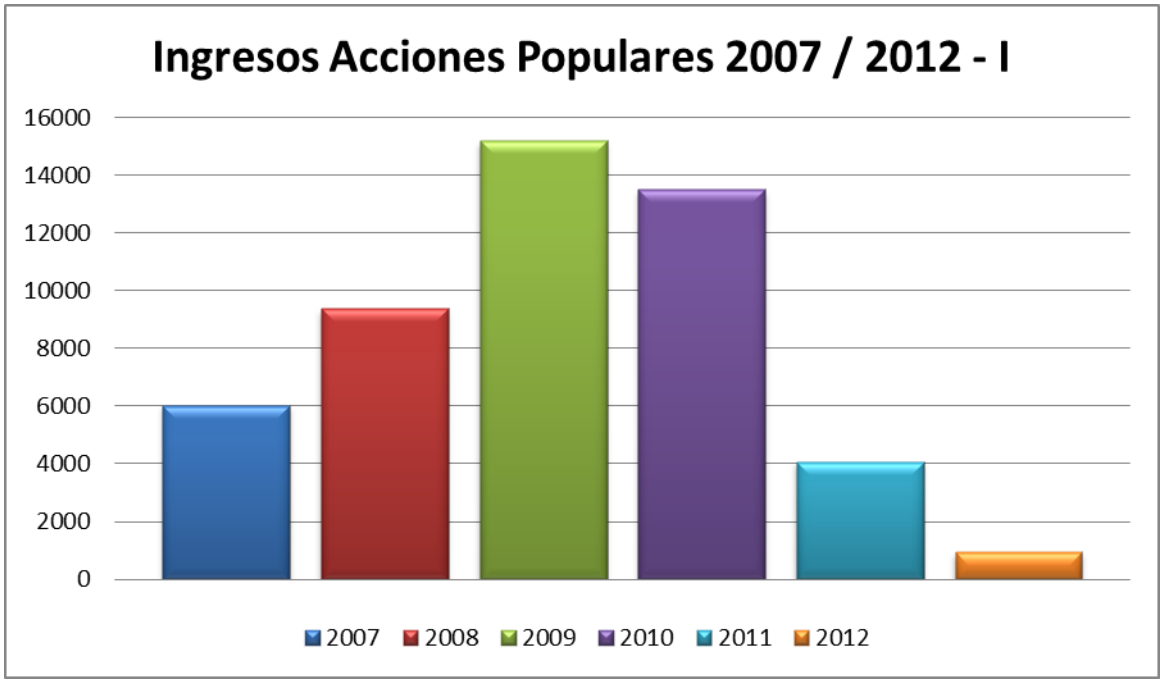

Gráfico 3 - (Elaboración propia)

Este gráfico equivale al consolidado general de los ingresos o demandas instauradas ante los juzgados administrativos del país en el periodo comprendido entre julio de 2006 y julio de 2012. Aunque el propósito de este trabajo incluye el año 2006 como parte del periodo objeto de evaluación, la gráfica no contiene indicación alguna sobre esa anualidad porque estos despachos judiciales a pesar de que iniciaron su funcionamiento desde agosto de 2006, efectuaron sus primeros reportes estadísticos a partir de 2007.

Efectuada la anterior aclaración, deteniéndonos ya en el análisis del gráfico, podemos observar como desde el año 2007 empieza una notable aceleración en el crecimiento de la demanda judicial; efectivamente, de las 6040 demandas instauradas en ejercicio de la acción popular en el año 2007, pasamos a 9385 presentadas en el año 2008, lo que representó un incremento del 55%; igual

comportamiento se evidenció en el año 2009 que reflejó su nivel más alto con 15.202 demandas, es decir, un aumento del 61,9% frente al año inmediatamente anterior y del 151% respecto al año 2007.

En el año siguiente, es decir, en el 2010, se observa un ligero descenso en la curva, al disminuir a 13504 demandas, reducción equivalente a un 11% aproximadamente, con relación al 2009. Esta tendencia se acentuó en forma drástica para el año 2011, cuando el número de demandas instauradas bajó a 4075 a nivel nacional, decrecimiento equivalente al 70%, incluso por debajo del consolidado correspondiente al año 2007. El primer semestre de 2012, resulta más dramático aún, ya que como se evidencia, durante ese lapso se incoaron 955 demandas.

Este fenómeno de constante decrecimiento detectado a partir de 2011, sin lugar a dudas resulta atribuible a la expedición de la Ley 1425 de diciembre de ese año, que eliminó el incentivo al derogar los artículos 34, 39 y 40 de la Ley 472 de 1998. Efectivamente, como se planteó en el capítulo correspondiente a la eliminación del incentivo, la expedición de la ley logró su cometido al desestimular en forma importante el ejercicio de la acción.

Además es necesario advertir que no se vislumbra que la evidente tendencia al decrecimiento varíe en el corto y mediano plazo, máxime si tenemos en cuenta que la Ley 1437 de 2011 (Nuevo Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo), vigente a partir de 2 de julio de 2012, en su artículo 144, inciso tercero[133], impuso como obligación previa al actor popular el acudir a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas, con el fin de que adopten las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado y sólo ante su silencio o

[133] "Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos colectivos, el demandante 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. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudirse ante el juez. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentase en la demanda".

negativa a atender dicha reclamación, podrá solicitar la intervención del juez en procura del amparo del derecho colectivo que considera conculcado.

Se trata de una figura semejante a la constitución en renuencia prevista como requisito de procedibilidad en las acciones de cumplimiento y al igual que en esta última, sólo puede obviarse ante la inminencia del peligro o del perjuicio irremediable en contra de los derechos colectivos, circunstancia que en todo caso debe estar debidamente sustentada en la demanda.

Resulta innegable que dicha imposición constituye una limitación al ejercicio de la acción, pero lo más preocupante es el desconocimiento generalizado por parte de los actores de esta importante modificación en el esquema procesal de las acciones populares, razón por la cual, siguen acudiendo a los estrados judiciales de manera directa exponiéndose seguramente a un eventual rechazo de la demanda por la no acreditación de la nueva exigencia legal.

De allí que resulten válidas las inconformidades manifestadas frente a la forma en que fueron incorporadas en la Ley 1437 de 2011 las modificaciones legales a la Ley 472 de 1998 y los reclamos sobre la necesidad de una mayor divulgación, teniendo en cuenta la amplia legitimación por activa que caracteriza la acción.

Una vista a las regiones

Con el fin de identificar el comportamiento de la demanda de justicia a nivel regional, a continuación desagregaremos la información presentada en el acápite anterior, partiendo de la clasificación tradicional de las siguientes regiones:

a) Región costa caribe: conformada por los distritos judiciales del Archipiélago de San Andrés Isla, Atlántico, Bolívar, Cesar, Córdoba, Guajira, Magdalena, Sucre.
b) Región pacífica: Cauca, Chocó, Nariño y Valle.

c) Región Orinoquía: Arauca, Caquetá, Casanare y Meta.

d) Región Andina: Boyacá, Cundinamarca, Huila, Norte de Santander, Santander y Tolima

e) Región : Antioquia, Caldas, Quindío y Risaralda

a) Región Costa Caribe:

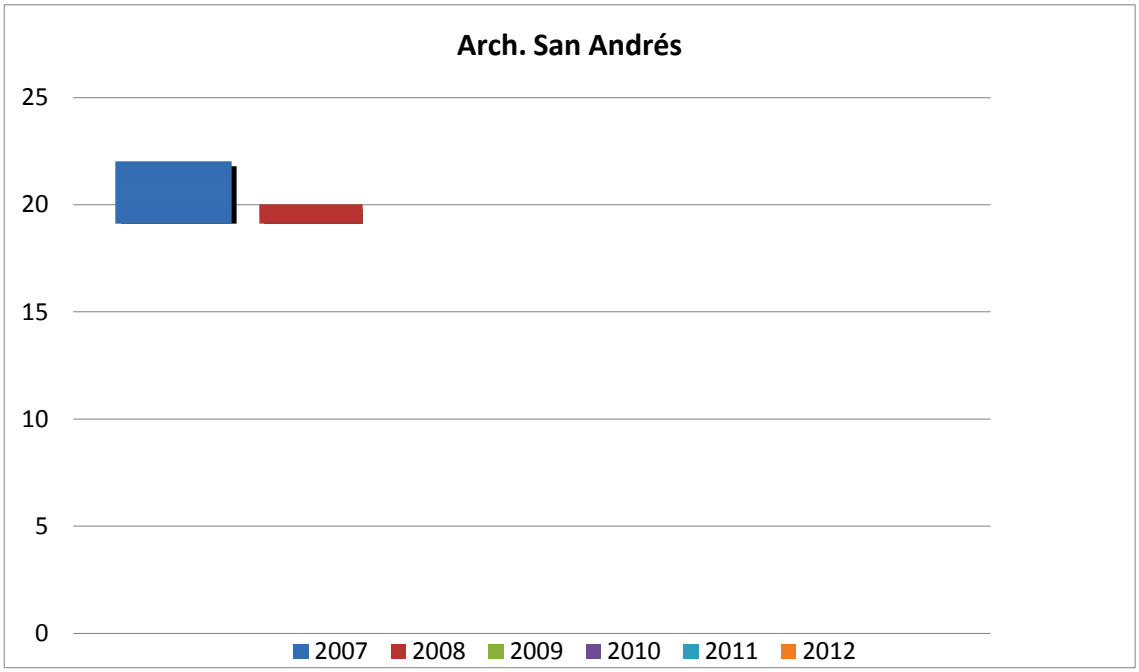

Gráfico 4 - (Elaboración propia)

Este gráfico refleja el comportamiento de los ingresos de las acciones populares en el Archipiélago de San Andrés. Se evidencia que el año con mayor número de ingresos fue el 2010, con 22.

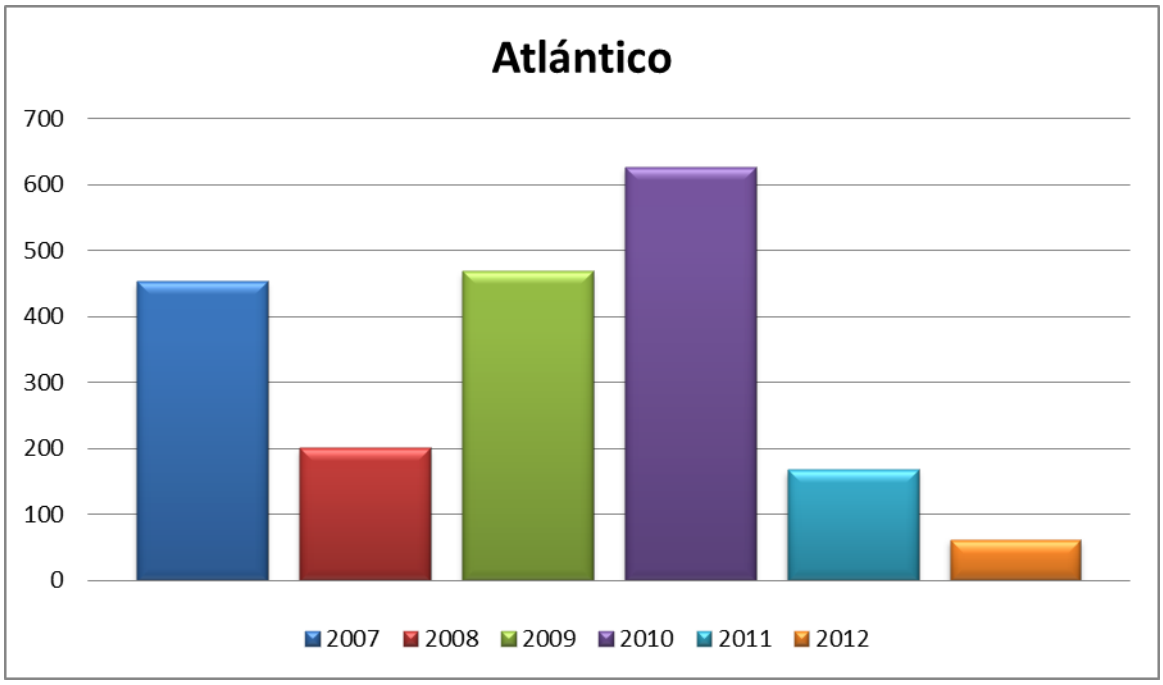

Gráfico 5 - (Elaboración propia)

Este gráfico refleja el comportamiento de los ingresos de las acciones populares en el Departamento del Atlántico. Se evidencia que el año con mayor número de ingresos fue el 2010, con 627.

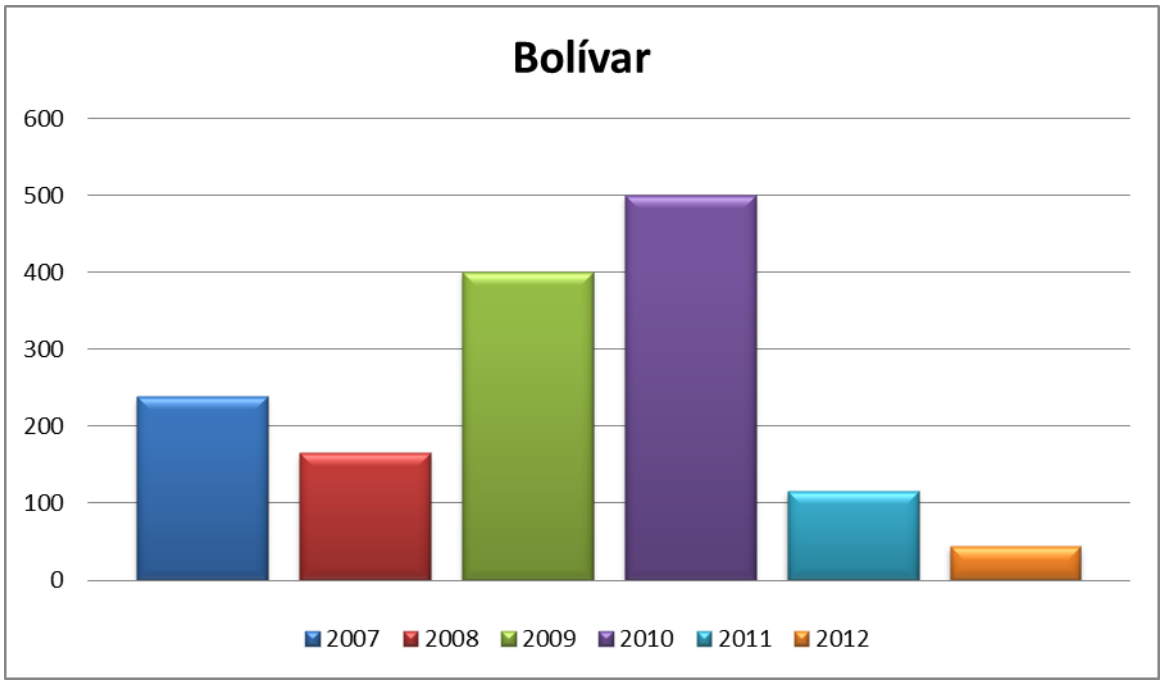

Gráfico 6 – (Elaboración propia)

Este gráfico refleja el comportamiento de los ingresos de las acciones populares en el Departamento de Bolívar. Se identifica que el año con mayor número de ingresos fue el 2010, con 501.

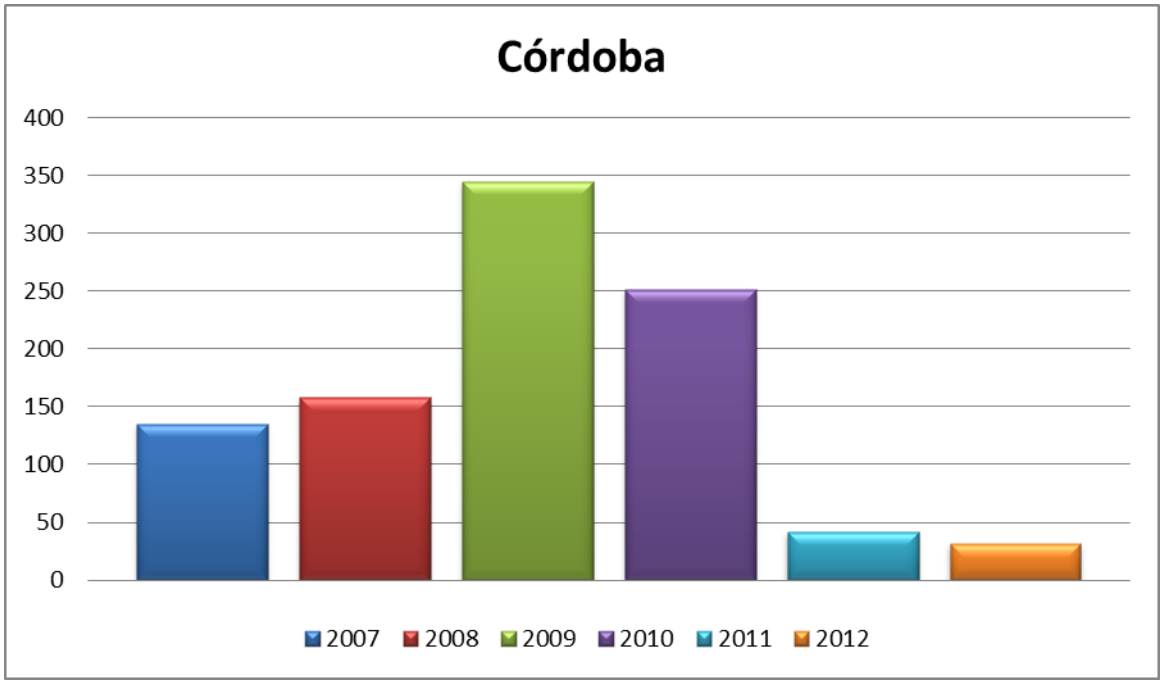

Gráfico 7 – (Elaboración propia)

Este gráfico refleja el comportamiento de los ingresos de las acciones populares en el Departamento d Córdoba. Se evidencia que el año con mayor número de ingresos fue el 2009, con 345.

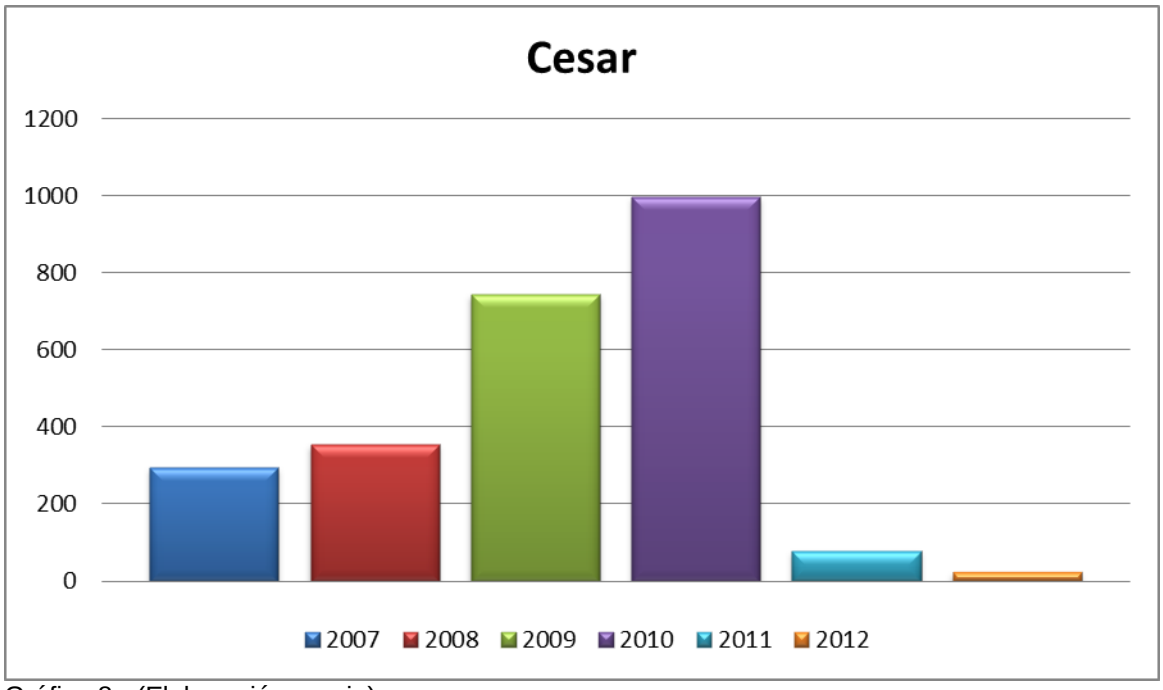

Gráfico 8 - (Elaboración propia)

Este gráfico evidencia el comportamiento de los ingresos de las acciones populares en Cesar. Refleja que el año con mayor número de ingresos fue el 2010, con 998.

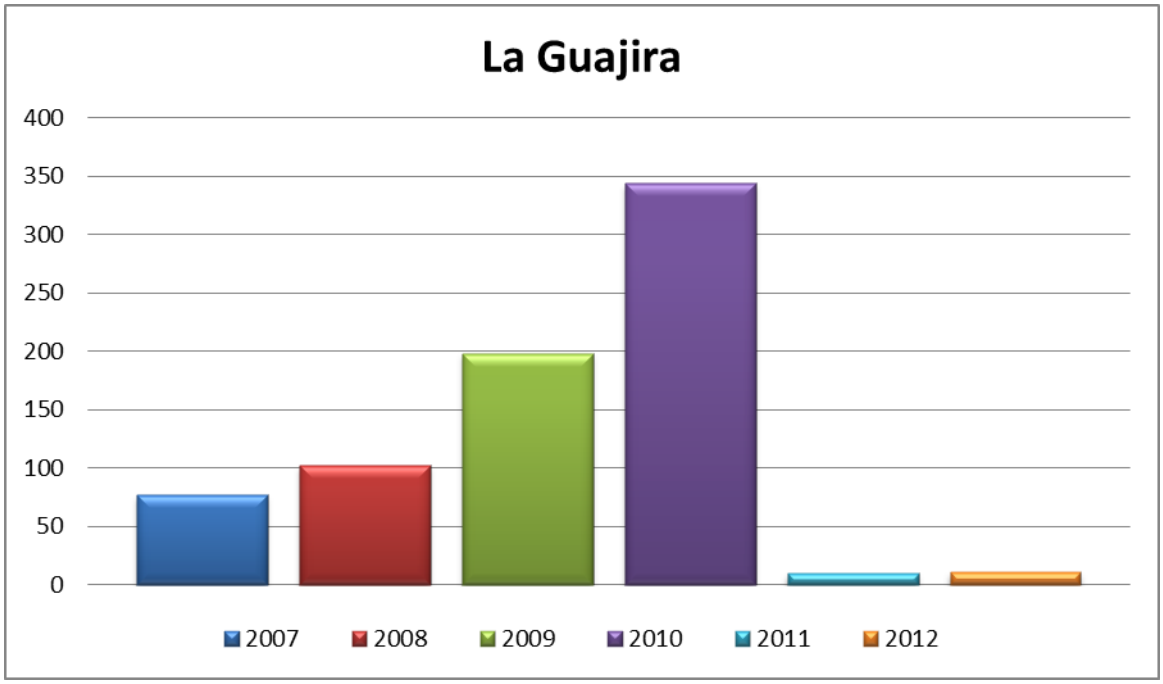

Gráfico 9 - (Elaboración propia)

Este gráfico refleja el comportamiento de los ingresos de las acciones populares en el Departamento de la Guajira. El año con mayor número de ingresos fue el 2010, con 344.

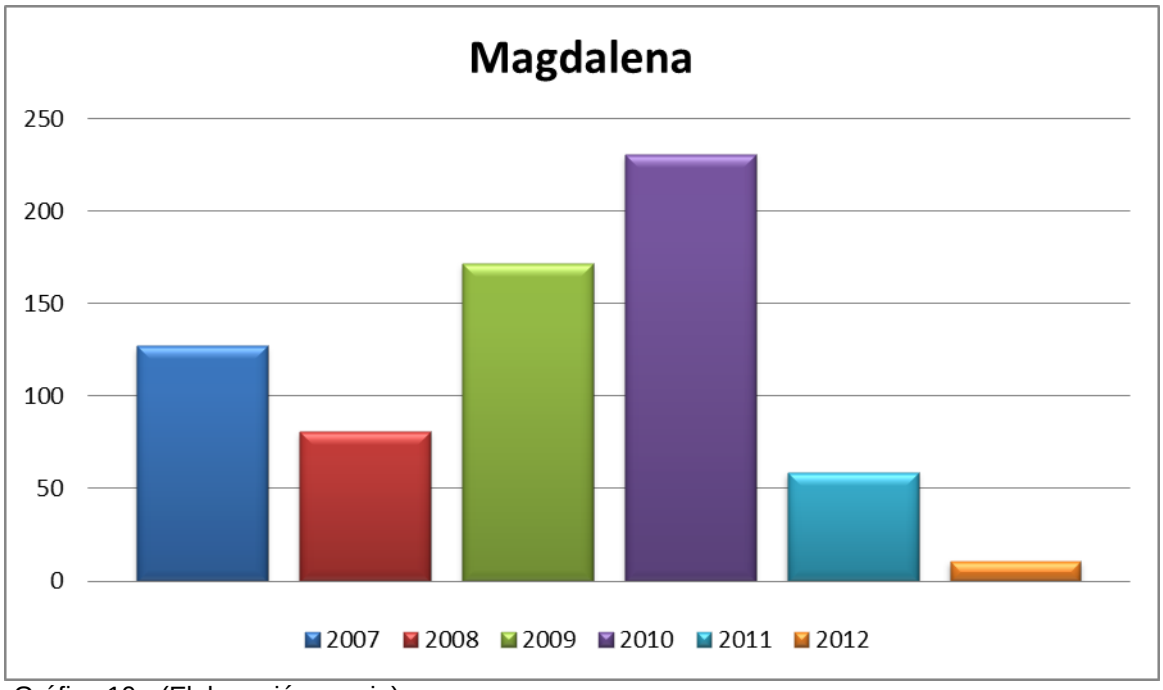

Gráfico 10 - (Elaboración propia)

Este gráfico refleja el comportamiento de los ingresos de las acciones populares en el Departamento del Magdalena. Se evidencia que el año con mayor número de ingresos fue el 2010, con 231.

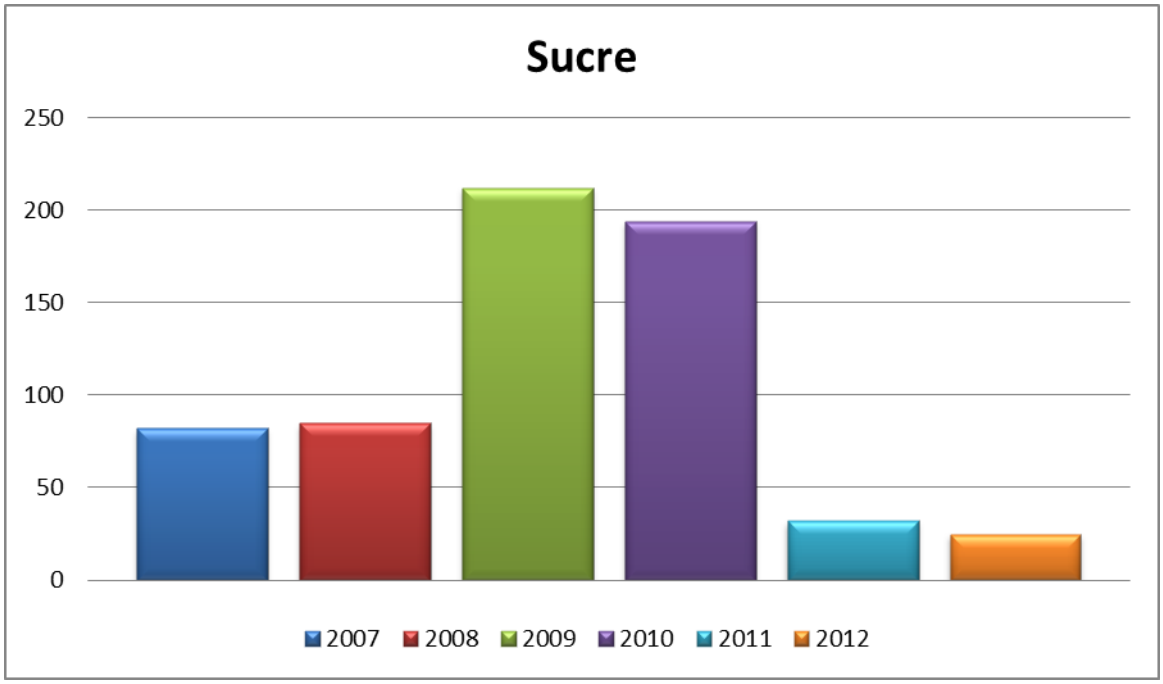

Gráfico 11 - (Elaboración propia)

Este gráfico refleja el comportamiento de los ingresos de las acciones populares en el Departamento de Sucre. Se evidencia que el año con mayor número de ingresos fue el 2009 con 212.

Observaciones:

- El comportamiento de la demanda de justicia en el caribe colombiano refleja una tendencia diferente a la que observamos a nivel nacional. En efecto el consolidado general mostró el año 2009 como el de más alto nivel en la demanda de justicia para la protección de los derechos colectivos, en cambio en la región caribe este nivel se logra en el año 2010, así lo demuestran los datos del archipiélago de San Andrés, Atlántico, Bolívar, Cesar, Guajira y Magdalena, con excepción de Córdoba y Sucre que siguen la regla general.

- El total de demandas instauradas en procura de la defensa de los derechos colectivos en el año 2010 en la región caribe fue de 3169.

- Con posterioridad a la eliminación del incentivo la demanda de justicia se redujo a 505 demandas instauradas en el año 2011, lo que comporta un decrecimiento del 84,1%, respecto del año inmediatamente anterior, que coincidió con el de más alto nivel.

- En el primer semestre del 2012 se habían instaurado 212 demandas, es decir, un poco menos de la mitad de lo que correspondería para el año anterior, lo que evidencia que el decrecimiento se mantiene.

- En el marco regional llama la atención los ingresos en el circuito judicial de Cesar para el año 2010, cuando se presentaron 998 demandas. Recordemos que la población de ese departamento apenas supera el millón de habitantes.

b) Región Orinoquía

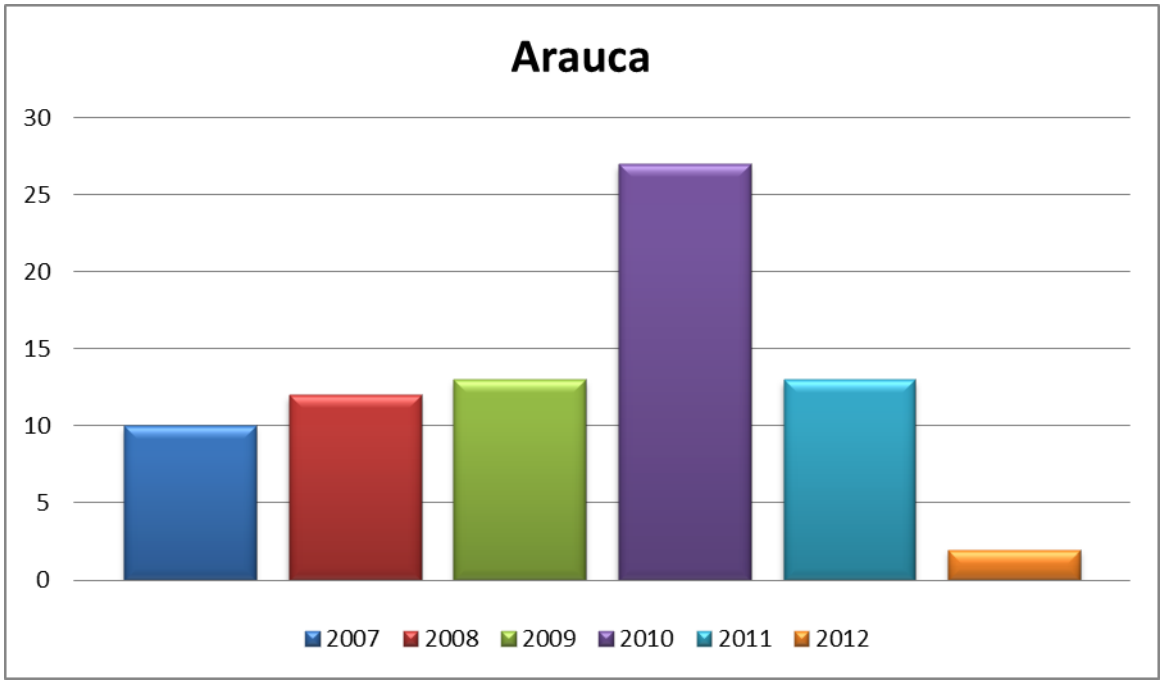

Gráfico 12 - (Elaboración propia)

Este gráfico refleja el comportamiento de los ingresos de las acciones populares en el Departamento de Arauca. Se evidencia que el año con mayor número de ingresos fue el 2010, con 27.

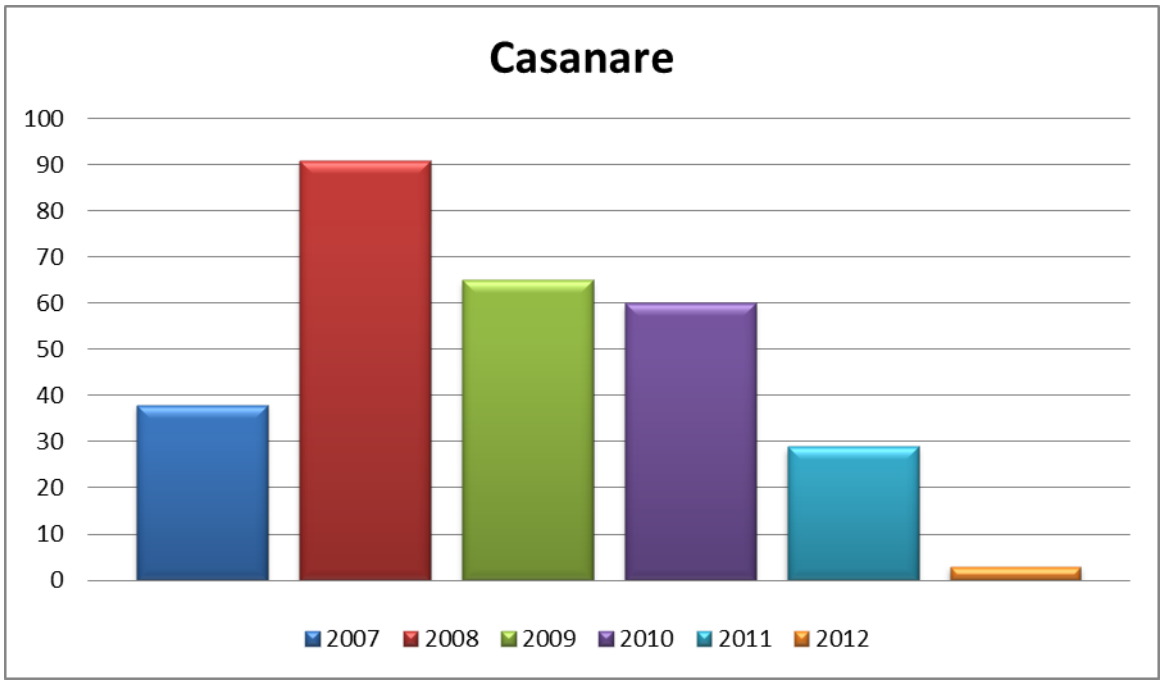

Gráfico 13 - (Elaboración propia)

Este gráfico refleja los ingresos de las acciones populares en el Departamento de Casanare. Se evidencia que el año con mayor número de ingresos fue el 2008, con 91.

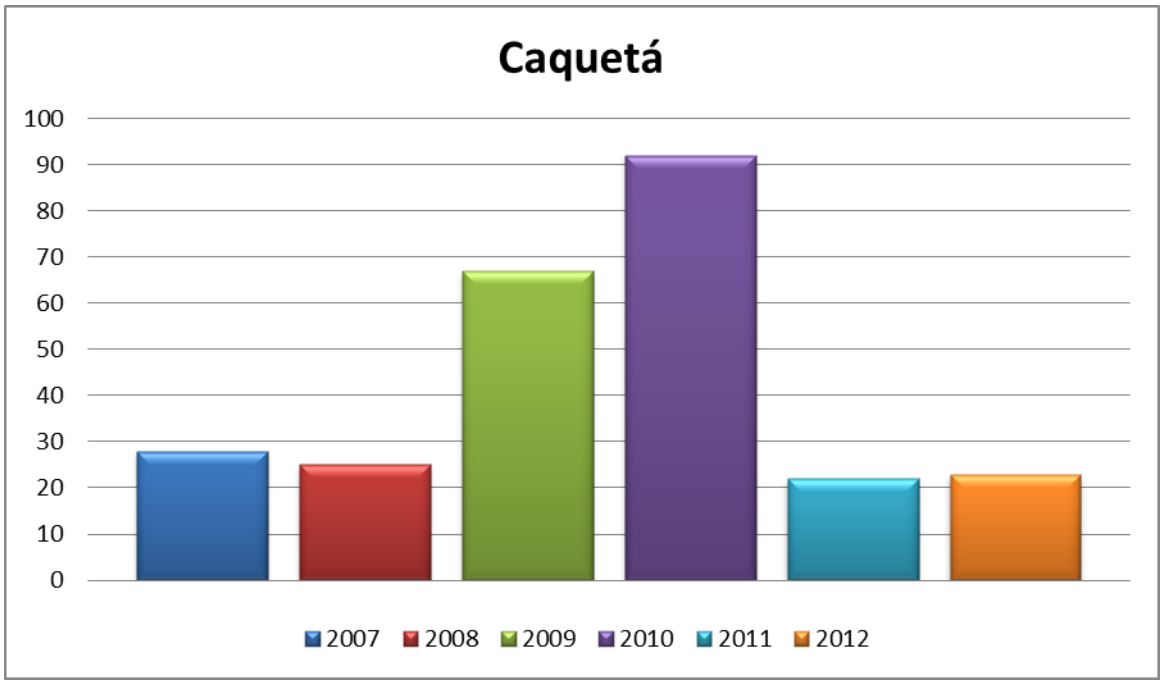

Gráfico 14 - (Elaboración propia)

Este gráfico refleja el comportamiento de los ingresos de las acciones populares en el Departamento del Caquetá. Se evidencia que el año con mayor número de ingresos fue el 2010, con 92.

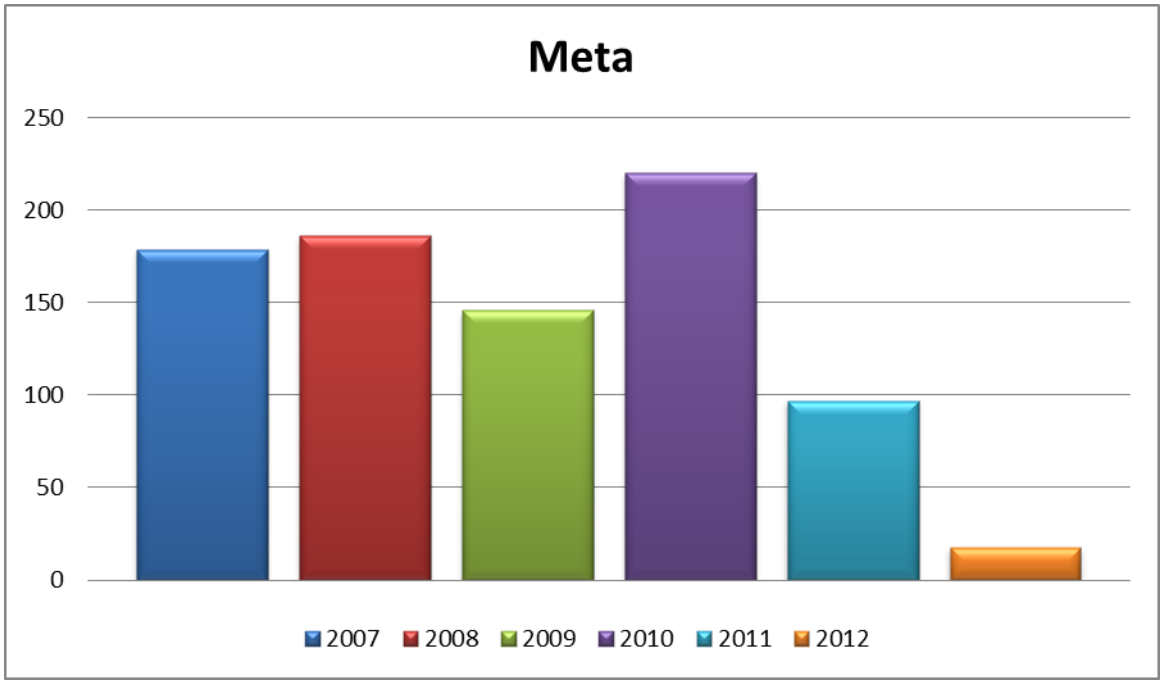

Gráfico 15 - (Elaboración propia)

Este gráfico refleja el comportamiento de los ingresos de las acciones populares en el Departamento del Meta. Se evidencia que el año con mayor número de ingresos fue el 2010, con 220.

Observaciones:

- El comportamiento de la demanda de justicia en la Orinoquía, al igual que lo que ocurrió en la región caribe, revela una tendencia diferente a la consolidada en el orden nacional. En efecto el consolidado general mostró el año 2009 como el de más alto nivel en la demanda de justicia para la protección de los derechos colectivos, en cambio en la Orinoquía este nivel se alcanzó en el año 2010, así lo demuestran los datos de Arauca, Caquetá y Meta, con excepción de Casanare que presentó el nivel de demanda más alto en el año 2008.

- El total de demandas instauradas en procura de la defensa de los derechos colectivos en **el año 2010** en esta región fue de **399**.

- En **el año 2011**, es decir, con posterioridad a la eliminación del incentivo la demanda de justicia se redujo a **161** demandas, lo que refleja un descenso del **59,65%,** respecto del año inmediatamente anterior, que coincidió con el de más alto nivel.

- En el primer semestre **del 2012** se habían instaurado **46** demandas, lo que demuestra que la tendencia al decrecimiento se mantiene.

- En el marco regional llaman la atención dos comportamientos particulares, el caso de **Casanare** que reporta el nivel más alto de ingresos en el año 2008 con 91 demandas, frente a las 60 del 2010 y el incremento presentado en el primer semestre del año 2012 en el **Caquetá**, donde rompiendo el comportamiento de la demanda a nivel nacional, reporta en sólo los primeros seis meses con 23 demandas, un ingreso superior al del año inmediatamente anterior equivalente a 22.

c) Región Pacífica

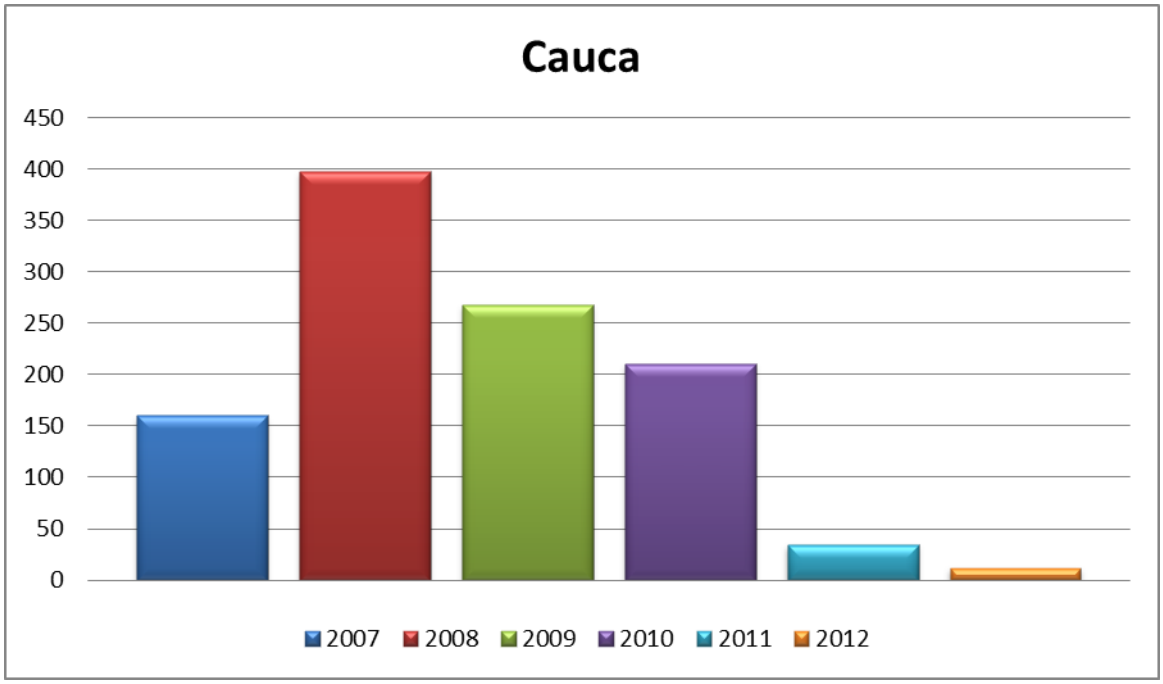

Gráfico 16 - (Elaboración propia)

Este gráfico refleja el comportamiento de los ingresos de las acciones populares en el Departamento del Cauca. Se evidencia que el año con mayor número de ingresos fue el 2008, con 398.

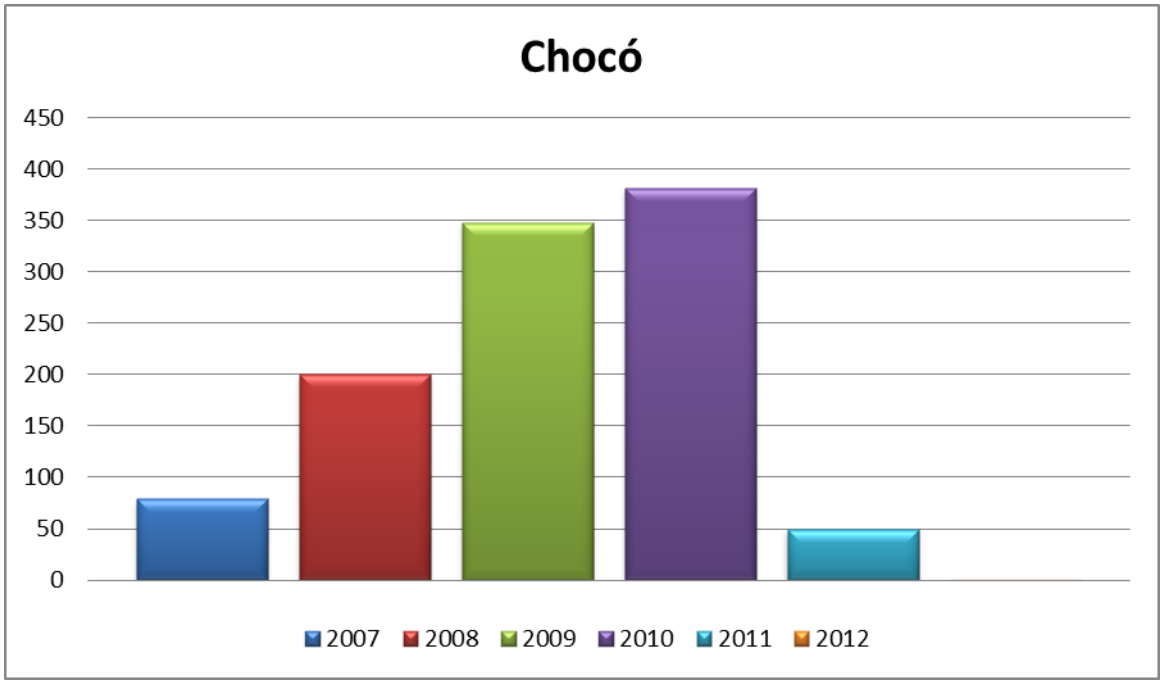

Gráfico 17 - (Elaboración propia)

Este gráfico refleja el comportamiento de los ingresos de las acciones populares en el Departamento del Chocó. Se evidencia que el año con mayor número de ingresos fue el 2010, con 382.

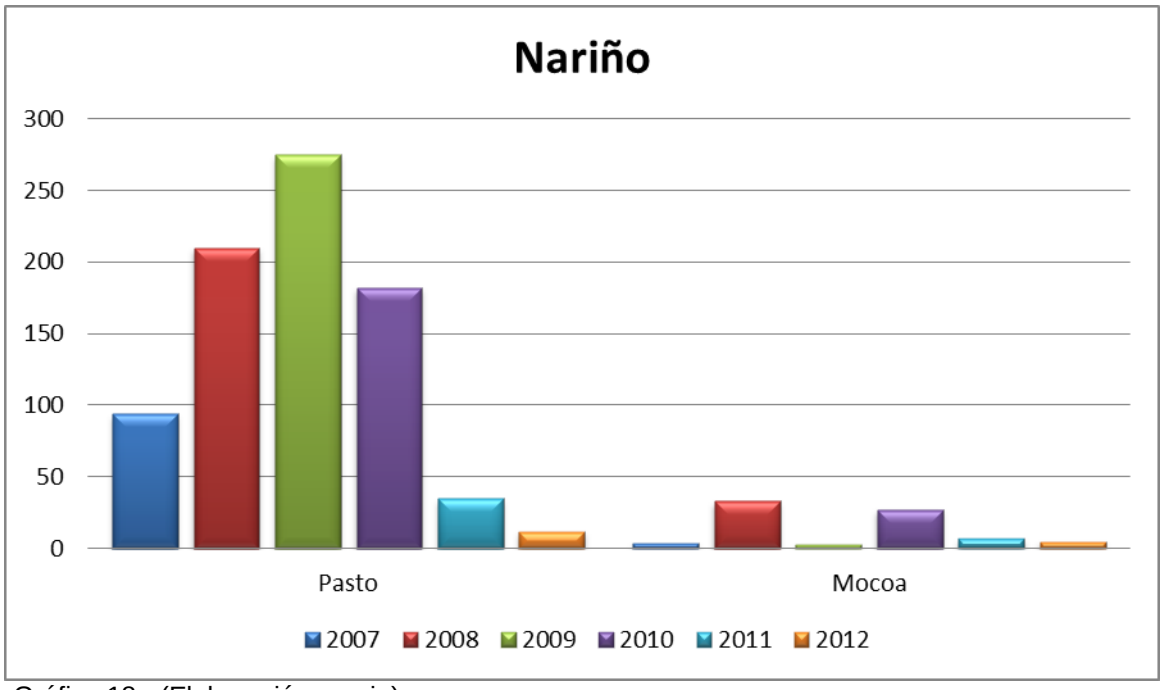

Gráfico 18 - (Elaboración propia)

Este gráfico refleja el comportamiento de los ingresos de las acciones populares en los Distritos Judiciales de Pasto y Mocoa. Se evidencia que el año con mayor número de ingresos fue el 2009 para Pasto con 275 y 2008 para Mocoa con 33.

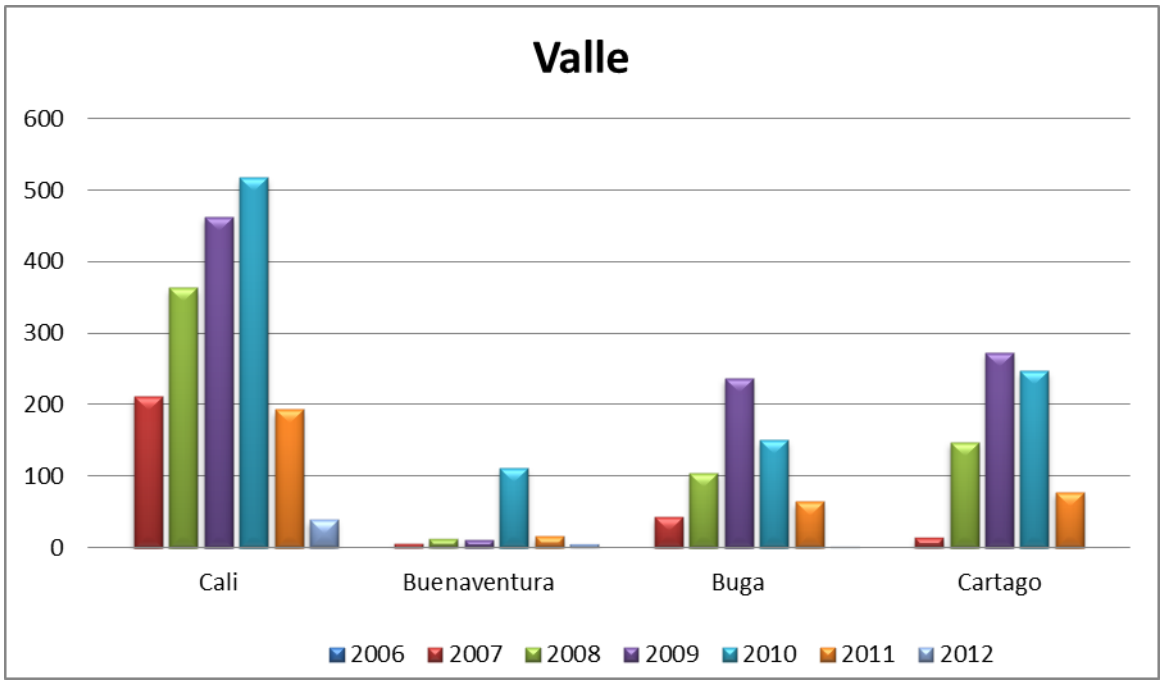

Gráfico 19 - (Elaboración propia)

Este gráfico refleja el comportamiento de los ingresos de las acciones populares en el Valle y en los circuitos judiciales de Cali, Buenaventura, Buga y Cartago. Se evidencia que el año con mayor número de ingresos en Cali y Buenaventura fue el 2010 con 517 y 111 respectivamente y, 2009 para Buga y Cartago con 237 y 273 respectivamente.

Observaciones

- El comportamiento de la demanda de justicia en el **pacífico** colombiano concuerda con la tendencia nacional según la cual, el mayor porcentaje de ingresos se produjo en el **año 2009**, aunque debe precisarse que en este caso, la ventaja del reporte de 2009 con **1878 demandas**, es ligeramente superior a 2010 cuando se instauraron 1827 demandas.

- Se debe destacar que los ingresos en esta región no son uniformes, si tenemos en cuenta que Cauca presentó el mayor ingreso en el 2008 con 398 demandas; Chocó y Valle en el año 2010 con 382 y 1025 demandas respectivamente y Nariño en el año 2009 con 278 demandas.

- En **el año 2011**, es decir, con posterioridad a la eliminación del incentivo el ingreso se redujo a **479** demandas, lo que refleja un decrecimiento del orden del **74.5%,** respecto del año 2009, cuando como ya se advirtió se consolidó el nivel más alto.

- En el primer semestre **del 2012** se habían instaurado **75** demandas, lo que demuestra que la tendencia al decrecimiento se mantiene, en este caso en niveles importantes porque representa proporcionalmente una reducción del 68%, frente al año anterior.

- Así como lo hemos resaltado en los casos anteriores, en el marco regional que estamos examinando, llama la atención el alto ingreso reportado en el Cauca en el año 2008 con 398 demandas, así como los ingresos de los años 2009 y 2010 en Choco, con 348 y 382 demandas, teniendo en cuenta que el índice de población de ese departamento es de 490.000 habitantes aproximadamente.

d) Región andina

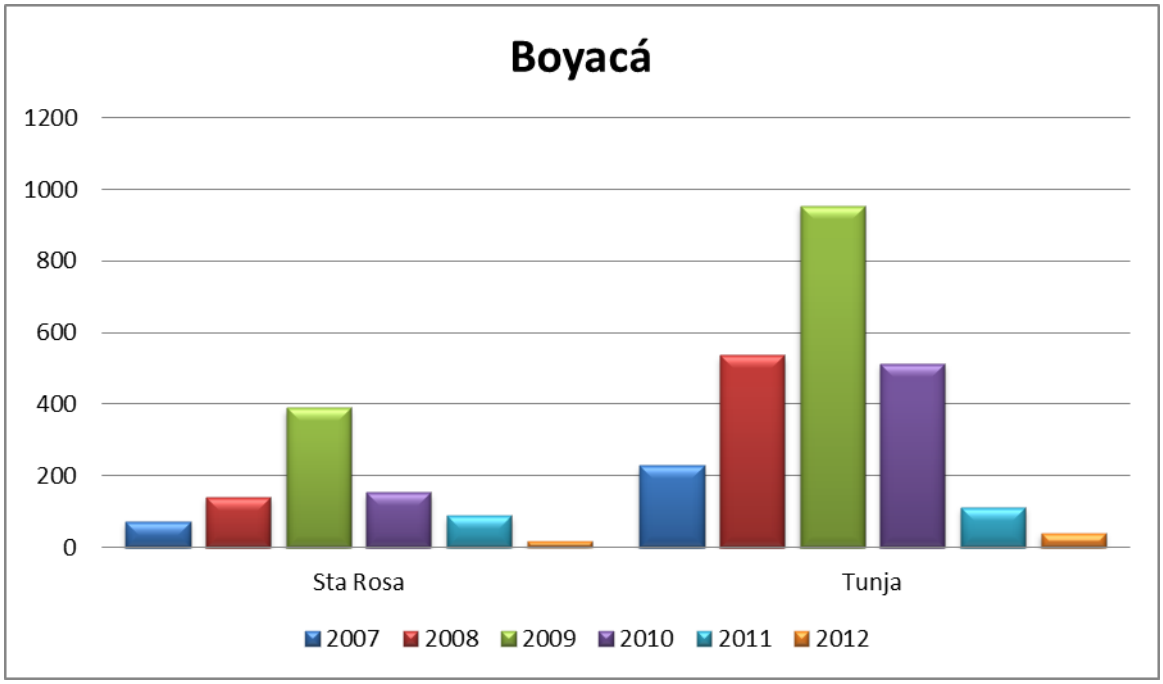

Gráfico 20 - (Elaboración propia)

Este gráfico refleja el comportamiento de los ingresos de las acciones populares en los circuitos Judiciales de Santa Rosa y Tunja. En ellos se evidencia que el año con mayor número de ingresos fue el 2009, con 390 y 954 respectivamente, para un total de 1344**.**

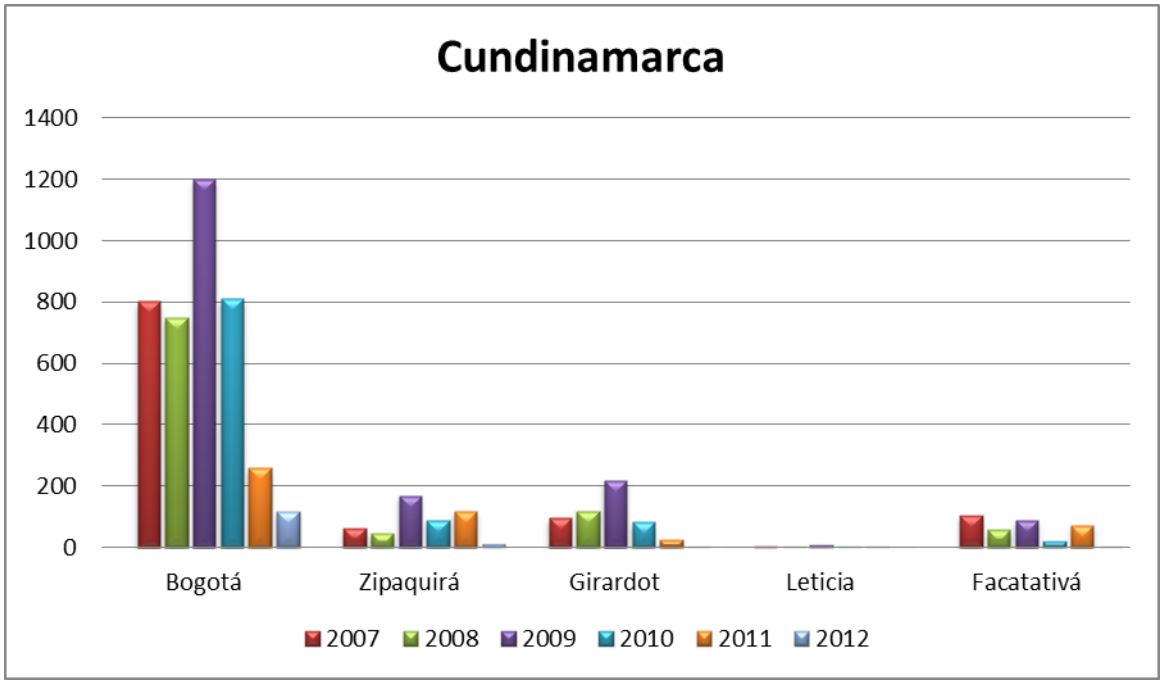

Gráfico 21 - (Elaboración propia)

Este gráfico refleja el comportamiento de los ingresos de las acciones populares en los circuitos judiciales de Bogotá, Zipaquirá, Girardot, Leticia (Amazonas) y Facatativá. Se evidencia que el año con mayor número de ingresos para el Departamento fue el 2009, con 1679.

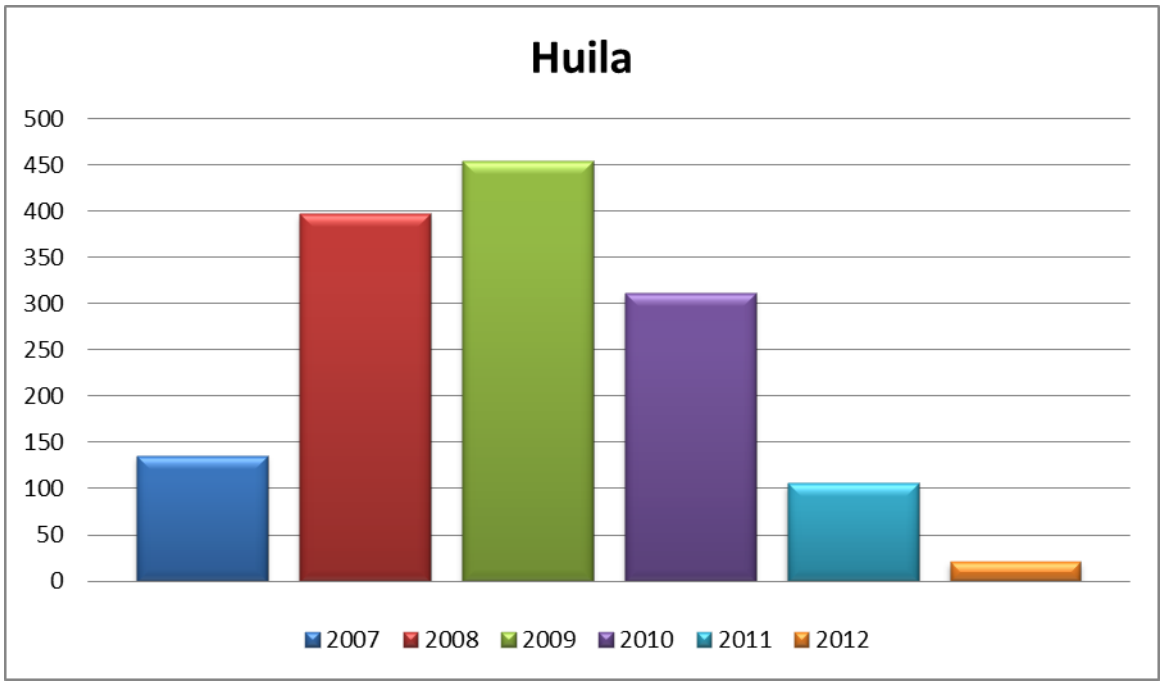

Gráfico 22 - (Elaboración propia)

Este gráfico refleja el ingreso de las acciones populares en el Departamento del Huila. Se evidencia que el año con mayor número de ingresos fue el 2009, con 455.

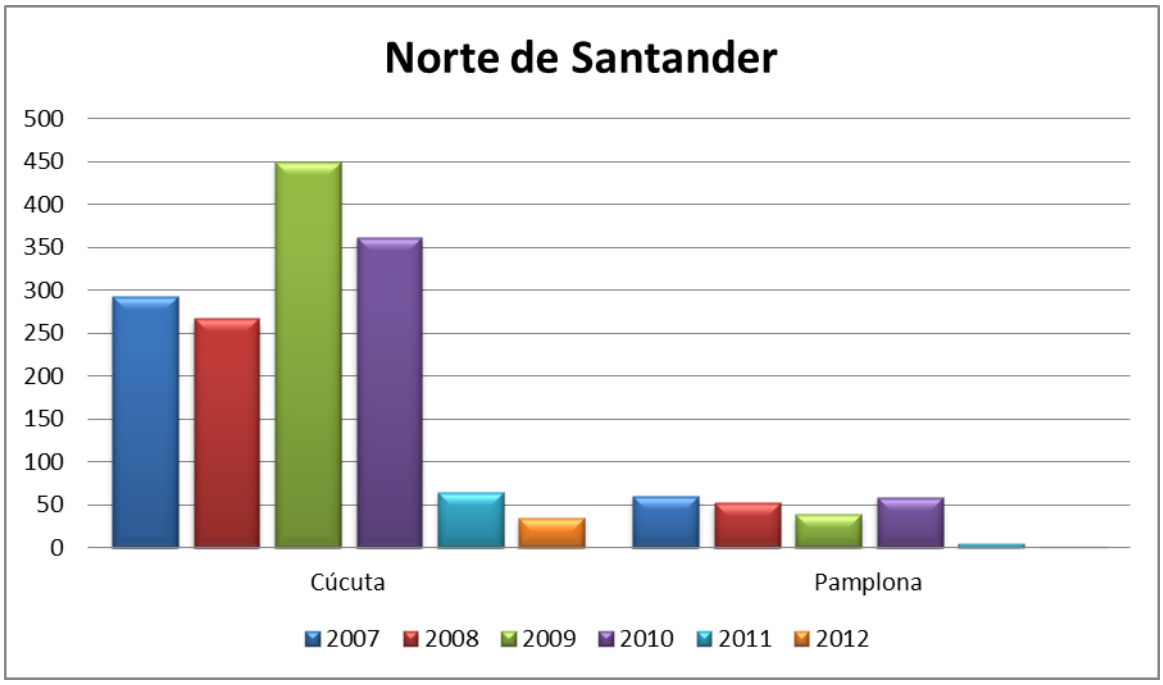

Gráfico 23 - (Elaboración propia)

Este grafico refleja el comportamiento de los ingresos de las acciones populares en el Departamento de Norte de Santander y sus circuitos judiciales en Cúcuta y Pamplona. Se evidencia que el año con mayor número de ingresos fue el 2009 para Cúcuta con 450 y 2007 para Pamplona con 60.

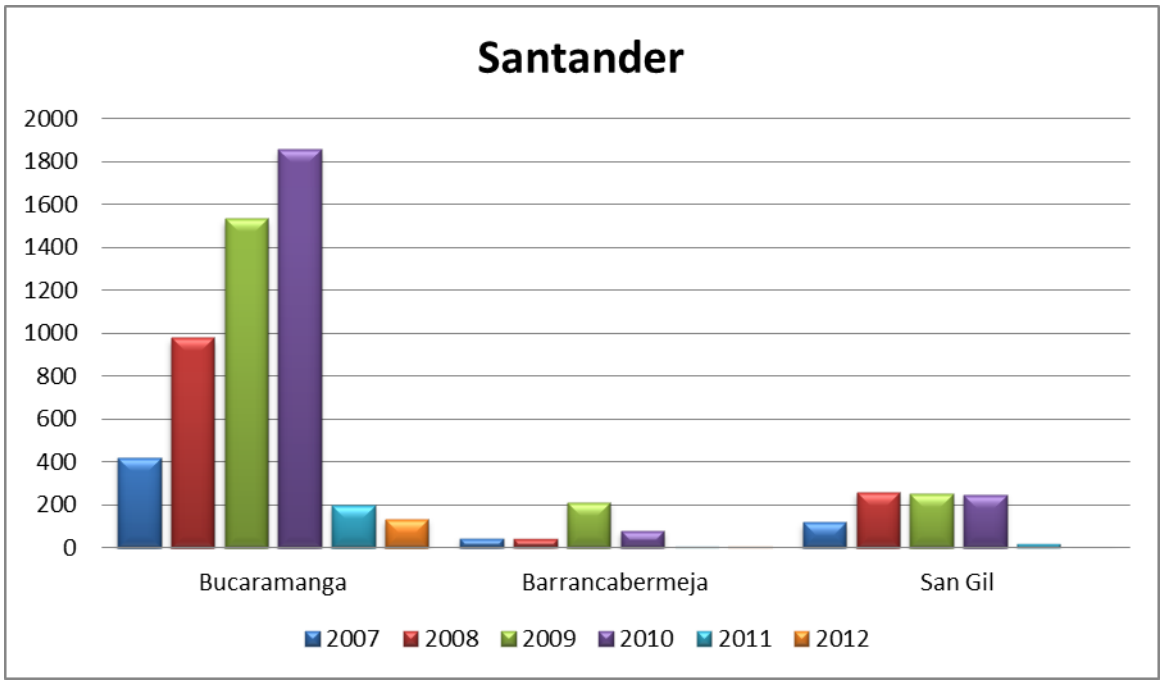

Gráfico 24 - (Elaboración propia)

Este gráfico refleja el comportamiento de los ingresos de las acciones populares en el Departamento de Santander y en los Circuitos Judiciales de Bucaramanga, Barrancabermeja y San Gil. Se evidencia que el año con mayor número de ingresos fue el 2010 para Bucaramanga con 1885, 2009 para Barrancabermeja con 212 y 2008 para San Gil con 259.

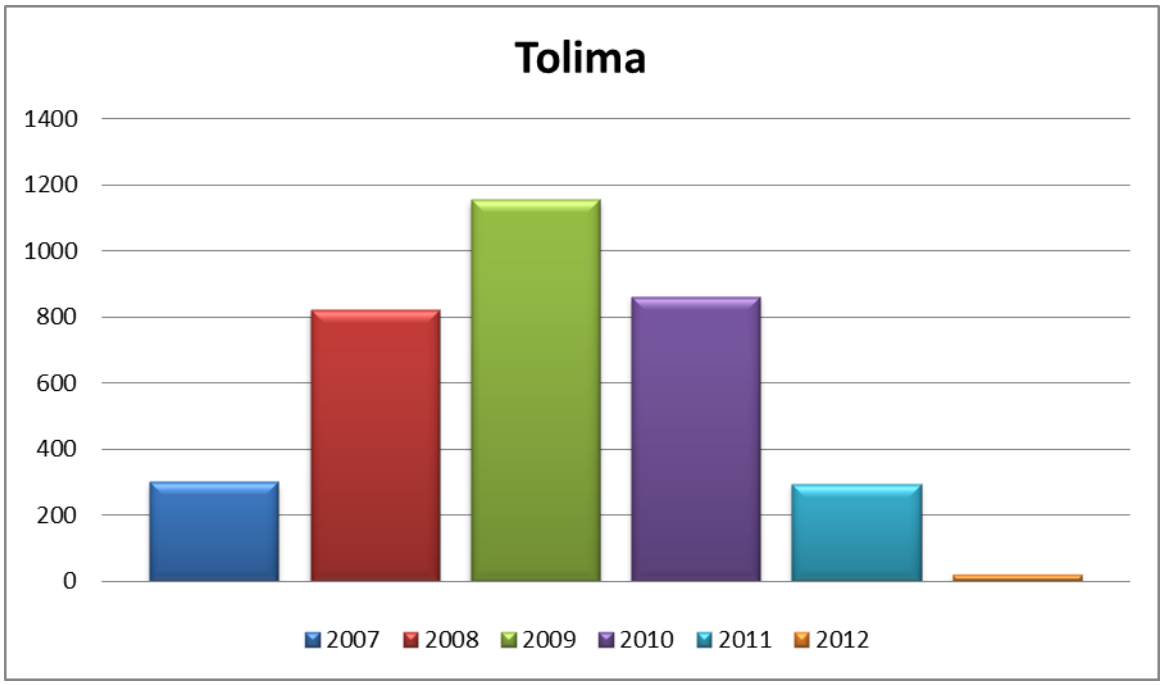

Gráfico 25 - (Elaboración propia)

Este gráfico refleja el comportamiento de los ingresos de las acciones populares en el Departamento del Tolima. Se evidencia que el año con mayor número de ingresos fue el 2009 con 1155.

Observaciones

- El comportamiento de la demanda de justicia en la que denominamos región andina, compuesta por Boyacá, Cundinamarca, Huila, Norte de Santander, Santander y Tolima es la que concentra el mayor número de ingresos frente a las otras regiones.

- Concuerda con la tendencia nacional según la cual, el mayor porcentaje de ingresos se produjo en el **año 2009**, reportando en este caso un total de **7116 demandas** instauradas. De los departamentos antes enunciados, con excepción de Santander que presentó un ingreso superior en el año 2010 con 2181 demandas frente a los 1994 ingresos

del año 2009, todos coinciden en que el mayor volumen de demandas se consolidó en el 2009.

- En **el año 2011**, es decir, con posterioridad a la eliminación del incentivo el ingreso se redujo a **1371 demandas**, lo que refleja un decrecimiento del orden del **80.7%,** respecto del año 2009, cuando como ya se advirtió se consolidó el nivel más alto con 7116 ingresos.

- En el primer semestre **del 2012** se habían instaurado **401 demandas**, lo que demuestra que la tendencia al decrecimiento se mantiene, en este caso en niveles importantes porque representa proporcionalmente una reducción del 70%, frente al año anterior.

- Así como lo hemos resaltado en los casos anteriores, en el marco regional que estamos examinando, llama la atención los altos ingresos de Santander que en los años de 2008, 2009 y 2010 reportó ingresos por el orden de 1278, 1994 y 2181 demandas respectivamente, superiores a los de Bogotá que para las mismas anualidades presentó ingresos de 976, 1679, 1007 demandas. Similares comentarios pueden formularse respecto a Tolima, que con un índice poblacional de aproximadamente 1.400.000 frente a los más de 8.000.000 de Cundinamarca en los años 2008, 2009 y 2010 reportó un total de 820, 1155 y 862 demandas instauradas.

f) Antioquia y el Viejo Caldas

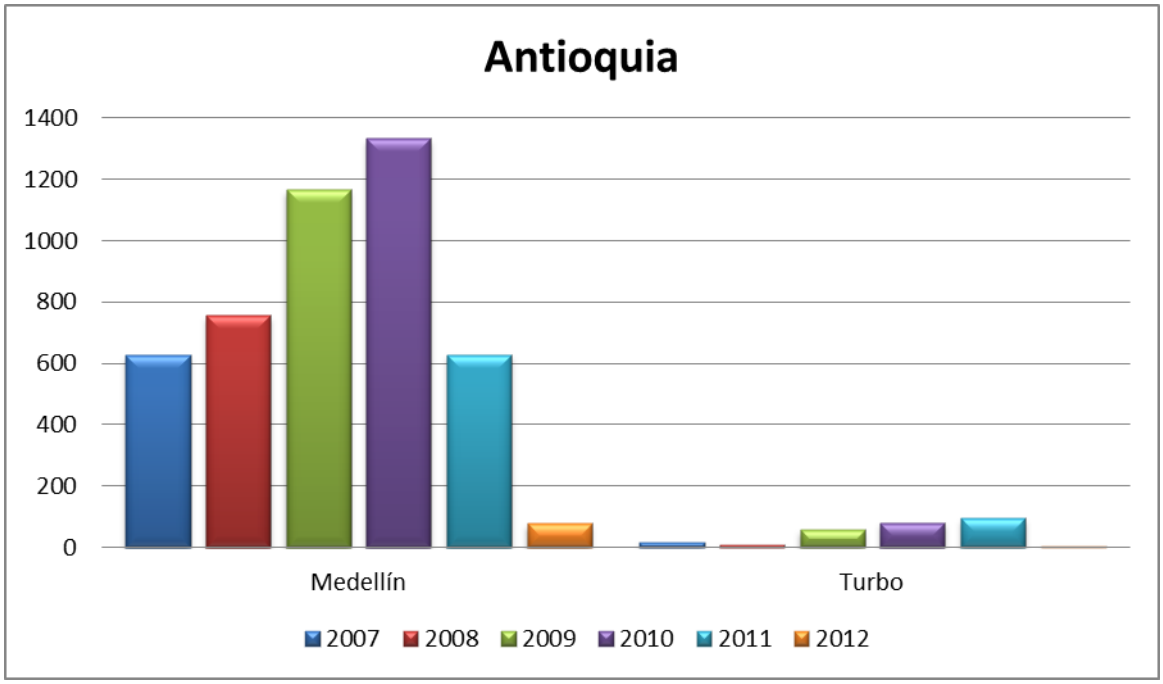

Gráfico 26 - (Elaboración propia)

Este gráfico evidencia el ingreso de las acciones populares en los Circuitos Judiciales de Medellín y Turbo

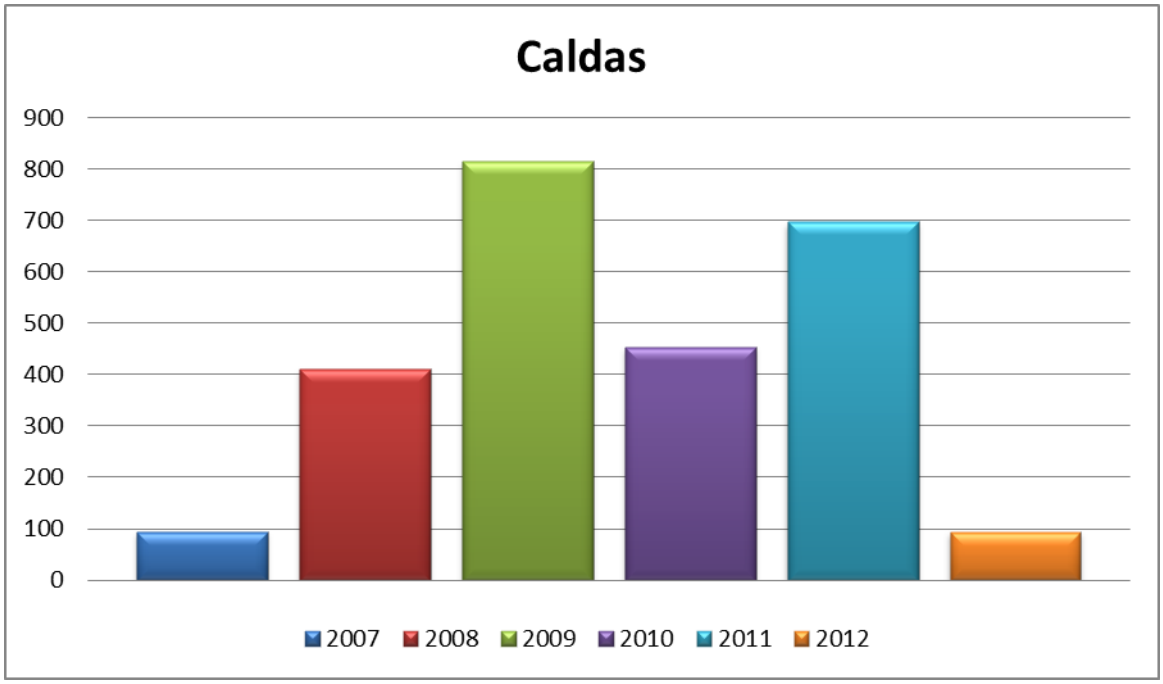

Gráfico 27 - (Elaboración propia)

Este grafico refleja los ingresos de las acciones populares en el Departamento de Caldas. Se evidencia que el año con mayor número de ingresos fue el 2009, con 815.

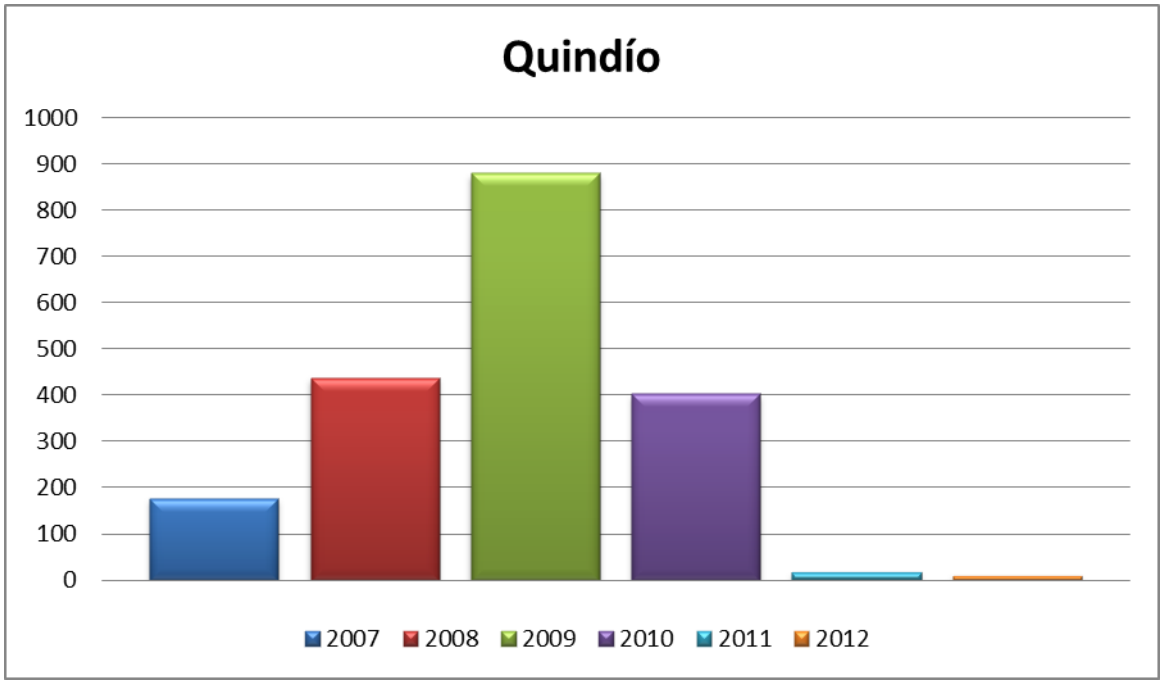

Gráfico 28 - (Elaboración propia)

Este grafico refleja el comportamiento de los ingresos de las acciones populares en el Quindío. Se evidencia que el año con mayor número de ingresos fue el 2009, con 880.

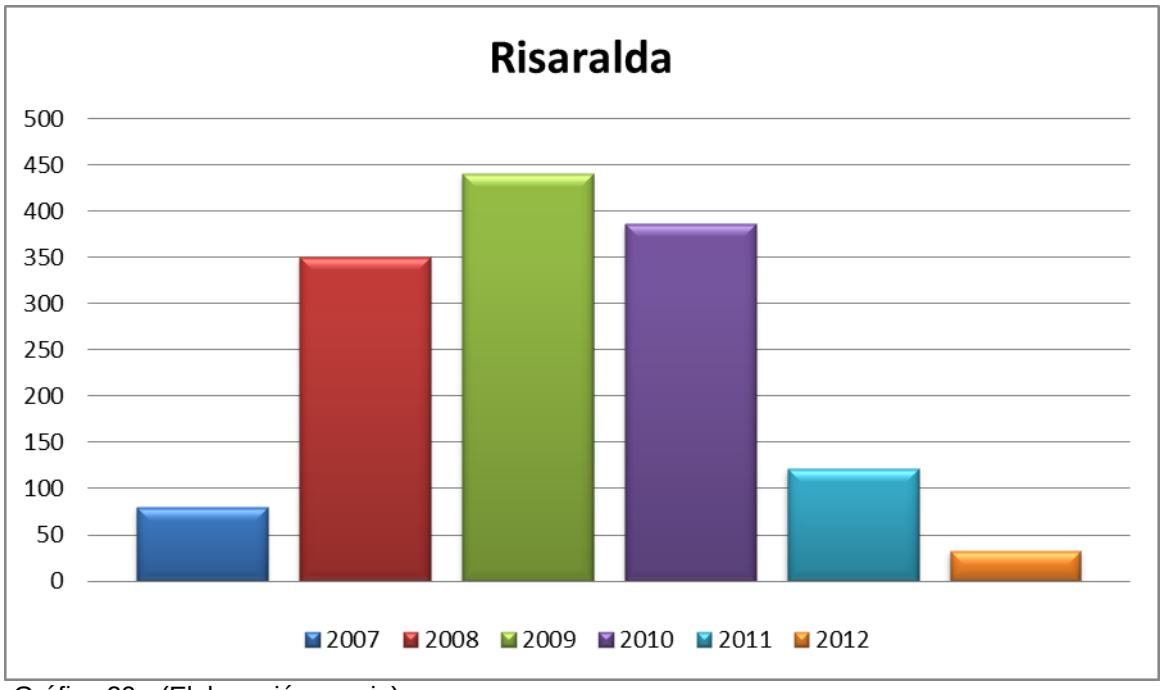

Gráfico 29 - (Elaboración propia)

Este gráfico refleja el comportamiento de los ingresos de las acciones populares en Risaralda. Se evidencia que el año con mayor número de ingresos fue el 2009 con 441.

OBSERVACIONES

- El comportamiento de la demanda de justicia en la región de Antioquia y del viejo Caldas coincide con la tendencia nacional según la cual, el mayor porcentaje de ingresos se produjo en el **año 2009**, reportando en este caso un total de **3302 demandas** instauradas. De los departamentos antes enunciados, con excepción de Antioquia que presentó un ingreso superior en el año 2010 con 1332 demandas frente a las 1166 correspondientes al año 2009, todos cuentan con un mayor volumen es este último año.

- En **el año 2011**, es decir, con posterioridad a la eliminación del incentivo el ingreso se redujo a **1464 demandas**, lo que refleja un decrecimiento del orden del **55%,** respecto del año 2009, cuando como ya se advirtió se consolidó el nivel más alto con 3302 ingresos.

- En el primer semestre **del 2012** se habían instaurado **215 demandas**, lo que demuestra que la tendencia al decrecimiento se mantiene, incluso frente al ingreso que para ese mismo periodo contaba el año anterior con un promedio de 700 demandas aproximadamente.

- En este caso, vale la pena destacar el comportamiento presentado en Caldas, en primer lugar por los ingresos reportados en el año 2009 bordearon las 815 demandas, teniendo en cuenta que su índice poblacional se encuentra en los 915000 habitantes. En segundo lugar, porque fue el único que con posteridad a la eliminación del incentivo reportó ingresos superiores a los correspondientes al año anterior. Efectivamente, de acuerdo con el registro en el año 2010 se instauraron 454 demandas, cifra que fue superada por las 697 incoadas en el año

2011. En el 2012 sigue la tendencia detectada a nivel nacional y presenta una drástica disminución con 94 demandas registradas.

2.- Porcentaje de egresos por pacto de cumplimiento en el periodo 2007-2011 en los juzgados administrativos

Como se planteó al inicio de este capítulo, con el objeto de revisar el estado actual de la figura del pacto de cumplimiento se efectuará una evaluación de los datos estadísticos correspondientes a los egresos presentados en los juzgados administrativos durante el lapso comprendido entre julio de 2006 y julio de 2012. Se entiende por egresos, aquellos asuntos que han obtenido respuesta a través de una decisión que soluciona el conflicto, adoptada bien sea mediante auto o sentencia que finalmente provoca su salida del inventario judicial del despacho ante el cual se tramita.

Esto nos permitirá determinar la eficacia del pacto de cumplimiento en la actualidad, al contrastar el número de asuntos que han finalizado por esta vía, frente a otras posibles causas de evacuación.

Antes de continuar hay dos precisiones importantes a considerar, en primer lugar, cabe anotar que en el formato de estadísticas no figura entre los egresos que se deben reportar una casilla correspondiente exclusivamente a *"audiencia de pacto de cumplimiento",* pero si se encuentra la de egresos por concepto de *"conciliación"*. Aunque a lo largo del trabajo se han planteado las diferencias existentes entre una y otra, para efectos de este balance se partirá del entendido de que las conciliaciones reportadas en las acciones populares corresponden en realidad a aquellas finalizadas ante la prosperidad de la audiencia de pacto de cumplimiento. En segundo término, dicho formato contiene otra casilla equivalente a *"otros egresos"* donde se reporta un alto índice de salidas, sin embargo, en la medida en que no se encuentran discriminados no existe forma de definir si aquellos jueces que en estricto sentido consideran que la audiencia especial de pacto de cumplimiento no equivale a una audiencia de conciliación, reportaron en esta última aquellos

procesos finalizados por el éxito de la audiencia especial. En consecuencia, con el fin de obrar con mayor rigor y ante la indefinición de estos últimos, para efectos del presente balance solo serán considerados los reseñados como conciliación, eso sí, partiendo de la aclaración realizada.

Aunque la Ley 472 de 1998 previó dos formas de terminación del proceso: la sentencia y el pacto de cumplimiento y que por vía jurisprudencial se han aceptado dos más, consistentes en el agotamiento de jurisdicción[134] y en la carencia de objeto (decisiones adoptadas a través de autos interlocutorios)[135], los gráficos que se expondrán, contienen además de los ya señalados, otros indicadores generales como *"perenciones*" y *"desistimientos",* categorías que aunque según la jurisprudencia del Consejo de Estado no son aplicables en este tipo de procesos (en consideración al impulso oficioso que le atañe al juez y a la carencia de disposición de los derechos colectivos del actor popular, respectivamente), fueron incluidas, debido a sus registros en algunas regiones del país.

Veamos entonces el comportamiento en gráficas:

[134] Consejo de Estado. Sentencia de unificación. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. 11 de septiembre de 2012. "Al respecto la Sala considera que, justamente, a fin de darle cabal aplicación a los antes mencionados principios que se consagran en el artículo 5° de la Ley 472 de 1998, que se insiste, es norma especial que reglamenta la acción popular, es preciso que igualmente se aplique la figura del agotamiento de jurisdicción para aquellos eventos cuando se esté en presencia de una nueva demanda y de entrada el juez constata que existe cosa juzgada general o absoluta: sentencia estimatoria debidamente ejecutoriada y por tanto con efectos erga omnes, y que ahora se promueve idéntica petición judicial fundada en los mismos supuestos fácticos y jurídicos y respecto del mismo demandado; o también, cuando existe sentencia ejecutoriada que si bien es denegatoria de las pretensiones y por tanto hizo tránsito a cosa juzgada relativa, es decir sólo frente a esos hechos y a esas pruebas, lo cierto es que la nueva demanda coincide plenamente en estar fundada en esos mismos supuestos fácticos y probatorios. Consecuencialmente la Sala unifica jurisprudencia en el sentido de que, ante situaciones como las antes descritas, procede que si la segunda demanda fue admitida sin advertir la existencia de cosa juzgada en las modalidades señaladas, se declare la nulidad de todo lo actuado y se rechace esta nueva demanda por presentarse agotamiento de jurisdicción, y que igual tratamiento aplica (el rechazo de la segunda demanda), cuando se esté en la oportunidad procesal de decidir sobre la admisión. En definitiva, la viabilidad de aplicar el agotamiento de jurisdicción por la existencia de cosa juzgada y que proceda el rechazo de la nueva demanda de acción popular, depende de los alcances que tenga el fallo anterior dictado en el proceso relativo a derechos colectivos…".

[135] Consejo de Estado. Sentencia de 10 de mayo de 2007. Expediente 2003-3003. "…Conviene igualmente recordar que frente a la cesación de la vulneración impugnada, hecho superado, o carencia de objeto, ocurrida en el curso del trámite de la acción popular, inicialmente la Sección Primera optó por declarar uno de esos tres acontecimientos, cuando verificaba su configuración, sin incluir decisiones adicionales, o confirmaba las decisiones de ese mismo tenor dictadas en primera instancia si las estimaba fundadas. Empero con miras al reconocimiento del incentivo a favor del actor, lo cual se hace en la sentencia que acoja las pretensiones, según mandato del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, tal criterio fue sustituido por el actualmente vigente, según el cual, se reconoce la ocurrencia de la amenaza o vulneración de los derechos colectivos aunque se advierte que en el curso del trámite de la acción dicha afectación cesó o dejó de tener efectos y se concede el condigno incentivo…".

Egresos de las Acciones Populares entre los años 2007 – 2011

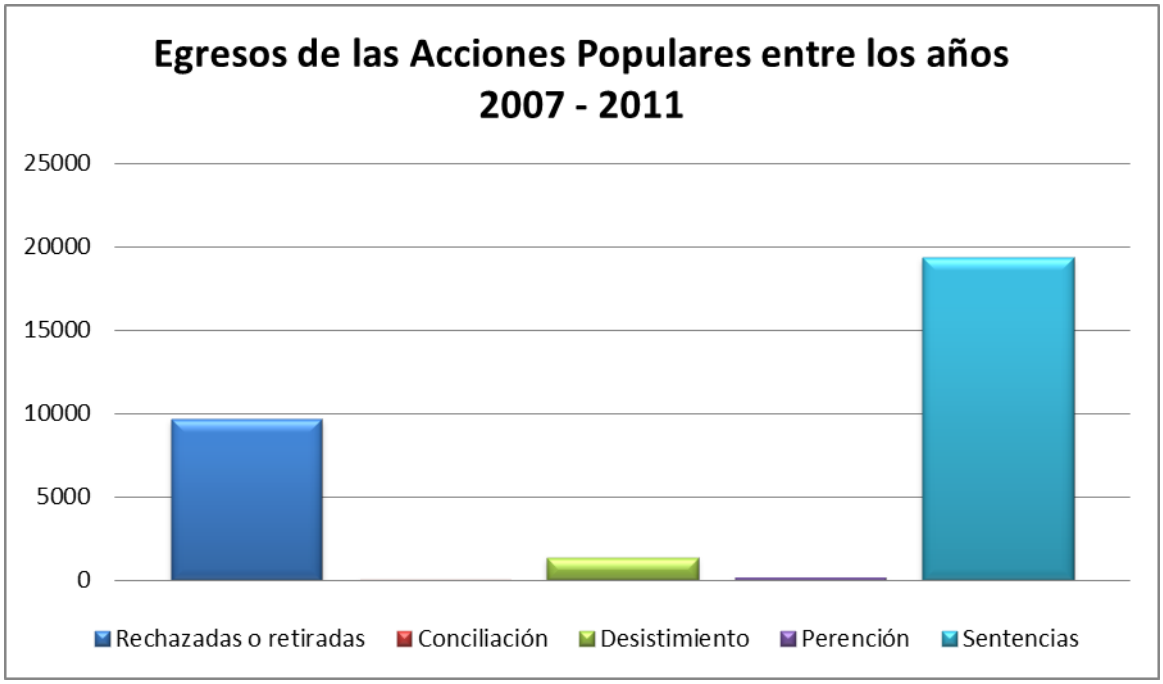

Gráfico 30 - (Elaboración propia)

De este consolidado general, se puede extraer sin mayor dificultad como primera conclusión relevante, que el porcentaje de egresos por concepto de audiencias de pacto con sólo 21 arreglos exitosos en los cinco años objeto de revisión, es significativamente inferior, o mejor ínfimo, frente al número de sentencias proferidas durante el mismo periodo, el cual asciende a los 19377 fallos, e incluso muy por debajo de instituciones que como lo dijimos inicialmente, no son aplicables en asuntos de esta naturaleza, tal como ocurre con los desistimientos que ascendieron a la cifra de 1368 y las perenciones que sumaron 187.

Las cantidades mínimas de audiencias de pacto exitosas a través de las cuales se logró terminar el proceso, frente a los altos volúmenes de asuntos tramitados en la jurisdicción contencioso administrativa, dan cuenta de la franca decadencia de la figura, tal como se planteó en el capítulo dedicado a este estudio. Según los gráficos sólo se realizaron audiencias de pacto exitosas en Antioquia (3), Chocó (5), Córdoba (3), Cesar (1), Cundinamarca (2), Huila (1), Meta (2), Norte de Santander (1), Santander (1) y Tolima (2).

En los distritos judiciales restantes, esto es, en Archipiélago de San Andrés, Arauca, Boyacá, Caldas, Magdalena, Nariño y Sucre sólo se reportaron egresos por concepto de sentencias y rechazos o retiros, pero ninguno por la vía del pacto de cumplimiento.

Tampoco puede pasar inadvertido que los rechazos o retiros con 9669 decisiones, representan un poco menos del 50% de las sentencias.

Pero más preocupante aún resultan los índices de evacuación por desistimientos, que se presentaron durante el periodo analizado en: Atlántico (1), Bolívar (3), Caquetá (2), Casanare (10), Cauca (4), Chocó (2), ***Cesar (1136***), Bogotá (9), Huila (1), ***Guajira (134***), Meta (5), Norte de Santander (1), Quindío (1), Risaralda (1), Santander (8), Tolima (41) y Valle (9), como aquellos egresos que por perenciones se registraron en Bolívar con 121 salidas, Cauca con 3, Cesar con 8, Cundinamarca con 17, Huila con 1, Santander con 8 y Tolima con 29, ya que éstos reflejan un claro desconocimiento de las líneas jurisprudenciales trazadas desde tiempo atrás por el Consejo de Estado.

Ahora, de los anteriores datos, llama la atención lo ocurrido en Cesar, sobre todo porque de acuerdo con los datos estadísticos, los egresos por desistimiento que alcanzaron el número de 1136, superan el número de fallos proferidos durante el mismo lapso que sumaron 731, como desprende del siguiente gráfico:

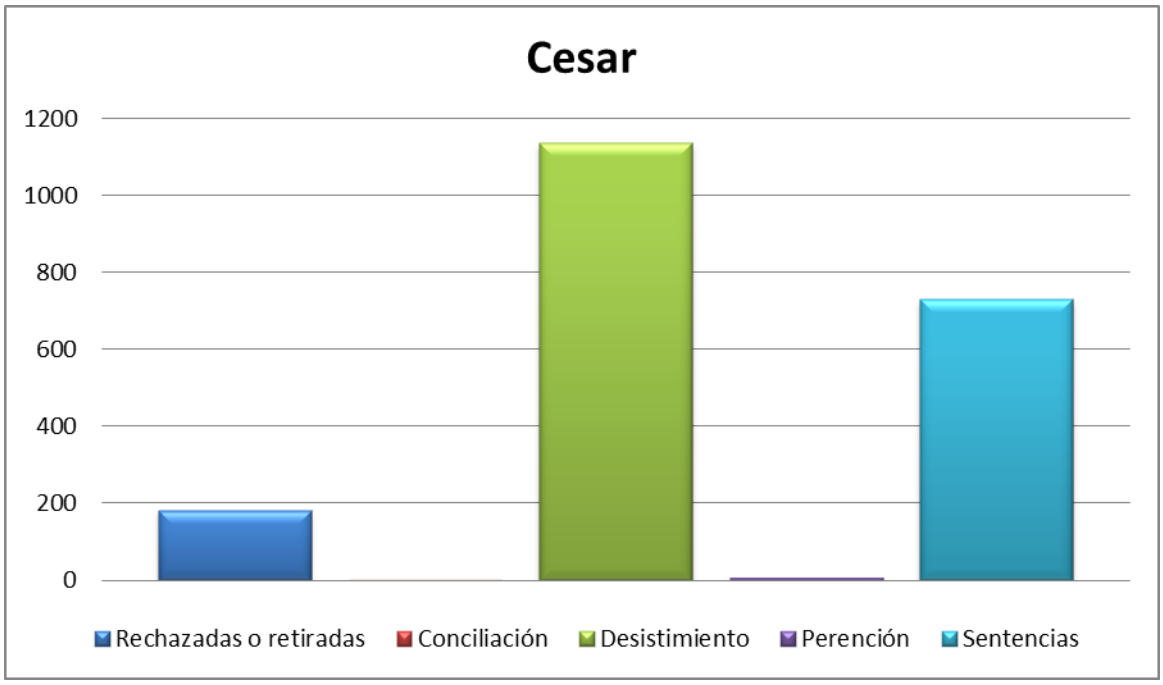

Gráfico 31 - (Elaboración propia)

Otro caso significativo, aunque en menor proporción que el anterior, es Guajira con 134 desistimientos frente a las 194 sentencias proferidas.

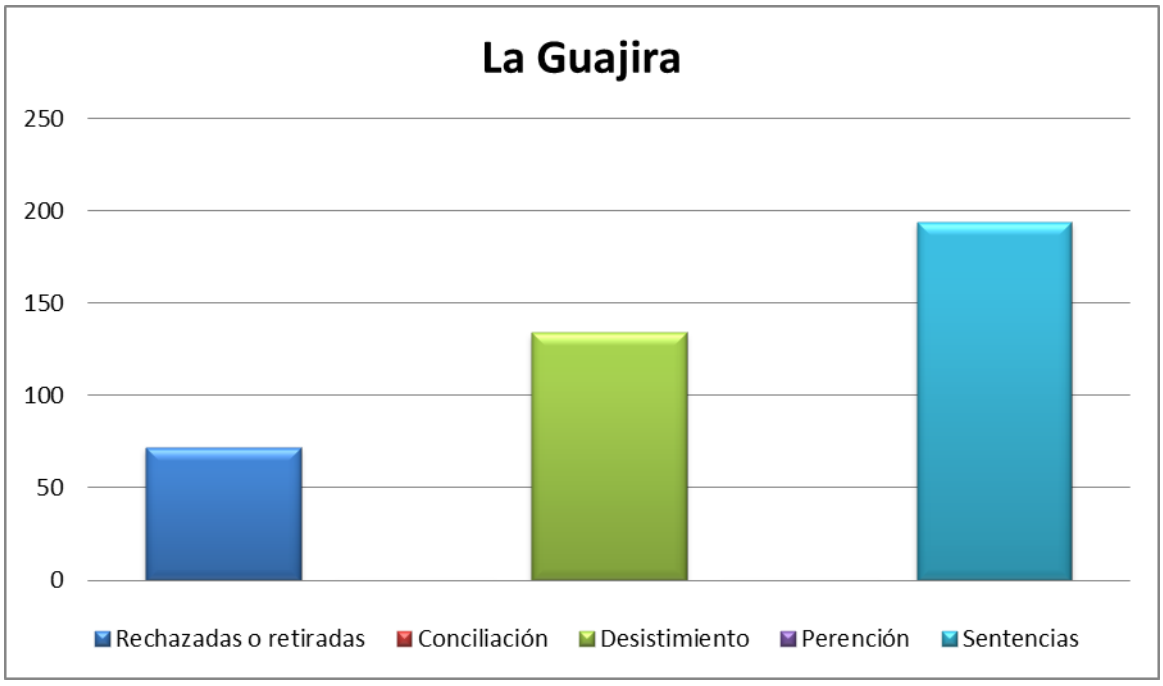

Gráfico 32 - (Elaboración propia)

En el caso de las perenciones Bolívar refleja un comportamiento atípico con 121 perenciones y 535 sentencias.

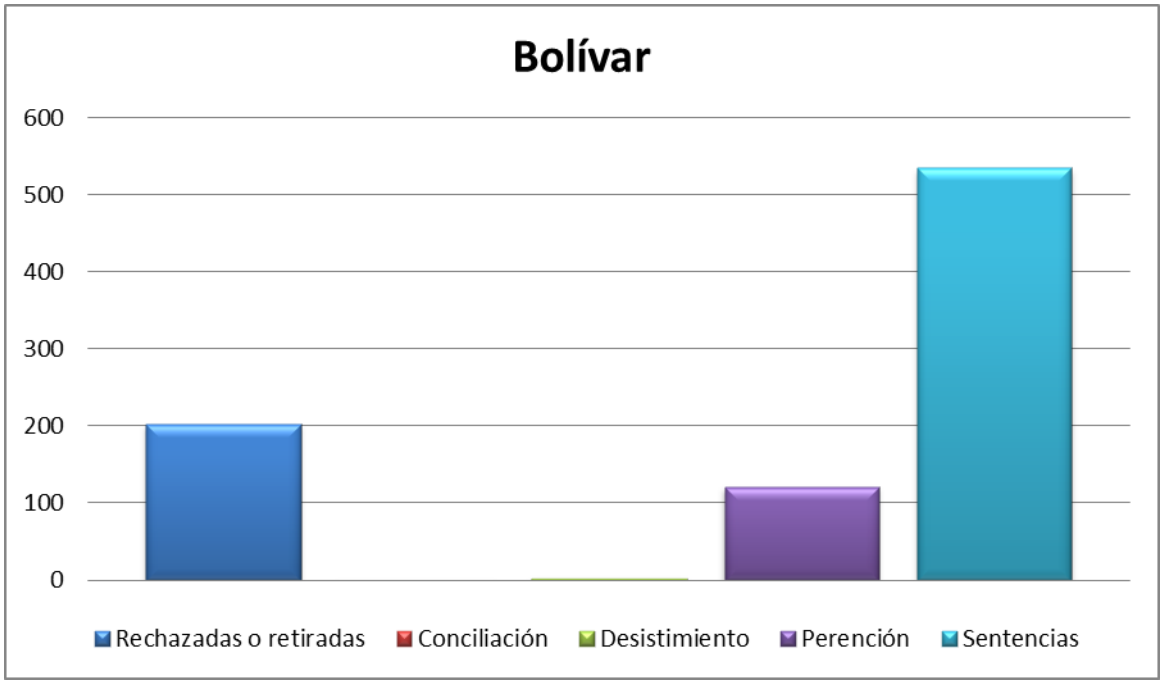

Gráfico 33 - (Elaboración propia)

Los anteriores datos deben provocar hondas reflexiones, no sólo en cuanto a la necesidad de corregir aquellas eventualidades que han ido desdibujando la audiencia de pacto, al punto de convertirla en un mero trámite que debe ser adelantado con el único fin de evitar una posible nulidad, sino también sobre los desconocimientos del precedente jurisprudencial, que sin lugar a equívocos afectan la seguridad jurídica que se ha buscado salvaguardar, por ejemplo, a través del fortalecimiento de mecanismos jurídicos como la revisión eventual. No obrar en consonancia, comporta un desgaste de la labor judicial y una afectación en los niveles de protección de los derechos que se deben amparar.

CONCLUSIONES

Al inicio del trabajo nos preguntamos si las modificaciones legales producidas en el periodo comprendido entre el segundo semestre de 2006 y el primer semestre de 2012, habían provocado una afectación en los estándares de protección de los derechos colectivos, para cuya evaluación tomamos como referentes la eliminación del incentivo, la audiencia de pacto de cumplimiento, las medidas cautelares y el mecanismo eventual de revisión.

Intentar dar una respuesta conjunta al cuestionamiento formulado, no se compadecería con lo reflejado en cada capítulo. En efecto, resulta innegable, y las cifras así lo demuestran, que con la expedición de la Ley 1425 de 2010 que entre otros aspectos eliminó el incentivo económico que hasta ese momento se reconocía a los actores populares vencedores en el proceso, provocó un evidente escenario de desprotección de los derechos colectivos, el descenso del ejercicio de la acción entre un 60 y 70 %, da cuenta de ello.

Similares conclusiones cabrían frente a la figura de la audiencia de pacto, esta vez, no por cuenta de modificaciones legales, sino por la concurrencia de varios factores, entre ellos (a nuestro criterio uno de los más fuertes), la forzosa aceptación por parte de la autoridad infractora, de la responsabilidad que le corresponde por la vulneración de los derechos colectivos. Una crítica formulada en ese sentido, en los primeros años de vigencia de esta disposición, contenida en el texto “Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil”, al que hicimos alusión en el capítulo correspondiente, contrastada con las informaciones estadísticas, revela que desde sus inicios la opción de finalizar el proceso por la adopción de una fórmula de pacto contó con una baja aceptación, tendencia consolidada prácticamente desde el cuarto año de vigencia (es decir, desde 2001), cuando se detecta una caída del 14% frente al 30% de los pactos logrados durante los años 1998 y 1999. De ahí en adelante el decrecimiento de los porcentajes no se detuvo, hasta alcanzar los

bajísimos porcentajes tal como lo reflejan los gráficos contenidos en .la parte final de este documento.

Pero este panorama desolador cambia cuando nos detenemos a examinar el mecanismo de revisión eventual, creado por la Ley 1285 de 2009, con el propósito de que el Consejo del Estado retomara el ejercicio pleno de su condición de corte de cierre. Igual ocurre, cuando encontramos un legislador preocupado por robustecer el régimen cautelar, en aras de garantizar la tutela judicial efectiva.

Pareciera entonces que paralelo al debilitamiento procesal generado indiscutiblemente por la supresión del incentivo y por el desgaste de la figura del pacto que finalmente nunca se consolidó como un verdadero mecanismo de terminación anticipada del proceso como lo pretendió ley, se da con la consagración del mecanismo de revisión eventual y del régimen cautelar de la Ley 1437 de 2011, un fortalecimiento de la acción.

Queda mucho por hacer, prácticamente nos encontramos en un momento de redefinición del mecanismo de protección de los derechos colectivos, es necesario aprender de las experiencias, adecuarnos a las nuevas realidades y sobre todo, no abandonar el norte trazado de tiempo atrás por quienes con su trabajo y dedicación lograron llevar a un primer plano el catálogo de los nuevos derechos, de nuestros derechos, de los derechos colectivos.

FUENTES UTILIZADAS

Bibliografía

ARBOLEDA PERDOMO Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. LEGIS. 336-358 (2011)

BEJARANO Ramiro, Medidas Cautelares en el Nuevo Código Contencioso, Ambito jurídico (2011)

CORREA HENAO Nestor Raúl. Derecho Procesal de la Acción Popular. 1ªedición. Pontificia Universidad Javeriana. Grupo Editorial Ibañez. (2009).

CORREA PALACIO Rut Stella**.** Medidas Cautelares ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Colombia**,** en Memorias Seminario Franco-Colombiano sobre la Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 145-156 (2008).

FAJARDO Mauricio. Medidas Cautelares, en Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 327-351 (2011).[136]

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo. La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso Administrativo Español. THOMSON CIVITAS. 2006.

[136] **FAJARDO** Mauricio. Medidas Cautelares, en Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 327-351 (2011).

GOMEZ ARANGUREN Gustavo Eduardo, El régimen de medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011, en Instituciones del Derecho Administrativo en el Nuevo Código, una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. 175-184, (2012)

GUAYACAN Juan Carlos. La selección de sentencias para la unificación de la jurisprudencia. Tres historias paralelas entre la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Revista de Derecho Privado No. 19, 2010, pp 57 a 79.

NARVAEZ MARTÍNEZ Mauricio**.** *El mecanismo de revisión eventual en acciones populares y de grupo de frente a los principios de igualdad y seguridad jurídica y confianza legítima*. Ponencia presentada en el seminario "Las acciones populares y de grupo, balance de los diez años de la ley 472 de 1998.

LONDOÑO TORO, Beatriz. *Eficacia de las Acciones Constitucionales en defensa de derechos colectivos*. Centro Editorial Rosarista. 2003**.**

LONDOÑO TORO Beatriz. Balance de la Universidad del Rosario Progresividad o regresividad en la protección de los derechos colectivos como derechos humanos?. Justiciabilidad de los derechos colectivos. Balance de la ley de acciones populares y de grupo (Ley 472 de 1998) en sus primeros 10 años 1998-2008. Editorial Universidad del Rosario 2009.

LONDOÑO TORO Beatriz & Torres Villarreal María Lucía. ¿Podrán las acciones populares colombianas sobrevivir a los recientes ataques legislativos y jurisprudenciales?. 124 Vniversitas. Pp 235-259. 2012.

LONDOÑO TORO Beatriz y otros. El pacto de cumplimiento y la garantía de protección de los derechos colectivos. Editorial Universidad del Rosario. 2006.

MONROY CELY Daniel& **PINZÓN CAMARGO** Mario. Análisis Económico de los derechos colectivos y su mecanismo de protección jurisdiccional en Colombia: El papel de los incentivos, la acción colectiva y la provisión de bienes públicos. Revista de Derecho y Economía No. 36, pp 11-58, 2012.

NARVAEZ MARTÍNEZ Mauricio**.** *El mecanismo de revisión eventual en acciones populares y de grupo de frente a los principios de igualdad y seguridad jurídica y confianza legítima*. Ponencia presentada en el seminario "Las acciones populares y de grupo, balance de los diez años de la ley 472 de 1998.

PATIÑO MEJÍA Publio Martin Andrés. ¿Los incentivos a las acciones populares en Colombia han desaparecido?. Jurid. Manizales, 8 (2), 58-72, julio-diciembre 2011.

RESTREPO MEDINA Manuel Alberto. La necesidad de ampliar la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo. Saberes. Volumen. 2005.

SANCHEZ LUQUE, Guillermo *"Hacia la 'federalización' en la jurisdicción administrativa"*, en Diario Portafolio, 1º de junio, 2006.

SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando. Acciones Populares y medidas cautelares en defensa de los derechos colectivos. Un paso en la consolidación del Estado Social de Derecho. Editorial Universidad Externado de Colombia (2010).

SARMIENTO PALACIO Germán. *Las acciones populares en el Derecho privado Colombiano*. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. 2006.

TAMAYO JARAMILLO Javier, Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil, 1ª edición, Editorial Diké, 147-150 (2001).

UPRYMNI YEPES RODRIGO. Las acciones populares ¿impopulares en el gobierno?. http://www.semana.com/opinion/articulo/las-acciones-populares-impopulares-gobierno/80727-3

UPRYMNI RODRIGO- GUARNIZO DIANA ¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad' Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana. http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=derechos_sociales&publicacion=180

JURISPRUDENCIA

Acuerdo 58 de 1999, modificado por el Acuerdo 55 de 2003 expedidos por la Sala Plena del Consejo de Estado.

Ley 270 de 1996. Publicada en el Diario Oficial Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo de 1996.

Ley 472 de 1998. Publicada en el Diario Oficial No. 43.357, de 6 de agosto de 1998.

Ley 1285 de 2009. Publicada en el Diario Oficial No. 47.240 de 22 de enero de 2009.

Ley 1425 de 29 de diciembre de 2010. Publicada en el Diario Oficial N. 49937 de 29 de diciembre de 2010.

Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012

Anexo de jurisprudencia

Anales del Consejo de Estado. Tomo 64. pag. 217

C-215 de 1999

C- 459 de 2004

C-622 de 2007

C- 639 de 2011

Consejo de Estado. Auto de 25 de mayo de 2006. Expediente 2005-1483. M.P. Camilo Arciniegas.

Consejo de Estado. Sentencia 183 de 3 de julio de 2007. Expediente 2002-183. M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado. Sección Primera. Auto de 24 de enero de 2008. Expediente 2005-106.

Consejo de Estado, Auto de 14 de julio de 2009, Expediente No. (AG) 20001233100020070024401, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. M.P. Alfonso Vargas Rincón. Auto de julio 12 de 2010. Expediente 2007-241.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Cuarta. M.P. William Giraldo.

Consejo de Estado. Auto de 6 de julio de 2010. Expediente 2006-0002. M.P. Martha Briceño de Valencia.

Consejo de Estado. Sala Plena. Auto de 17 de febrero de 2010. Expediente 2007- 325.

Consejo de Estado. Sala Plena. M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Auto de 6 de julio de 2010. Expediente 2007-286.

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Susana Buitrago Valencia. Expediente 2009-0030

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. M.P. Maria Claudia Rojas Lasso. Auto de 11 de noviembre de 2010, Expediente 2008-188.