

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DEL VALLE DEL CAUCA**Auto Interlocutorio**

PROCESO: 76-001-33-33-016-2015-00309-01
ACCIONANTE: NÉSTOR HERRERA VALENCIA
ACCIONADO: METROCALI S.A y OTROS.
ACCION: POPULAR

Magistrado Ponente: JHON ERICK CHAVES BRAVO

Santiago de Cali (V.), catorce (14) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Corresponde a la Sala pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por el actor popular, en contra del Auto Interlocutorio No. 076 del 09 de febrero de 2016, mediante el cual el Juzgado Dieciséis Administrativo Oral del Circuito de Cali (V.) repuso el auto admisorio de la demanda y en su lugar declaró la nulidad de lo actuado y rechazó la acción popular por agotamiento de la jurisdicción.

ANTECEDENTES

El señor Néstor Herrera Valencia actuando en nombre propio, instauró Acción Popular en contra del Metrocali S.A y otros el día 16 de septiembre de 2015, correspondiéndole su respectivo conocimiento al Juzgado Dieciséis Administrativo Oral del Circuito de Cali (V.) según Acta Individual de Reparto obrante a f. 223 del C. Ppal. No. 1, bajo radicación 76001-3333-016-2015-309-00.

Posteriormente, mediante Auto No. 749 del 17 de septiembre de 2015 (f. 224 del C. Ppal No. 1.), la *a quo* inadmitió la presente acción, bajo el argumento de que las acciones populares no pueden pretender la nulidad de actos contractuales, por lo cual debía adecuarse el medio de control o modificarse las pretensiones d tal forma que sean compatibles con la acción popular.

Dentro del término de subsanación, el actor popular optó por adecuar las pretensiones de la demanda, para lo cual se abstuvo de solicitar la nulidad de actos contractuales, y en razón a ello la Juez de instancia procedió a admitir la demanda mediante Auto Interlocutorio No. 807 del 30 de septiembre de 2015 visible a fls. 227 a 229 del C. Ppal., providencia en la cual vinculó como accionadas a las

sociedades comerciales Git Masivo S.A. y Blanco y Negro Masivo S.A., a quienes notificó mediante oficios del 06 de noviembre de 2015 visibles a fls. 235 y 236 del C. Ppal. No. 1.

Inconforme con la providencia admisorio de la acción popular, mediante escrito del 09 de noviembre de 2015 obrante a fls. 238 a 245 del C. Ppal., el apoderado de Blanco y Negro Masivo S.A. presentó recurso de reposición contra dicha decisión, argumentando para ello que existe un (01) proceso similar, con lo cual se configura el fenómeno del agotamiento de la jurisdicción.

Conforme a lo anterior, el apoderado recurrente señaló que el proceso similar se identifica con Radicación No. 76001-33-33-012-**2015-00138**-00, acción popular interpuesta por el señor Néstor Herrera Valencia en contra de Metrocali S.A., y como vinculados a Git Maviso S.A. y Blanco y Negro Masivo S.A., tramitado ante el Juzgado Doce Administrativo de Cali, proceso que contaba con Auto admisorio de la demanda, adicionalmente también puso en conocimiento otra acción popular interpuesta por el señor Diego Rojas Girón dentro del proceso con Radicación No. 76-001-33-33-0109-**2013-00158**-00, la cual tuvo Sentencia de primera instancia por parte del Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Cali (V.), y hasta el momento de presentación de la reposición se encontraba surtiendo apelación en el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y el presente proceso de acción popular con radicación 76001-3333-016-**2015-00309** de Néstor Herrera Valencia contra Metrocali S.A y otros tramitado ante el Juzgado Dieciséis Administrativo Oral de Cali.

Habiéndose corrido traslado del recurso de reposición, el Juzgado Dieciséis Administrativo Oral de Cali (V.) repuso el auto admisorio de la acción popular, para en su lugar declarar la nulidad de todo lo actuado y rechazar la demanda por agotamiento de la jurisdicción

LA PROVIDENCIA APELADA

El Juzgado Dieciséis Administrativo Oral del Circuito de Cali (V.), mediante Auto Interlocutorio No. 076 del 09 de febrero de 2016 (fls. 465 a 469 del C. Ppal. No. 2), decidió reponer para revocar el auto admisorio de la demanda, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir de dicho Auto y en su lugar rechazó la demanda por agotamiento de la jurisdicción.

Lo anterior tras considerar, que efectivamente obra en el expediente copia de los fallos de primera y segunda instancia dentro de la acción popular con Radicación No. 76-001-33-33-009-2013-00158-00 interpuesta por el señor Diego Rojas Girón, y adicionalmente se demostró la existencia de la acción popular con Radicación No. 76001-33-33-012-2015-00138-00 la cual fue admitida por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cali (V.) y en el cual ya se declaró el agotamiento de la jurisdicción, procesos que se identifican con las pretensiones de la presente acción popular.

Finalmente tramitándose el proceso de acción popular con radicación 76001-3333-016-2015-00309 de Néstor Herrera Valencia contra Metrocali S.A y otros tramitado ante el Juzgado Dieciséis Administrativo Oral de Cali.

Señaló adicionalmente, que si bien entre la presente acción y la acción popular con Radicación No. 2013-00138 que tiene fallos de primera y segunda instancia no hay identidad de la parte accionante, lo cierto es que ello no es óbice para declarar la configuración de la figura del agotamiento de la jurisdicción, puesto que en uno y otro proceso sí se identifican las pretensiones como también de las entidades que conforman el extremo pasivo de la acción.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la referida providencia, el señor Néstor Herrera Valencia en su condición de actor popular, interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria del Auto Interlocutorio No. 076 del 09 de febrero de 2016, para que en su lugar se continúe normalmente con el trámite del proceso, y como sustento de ello adujo que la Ley 472 de 1998, como norma especial que regula el procedimiento de las acciones populares, no consagra causales de rechazo diferentes al incumplimiento de lo ordenado en el Auto Inadmisorio., aspecto por el cual no era dable rechazar la demanda *in limine* por razonamientos diferentes.

De igual forma indicó el recurrente, que no es cierto que la protección de derechos y pretensiones del proceso, versen sobre el mismo asunto que fue conocido por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Cali (V.) con radicación No. "2003-00158", como tampoco existe identidad de los derechos colectivos a proteger.

Otro de los argumentos presentados en el recurso de apelación, consiste en que en una de las acciones populares que sirvieron de sustento para rechazar la demanda, se determinó que no existían las pruebas de la vulneración del derecho a la moralidad administrativa, sin embargo, a la luz del principio a la seguridad jurídica se pregunta el recurrente, qué pasa con la actual acción popular que sí cuenta con los soportes jurídicos probatorios?

Finalmente el recurrente citó la Sentencia T-443 de 2013 con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual se manifestó que el Juez puede conminar, exhortar, recomendar o prevenir, a fin de evitar una eventual o poner fin a una afectación actual de los derechos colectivos que se pretenden proteger, sin que tal decisión constituya un capricho del Juez Constitucional.

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico a Resolver

Se requiere determinar por la Sala en primer lugar, si resulta procedente el recurso de apelación para controvertir el auto que rechaza la demanda en las acciones populares.

De ser afirmativo el anterior planteamiento, la sala analizará si en el presente proceso era dable rechazar la demanda bajo el argumento de haber operado el fenómeno del agotamiento de la jurisdicción.

1.- Procedencia del recurso de apelación contra el auto que rechaza la demanda al interior de una acción popular.

Al respecto, el artículo 37 de la Ley 472 de 1998 *"por medio de la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones"*, establece lo siguiente:

"Artículo 37º.- 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 (20) días siguientes contados a partir de la radicación del expediente en la Secretaría del Tribunal competente."

De igual forma, el artículo 36 *ejusdem*, prevé que contra las demás decisiones diferentes a la Sentencia, sólo procede el recurso de reposición, veamos:

"ARTICULO 36. RECURSO DE REPOSICIÓN. Contra los autos dictados durante el trámite de la Acción Popular procede el recurso de reposición, el cual será interpuesto en los términos del Código de Procedimiento Civil."

De conformidad con las citadas disposiciones de carácter procedimental, el Tribunal venía rechazando por improcedente las apelaciones de los Autos proferidos al interior de las acciones populares, sin embargo, el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento reiteró que el Auto que rechaza la demanda en acciones populares sí es pasible del recurso de alzada, veamos:

"En primer lugar conviene determinar la procedencia del recurso de apelación contra los autos que rechazan la demanda dentro de las acciones populares, puesto que la Ley 472 de 1998, en principio, previó dicho medio de impugnación contra las siguientes providencias: a) el auto que decreta medidas previas y b) la sentencia... esta Corporación,

en su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ha considerado: ...al no existir regulación expresa en la Ley 472 de 1998 frente al auto de rechazo de la demanda, pues sólo regula los recursos respecto de los autos dictados dentro del proceso, se debe aplicar el C.C.A., por remisión expresa del artículo 44 de la ley en comento toda vez que no se opone a la naturaleza y finalidad de tales acciones. Entonces en las acciones populares el auto de rechazo de la demanda será recurrible en apelación por dos situaciones jurídicas: la primera concerniente a que la ley determinó que los procesos promovidos en ejercicio de las acciones populares tienen dos grados de decisión y la segunda situación, referente a que el C.C.A prevé que el auto de rechazo de la demanda en asunto de dos instancias es apelable.”¹

Por lo anterior, siguiendo el pronunciamiento del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, esta Sala entenderá que el Auto que rechaza la acción popular si es pasible de apelación, y en razón de ello entrará a analizar el fondo del asunto.

2. El fenómeno del agotamiento de la jurisdicción.

A efecto de resolver de forma adecuada el presente asunto, la Sala trae a colación el criterio de unificación manifestado por el Consejo de Estado en cuanto a la figura del agotamiento de la jurisdicción:

“La figura es de creación jurisprudencial por el Consejo de Estado. Se remonta al auto del 18 de octubre de 1986 en el cual la Sección Quinta luego de negar la acumulación de dos procesos electorales por tener la misma causa petendi e idénticas peticiones, expresó que cuando los particulares acuden al juez para que haga operar el servicio de justicia a un caso concreto, con la puesta en marcha del respectivo proceso que se promueva se agota la jurisdicción frente a dicho asunto o controversia. Para estos efectos la jurisdicción es entendida como la activación del aparato de justicia. Significa que llevarle de nuevo el mismo reclamo de protección de iguales derechos, en el caso de la nulidad electoral, derechos a la preservación de la legalidad en abstracto, afectados por causa idéntica, no es un racional ejercicio del derecho de acción. Que en tal caso el proceso que se inicie con posterioridad a otro que ya se encuentra en curso y que se instauró por los mismos hechos y derechos está viciado de nulidad "por agotamiento de jurisdicción". Que a tal conclusión se arriba porque si el proceso es nulo cuando corresponde a distinta jurisdicción, también lo es cuando la jurisdicción se ha consumado por haberse aceptado dar trámite a la demanda y estar ya en trámite otro proceso sobre la misma materia.

¹Auto del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “A”, C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá, febrero 12 de 2014. Radicación: 20001-23-33-000-2013-00221-01(Ap).

La Sala comienza el análisis partiendo de la preceptiva que establece el artículo 5° de la Ley 472 de 1998 acorde con el cual las acciones populares se tramitarán atendiendo a los principios de economía, celeridad y eficacia.

Precisamente la razón esencial de negar la acumulación de una nueva demanda cuando se trate del mismo reclamo de protección fundado en igual situación fáctica a la que inspiró la instauración de un proceso que ya está en curso, descansa en los parámetros de celeridad, eficacia y de economía procesal, en tanto propende por racionalizar la justicia en demandas de acción popular que se refieran a los mismos hechos, objeto y causa, dirigidas contra igual demandado.

Con la primera persona que ejerce el derecho de acción en calidad de miembro de la comunidad, no para propender por derechos subjetivos sino de los que incumben a todos los habitantes, iniciado el trámite de este proceso a partir de la admisión de la demanda, se garantiza el acceso a la justicia, a través del control judicial que se impartirá a la actividad o a la omisión de la autoridad pública y/o del particular, respecto de la protección de los derechos colectivos que se consideran amenazados o vulnerados por los mismos hechos y respecto de los mismos demandados.

El actor popular que demanda lo que otra persona ya trajo a la justicia, es decir "que repite" lo ya "denunciado", bien puede constituirse en coadyuvante de ese primer proceso en trámite. Porque carece de sentido lógico y no consulta la racionalización de recursos integralmente considerados que implica la tramitación de un proceso, ni consulta el principio de eficacia que también rige la función judicial, el que paralela y simultáneamente se adelanta hasta cierta etapa un nuevo proceso, otro proceso, siendo que deriva de una demanda popular que se funda en los mismos hechos, contra el mismo demandado y que aspira a amparar iguales derechos de naturaleza colectiva, y que si el primero va más avanzado, deba esperar a que los demás se hallen en la misma etapa para poderlos acumular al inicial.

Como se sabe, en estas acciones cualquier persona en defensa del derecho "difuso", denominado así por la doctrina por ser el que no se radica en específico en nadie, sino que pertenece a todos, está habilitado para promover esta acción que, por tanto, no tiene exigencia de legitimación en la causa por activa, más que el ser persona. Esta acción o mecanismo judicial de protección de derechos colectivos, se insiste, no opera por la amenaza o la lesión de un derecho subjetivo.

El proceso de acción popular no consiste en estricto sentido en una controversia con presencia de "partes" opuestas entre sí y donde exista "litis". Es más un reclamo de protección para la garantía de derechos colectivos cuya existencia no es materia de debate, lo que discute el actor popular es que dichos derechos están siendo amenazados o vulnerados por la accionada.

*De esta manera, **la Sala Plena del Consejo de Estado unifica su postura sobre la materia**, en el sentido de determinar que, con apoyo en los principios de economía, de celeridad y de eficacia que rigen la función judicial, y que por expresa disposición del artículo 5° de la Ley 472 de 1998 deben orientar el trámite de las acciones populares, **cuando se esté ante demandas de acción popular en las cuales se persiga igual causa petendi, basada en los mismos hechos, y contra igual demandado, lo que procede es dar aplicación a la figura del agotamiento de jurisdicción.***

(...)

*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.*"²
(Negrillas y subrayado del Consejo de Estado.)

Con fundamento en la transliterada providencia de unificación del Consejo de Estado, el agotamiento de la jurisdicción **cuando se tramitan demandas simultaneas**, se configura cuando se presentan acciones populares, basadas en los mismos hechos, pretensiones y con identidad de parte demandada, de tal forma que hay lugar al rechazo de la demanda en aplicación de los principios de celeridad, eficacia y economía procesal, cuyo efecto es que el nuevo demandante actúe más bien como coadyuvante de la primera acción popular, en virtud de la postulación de la actuación a nombre de la comunidad que defiende un derecho colectivo y no como parte autónoma e independiente, dada la imposibilidad de acumular los procesos.

Según este pronunciamiento debe distinguirse del fenómeno de cosa juzgada, veamos:

3. El fenómeno de la cosa juzgada en contraste con el agotamiento de la jurisdicción.

² Auto del Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Dra. Susana Buitrago Valencia. Bogotá, 11 de septiembre de 2012. Radicación: 41001-33-31-004-2009-00030-01(AP)REV.

Adicionalmente, debe mencionarse que el Consejo de Estado en la misma providencia de unificación, señaló las diferencias entre el rechazo de la demanda por agotamiento de la jurisdicción y la cosa juzgada, que por su pertinencia en el análisis del fondo del presente asunto, se transcribe a continuación:

“Ahora bien, a propósito del estudio y unificación sobre los alcances de la aplicación de esta figura en el proceso de acción popular, la Sala considera oportuno y necesario que el pronunciamiento se extienda a considerar también el tratamiento que en estos mismos juicios debe otorgarse al fenómeno de la cosa juzgada, en el sentido de definir si también el agotamiento de jurisdicción opera por esta situación.

Respecto de la cosa juzgada alegada por el demandado a título de excepción en la contestación de la demanda o hallada de oficio por el juez, la Sección Primera ha señalado que es medio exceptivo de carácter "mixto", pues pese a tener una naturaleza perentoria, recibe tratamiento procesal de excepción de mérito. Por su parte, la Sección Tercera es del criterio que en el trámite de la acción popular no cabe, en estricto sentido, planteamiento de excepciones previas o mixtas, pues estima que siempre deben ser decididas en la sentencia, lo cual finalmente las convierte en perentorias, en el sentido de que constituyen impeditivos para la prosperidad de la pretensión o para su formulación.

*Entonces, ambas Secciones coinciden en que **la cosa juzgada que se plantee como excepción en las acciones populares, se resuelve en la sentencia, y que también es así, cuando el juez, de oficio, la encuentra probada.** Así mismo estas dos Secciones están de acuerdo en que los efectos de la cosa juzgada dependen de lo que se haya resuelto en la sentencia anterior que cobró ejecutoria. Si fue estimatoria de las pretensiones de una acción popular, hace tránsito a cosa juzgada erga omnes. Pero si fue denegatoria, sólo hará tránsito a cosa juzgada relativa, esto es, únicamente respecto de los hechos que dieron lugar a su instauración. **Por último, cuando el fallo ejecutoriado negó las pretensiones de la demanda por falta de pruebas, esa sentencia nunca hace tránsito a cosa juzgada.***

De esta manera, y como ya atrás se advirtió que las dos Secciones del Consejo de Estado que venían conociendo de la segunda instancia de las acciones populares no consideraban la posibilidad de decretar el agotamiento de jurisdicción ante la existencia de cosa juzgada en ninguno de los eventos antes descritos, pues han estimado que se trata de una excepción que se define en la sentencia; pero conociendo esta Sala Plena que pese a ser ello así, algunos Tribunales Administrativos sí han aplicado esta figura ante la

ocurrencia de algunas de las modalidades de cosa juzgada, se impone que la Sala en esta oportunidad también unifique tesis sobre la viabilidad del rechazo de la demanda de acción popular cuando exista cosa juzgada con efectos absolutos y generales (erga omnes), proveniente de sentencia estimatoria, o cuando se esté en presencia de cosa juzgada relativa, porque, aunque siendo la sentencia anterior debidamente ejecutoriada denegatoria de las pretensiones de la demanda, de nuevo se instaure otra por los mismos hechos, para la protección de iguales derechos colectivos, con fundamento en las mismas pruebas, y contra el mismo accionado o accionados.

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.**” (Negrillas y subrayado del Tribunal.)

En un primer término, colige la Sala que la diferencia esencial entre el rechazo de la demanda con fundamento en los fenómenos del agotamiento de la jurisdicción y la cosa juzgada, radica en que para el primer caso (i) deben existir dos (02) procesos simultáneos, es decir, que ambos se encuentren en curso, caso en el cual procede dicha decisión, pero para el rechazo de la demanda por agotamiento de la jurisdicción por la ocurrencia (ii) de la cosa juzgada, debe existir un proceso en curso y otro con sentencia ejecutoriada que haya hecho tránsito a dicha figura procesal.

Sin embargo, para abordar el segundo caso se debe analizar un ingrediente adicional (iii) los efectos de la Sentencia del proceso concluido, toda vez que el Consejo de Estado diferencia los mismos en los siguientes tres (03) tipos de Sentencias:

- ✓ Cuando la Sentencia es estimatoria de las pretensiones, produce efectos de cosa juzgada absoluta, es decir, con efectos *erga omnes*.
- ✓ Cuando la Sentencia es desestimatoria de las pretensiones, produce efectos de cosa juzgada relativa, y por lo cual el fenómeno de la cosa juzgada sólo puede predicarse respecto de un nuevo

proceso con idénticos hechos, para la protección de iguales derechos colectivos, con fundamento en las mismas pruebas, y contra el mismo accionado o accionados.

✓ Cuando la Sentencia es desestimatoria de las pretensiones por falta de pruebas, nunca hace tránsito a cosa juzgada.

Así las cosas, para el caso que interesa al Tribunal según el Consejo de Estado es posible la aplicación del fenómeno del agotamiento de la jurisdicción, por el tránsito de una sentencia a cosa juzgada cuando la misma es desestimatoria, siempre y cuando las pretensiones no lo hayan sido por falta de pruebas, es decir ni siquiera haya producido efectos de cosa juzgada relativa, concluyéndose que si la Sentencia de uno de los procesos desestimó las pretensiones de la demanda por falta de pruebas, no podrá aplicarse la figura del agotamiento de la jurisdicción, comoquiera que dicho fallo no hace tránsito a cosa juzgada. Estos aspectos, aunque sutiles son importantes diferenciar y precisar a efecto de resolver de forma adecuada el caso.

De acuerdo al análisis en precedencia, procede la Sala a verificar si se produjo en el presente caso y dentro del proceso 2015-309 agotamiento de la jurisdicción, por tránsito a cosa juzgada en la sentencia desestimatoria emitida por el Juez Noveno Administrativo Oral de Cali y confirmada por el Tribunal Administrativos del Valle del Cauca, dentro de la acción popular radicada bajo el número 2013-158.

4. El caso concreto.

Bajo este orden de ideas, el análisis del Tribunal orbita sobre la ocurrencia del agotamiento de la jurisdicción por la existencia de los procesos de acción popular con Radicación No. 76-001-33-33-009-2013-00158-00 en donde fungía como demandante el señor Diego Rojas Girón contra Metrocali SA y otros, tramitado en el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Cali (segunda instancia ante este Tribunal) y el proceso de acción popular con radicación 76001-3333-016-2015-00309 de Néstor Herrera Valencia contra Metrocali S.A y otros tramitado ante el Juzgado Dieciséis Administrativo Oral de Cali respectivamente, ya que se trata de un proceso en curso y otro con sentencia ejecutoriada, veamos:

Conforme a lo señalado en precedencia, la argumentación debe orientarse a precisar el alcance de la Sentencia del 30 de noviembre de 2015, proferida por esta Corporación al interior de la acción popular con Radicación No. 76-001-33-33-009-2013-00158, y si la misma hizo tránsito a cosa juzgada y de que naturaleza.

Revisada la sentencia emitida por el Juzgado Noveno Administrativo de Cali y confirmada por este Tribunal obrante a folios 428 a 461 del cuaderno 2 se aprecia que como *ratio decidendi* el Tribunal arribó al siguiente argumento:

"TESIS DE LA SALA

*Esta Sala confirmará la decisión del A-quo, pues al revisar el material probatorio y la normatividad aplicable al caso, **se tiene que no se probó la vulneración al derecho colectivo** de la moralidad administrativa y libre competencia económica. Por otra parte, del acervo probatorio se observa que el actor popular cuestiona por este medio el proceso de formación de los contratos.*

(...)

*En virtud de lo anterior, encuentra la Sala que **al no haberse acreditado vulneración alguna del derecho o interés** colectivo a la moralidad administrativa y libre competencia por parte de METROCALI S.A., en las actuaciones desplegadas para la quinta concesión para la prestación del servicios público de transporte masivo de pasajeros del sistema MIO en Santiago de Cali, no queda otra actuación que confirmar la decisión adoptada por el A quo pero por las razones expuestas en esta providencia." (Negrillas fuera de la cita.)*

Nótese como entonces, al momento de proferirse el fallo de segunda instancia en la acción popular con Radicación No. 76-001-33-33-009-2013-00158, tramitada en primera instancia ante el juzgado Noveno Administrativo Oral de Cali, este Tribunal tuvo como razón fundamental la falta de acreditación de la vulneración del derecho, dicho en otras palabras, se desestimaron las pretensiones de la acción popular por falta de pruebas.

Siendo ello así, con fundamento en el auto de unificación, no hay lugar a aplicar la figura del agotamiento de la jurisdicción, pues como se ha constatado, el primer proceso 2013-00158, al momento de rechazarse la demanda en el segundo proceso 2015-00309 ya ostentaba fallo ejecutoriado y como lo refirió claramente el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, cuando la desestimación de las pretensiones del proceso anterior se suscita por falta de pruebas, la Sentencia nunca hace tránsito a cosa juzgada, por ende, a diferencia de lo que piensa la A quo, no pudo ocurrir el agotamiento de la jurisdicción, aspecto que olvidó analizar la a quo al momento de proferir el Auto de rechazo de la demanda que hoy se analiza, esto es la naturaleza del fallo ejecutoriado.

En virtud de lo analizado, y sin lugar a seguir profundizando en el tema, desde este momento se advierte que será revocado el Auto apelado, para que en su lugar el Juzgado Dieciséis Administrativo Oral de Cali (V.) prosiga con el trámite correspondiente de la presente acción popular 2015-00309, en el estado en que se encontraba.

En consecuencia, el tribunal Administrativo del Valle del Cauca en Sala de Decisión,

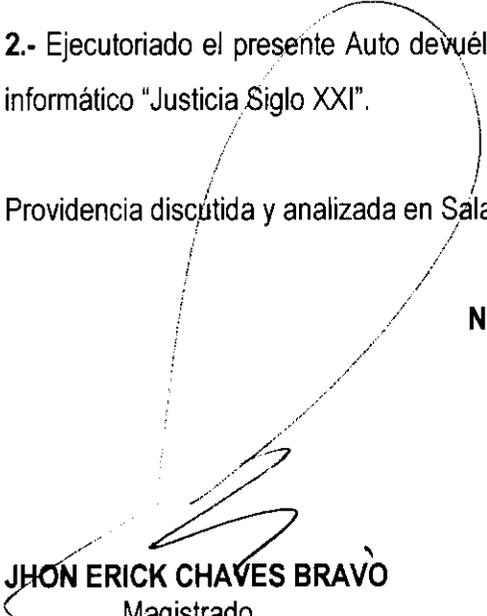
RESUELVE

1.- Revocar el Auto Interlocutorio No. 076 proferido por el Juzgado Dieciséis Administrativo Oral del Circuito de Cali (V.) el 09 de febrero de 2016, por medio del cual se reponía el Auto Admisorio de la Demanda, se declaraba la nulidad todo lo actuado y en su lugar se rechazaba la acción popular presentada por el señor Néstor Herrera Valencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar el referido Juzgado deberá continuar con el trámite procesal correspondiente en el estado en que se encontraba.

2.- Ejecutoriado el presente Auto devuélvase al Juzgado de origen, previas anotaciones en el sistema informático "Justicia Siglo XXI".

Providencia discutida y analizada en Sala de Decisión, según consta en Acta de la fecha.

Notifíquese y Cúmplase



JHON ERICK CHAVES BRAVO
Magistrado

(En ausencia legal)
FERNANDO AUGUSTO GARCÍA MUÑOZ
Magistrado



FERNANDO GUZMÁN GARCÍA
Magistrado