



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

ACLARACIÓN DE VOTO

RADICACION: 50 001 23 33 000 2021 00181 00
M. DE CONTROL: ACCIÓN POPULAR¹
DEMANDANTE: ÁLVARO RICARDO BERMÚDEZ PICÓN
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS
PROVIDENCIA: APROBADA EN SALA DEL 10 DE JUNIO DE 2021
M. PONENTE: DRA. NELCY VARGAS TOVAR

Con el debido respeto, aunque estuve de acuerdo con la decisión de rechazar la demanda por ausencia del requisito de procedibilidad, luego de analizar que no se reunían los requisitos necesarios para exonerar el presente caso de la reclamación previa ante las accionadas, debo aclarar mi voto en el sentido de indicar que a juicio de la suscrita la determinación de la excepción cuya aplicación pidió el demandante no abarca hasta la valoración de la prueba para concluir que nos encontramos frente a un perjuicio irremediable, pues esta valoración es propia de la etapa en la cual se decide sobre la medida cautelar de urgencia.

Aclaración que debo hacer en la medida que la providencia en este caso se soporta en pronunciamientos del Consejo de Estado que imponen la tesis según la cual para determinar si el caso debe exonerarse del requisito de procedibilidad deben ser aportadas pruebas sobre la existencia del perjuicio irremediable y deben ser valoradas por el juez.

Para tal efecto, me remito íntegramente al desarrollo de la tesis que hoy reitero, y que fue expuesta en el marco de una providencia de segunda instancia, en la que se resolvió el recurso de apelación presentado por la parte actora contra el auto que rechazó la demanda de Acción Popular por no haberse subsanado el requisito de procedibilidad consistente en reclamar previamente de la accionada la protección de los derechos colectivos que se reclaman en la demanda². Allí se discurió en esencia así:

V. Análisis jurídico del caso concreto:

En primer lugar, para la sala resulta importante señalar que con la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se incorporó un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción popular, previsto en el inciso tercero del artículo 144 de ese estatuto, que reza de la siguiente manera:

"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 exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda."
(Negrilla y subrayado intencional).

¹ No obstante que el artículo 144 del CPACA refiere a la "Protección de los derechos e intereses colectivos" como medio de control, a juicio de este despacho también puede continuarse denominándose Acción Popular, toda vez que tal denominación deviene de una norma superior como lo es el artículo 88 de la Constitución Política que hace referencia a "las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos".

² Auto del 7 de mayo de 2019. Rad. 50001333300220190008301. Acción popular. Actor: David Felipe Mora Narváez. Demandado: Municipio de Villavicencio

Tal exigencia, fue denominada como un requisito de procedibilidad de la acción, conforme se desprende del numeral 4 del artículo 161 ibídem, el cual dice así:

"ARTÍCULO 161. REQUISITOS PREVIOS PARA DEMANDAR. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

(...)

4. Cuando se pretenda la protección de derechos e intereses colectivos se deberá efectuar la reclamación prevista en el artículo 144 de este Código."

Entonces, se tiene que el actor popular está en el deber de dar estricto cumplimiento al agotamiento del requisito de procedibilidad señalado en precedencia, el cual consiste en la solicitud dirigida a la autoridad administrativa o particular en ejercicio de funciones administrativas para que adopte las medidas necesarias para proteger el derecho o interés colectivo amenazado o violado, que pretende salvaguardar con la acción que promueve, so pena de resultar improcedente el ejercicio de ese mecanismo de protección constitucional.

Ahora bien, tal requisito reviste de relevancia ya que el legislador lo previó con una finalidad específica, consistente en que previo a acudir al aparato jurisdiccional, el administrado debe poner en conocimiento de la Administración, como primer escenario, la solicitud de protección del derecho colectivo presuntamente violado, para que sea aquella, la que de ser posible, adelante las acciones pertinentes que permitan el cese inmediato de la vulneración del derecho o interés invocado; y así, se acuda únicamente al juez constitucional, cuando se vislumbre que la autoridad administrativa no conteste o se niegue a ello¹³.

Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado que:

"Aunque la ley no exige ninguna formalidad de la reclamación, conforme al citado artículo 144 de la Ley 1437 de 2011: (i) debe estar dirigida a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas cuya acción u omisión se considera la causa de la afectación del derecho o interés colectivo amenazado o violado, (ii) debe exponer las circunstancias de hecho que se considera son la causa de la vulneración, (iii) debe contener la petición sobre la adopción de las medidas necesarias de protección y (iv) debe ser formulada con anterioridad a la presentación de la demanda"¹⁴.

De tal manera que se comparte el argumento expuesto por el *a quo* en su auto impugnado, contrario a lo afirmado en el concepto del Ministerio Público presentado en esta alzada, en cuanto a que el requisito de procedibilidad previsto para las acciones populares en el nuevo Código, debe cumplirse con anterioridad a la presentación de la demanda, y no en el tiempo otorgado para subsanar los defectos formales de la misma.

En el presente asunto, la demanda se inadmitió el 5 de marzo de 2019¹⁵ para que se acreditara el cumplimiento del requerimiento previo a los accionados. Luego de resolverse el recurso de reposición interpuesto por la parte actora contra tal exigencia, aquella aportó en escrito de subsanación copia de memorial remitido a la Alcaldía de Villavicencio con recibido del 8 de marzo de 2019¹⁶, y petición hecha ante el Concejo Municipal de Villavicencio con fecha del 12 de marzo de 2013¹⁷, es decir, elevadas con posterioridad a la interposición de la acción, y adicionalmente para la fecha en que se valoró la subsanación, no había transcurrido el término de 15 días que la ley otorga a la autoridad requerida para que se pronuncie, por manera que mal podía haberse tenido por cumplido el requisito de procedibilidad.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto del 5 de septiembre de 2013, Radicación No. 25000-23-41-000-2013-00358-01 (AP), Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 9 de julio de 2018. C.P. GULLERMO SÁNCHEZ LUQUE. Rad. 88001-23-33-000-2016-00062-02. Actor: Víctor Hugo Rodríguez Carvajal y otros. Demandado: Nación – Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y otros.

¹⁵ Fol. 64 Ib.

¹⁶ Fols. 77-79

¹⁷ Fols. 80-83

No obstante, si bien las peticiones se presentaron con posterioridad a la inadmisión de la presente acción, y por ende el requisito de procedibilidad no se cumplió, lo cierto es que el actor popular también aduce una situación de peligro inminente el cual de ocurrir puede causar a futuro un perjuicio irremediable frente a los derechos e intereses colectivos invocados, por lo que no se puede olvidar que tal situación fue prevista como excepción por el legislador, en la parte final del inciso tercero del artículo 144 del CPACA¹⁸, y en virtud de ella no debe exigirse la presentación de petición ante las autoridades administrativas que amenazan o vulneran los derechos e intereses colectivos cuya protección se busca.

Así las cosas, este aspecto constituye el punto central de discusión, susceptible de definirse en la segunda instancia como consecuencia del rechazo de la demanda, como ocurrió en este caso, esto es, si se configura o no la excepción al requisito de procedibilidad, para lo cual debe la sala precisar que sobre el alcance de la existencia del inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, el Consejo de Estado¹⁹ tiene una línea uniforme basada en los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el perjuicio irremediable regulado para las acciones tutela.

Así se ha acogido para las acciones populares, la jurisprudencia constitucional en el tema:

"La Corte Constitucional ha precisado de manera reiterada el alcance del concepto de perjuicio irremediable, el cual fue definido, entre otras, en la Sentencia T-293 de 2011, de la siguiente manera:

Ahora bien, con relación a la configuración de un perjuicio irremediable, esta Corte **ha entendido por tal, aquel que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización, porque no se puede remediar ni ser recuperado en su integridad.** Así mismo, se ha dicho en variada jurisprudencia, que para poder determinar si existe o no un perjuicio irremediable en un caso concreto, se deben tener en cuenta ciertos elementos, como son:

A). El perjuicio ha de ser **inminente**: que amenaza o está por suceder prontamente, esto es, tiende a un resultado cierto derivado de una causa que está produciendo la inminencia; B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser **urgentes**, es decir, se debe precisar una medida o remedio de forma rápida que evite la configuración de la lesión; C) se requiere que éste sea **grave**, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; y D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea **impostergable**, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna." (Negrillas fuera del texto)

La Sala considera que tal concepto y presupuestos resultan aplicables a las acciones populares, toda vez que lo pretendido por el Legislador al establecer esta excepción a la regla de requerimiento a la autoridad administrativa, es que ante la gravedad e inminencia de un hecho que pueda ocasionar un perjuicio irreparable a los derechos colectivos, se pueda acudir directamente ante la autoridad judicial, para que ésta adopte las medidas necesarias para que cese la vulneración o amenaza de los mismos".

No obstante, a diferencia de las acciones de tutela en las que el tema del perjuicio irremediable se analiza en el fallo para determinar la procedencia de aquella como mecanismo transitorio²⁰, advierte este tribunal que en las acciones populares el mismo tema se estudia en su etapa inicial para definir si se exige o no el requisito de procedibilidad previsto en el numeral 4º del artículo 161 del CPACA, en concordancia con el inciso tercero del artículo 144, ibidem.

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Primera. Auto del 28 de agosto de 2014. MP. María Elizabeth García González. Expediente 2014-00972-01. Dte. Alejandro Escovar Rodríguez.

²⁰ Decreto 2591 de 1991, artículo 6º, numeral 1º.

Y esta cuestión resulta relevante porque sirve para interpretar el nivel de exigencia que quiso comprender el legislador cuando previó la excepción al requisito de procedibilidad, pues recuérdese que señaló expresamente que opera "*cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, **situación que deberá sustentarse en la demanda***" (resaltado fuera del texto).

Así pues, para determinar el alcance de lo que buscaba el legislador al indicar que la situación del perjuicio irremediable debía **sustentarse** en la demanda, teniendo de presente las distintas etapas en que se analiza el tema del perjuicio irremediable en las acciones de tutela y en las acciones populares, debe decirse que en éstas esa sustentación hace referencia a su significado natural y obvio, que corresponde a "*Defender o sostener determinada opinión*"²¹, queriéndose significar que no es necesario analizar prueba alguna como ocurre en las acciones de tutela al decidir éste mismo tema.

En esta línea de pensamiento, podemos concluir que para determinar la existencia del perjuicio irremediable únicamente con miras a decidir si se debe o no exigir el requerimiento previo a las autoridades accionadas sobre la adopción de medidas para la protección de los derechos colectivos que se pretenden proteger, basta con que en la demanda se exponga razonada y concretamente por qué considera el actor popular que el perjuicio está por suceder prontamente, esto es, "*tiende a un resultado cierto derivado de una causa que está produciendo la inminencia*", y por qué ese perjuicio es grave, también deberá indicar por qué opina que las medidas para conjurar ese perjuicio deben tomarse de forma rápida y no se pueden postergar.

De la urgencia e impostergabilidad de las medidas para conjurar el perjuicio, que según la jurisprudencia transcrita se deben sustentar para analizar si procede o no la excepción al requisito de procedibilidad, se evidencia la estrecha relación de este tema con el de medidas cautelares en general y especialmente con las medidas cautelares de urgencia, pues en estas para su decreto aparece nuevamente el tema del perjuicio irremediable *per se* o de alguno de sus presupuestos, pero ya no en grado de mera sustentación sino en grado de demostración.

En efecto, el artículo 231 del CPACA, al regular los requisitos para decretar medidas cautelares señala que la suspensión provisional de un acto administrativo "*...procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las **pruebas allegadas con la solicitud***..." (Resaltado fuera del texto).

Enseguida, la misma norma indica que en los demás casos, distintos a aquellos en que se pida la nulidad de un acto administrativo y en ese contexto la suspensión provisional como medida cautelar, la procedencia de las medidas cautelares está sometida a que concurran los siguientes requisitos:

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.

²¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA y ASOCIACIÓN DE ACADEMIAS DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Actualización 2017. Aplicación para celulares.

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**". (Negrillas de la sala)

Así las cosas, no cabe duda para esta sala que es en el contexto de decisión de la medida cautelar en el que el análisis para su procedencia debe trascender al campo de la valoración probatoria, y no en el momento en que se determina la viabilidad de exigir o no el requisito de procedibilidad, etapa en la que se reitera basta que se cumpla con una debida sustentación.

Así también lo ha entendido el Consejo de Estado, pues en reciente pronunciamiento, luego de reiterar la jurisprudencia constitucional que desarrolla el concepto de perjuicio irremediable, nuestro máximo órgano de cierre en esta jurisdicción de lo contencioso administrativo, ha enfatizado en la "sustentación" de tales requisitos, descartando como tal las meras afirmaciones generales:

*"De manera pues que ante la existencia de un perjuicio irremediable, en la demanda se deberán **sustentar los presupuestos de inminencia, urgencia, gravedad e imposterabilidad** respecto a la amenaza que se cierne sobre el derecho colectivo y las medidas requeridas para conjurarlo.*

4.2. En el caso concreto, la Sala encuentra que **las razones aducidas por la demandante constituyen afirmaciones generales que no tienen la virtualidad de acreditar efectivamente que existe una inminencia y gravedad en la ocurrencia del perjuicio que amerite la adopción de medidas urgentes** puesto que se limitó a describir las actuaciones que se han realizado, ante autoridades judiciales y administrativas, para enfrentar la situación de vulneración de derechos colectivos".²² (Resaltado no es del texto original).

Nótese en el texto transcrito, que la alta corporación no reprocha la ausencia de prueba sobre los presupuestos del perjuicio irremediable, sino que se limita al estudio de las razones invocadas para sustentarlos, pese a que uno de los argumentos del recurso que provocó ese pronunciamiento era precisamente "que la exigencia del Tribunal consistía en que se pruebe la existencia del perjuicio irremediable, pese a que en la normatividad aplicable, solo se exige que éste se sustente". Esto significa que, uno de los reparos del recurrente contra el auto del tribunal que rechazó la demanda, era precisamente que le había exigido probar los presupuestos cuando la norma sólo se refiere a sustentarlos, y el *ad quem* no desarrolló este punto expresamente en el recurso, pero sí se refirió únicamente a la sustentación y fue en ella que centró su atención, de lo cual puede inferirse que el análisis probatorio no era necesario para definir en ese momento procesal sobre la existencia del perjuicio irremediable, pues solo se trataba de determinar si era exigible o no el requisito de procedibilidad.

Por último, debe decirse que aunque en oportunidades anteriores a la descrita, la misma sección del Consejo de Estado ha indicado que los presupuestos referidos del perjuicio irremediable deben probarse para determinar si es procedente relevar al actor popular del requisito de procedibilidad, tal como lo citó el *a quo* en el auto del 12 de marzo de 2019 que decidió el recurso de reposición contra el auto inadmisorio²³, esta sala no comparte tal tesis, pues efectuar un análisis probatorio sobre: (i) la existencia de la amenaza al derecho colectivo y su prontitud, (ii) la gravedad del perjuicio irremediable, (iii) la necesidad de las medidas que se deben tomar para conjurar el perjuicio; y (iv) la imposterabilidad de tales medidas, constituye una actividad que lleva implícita la realización de un juicio de valor demostrativo de tales presupuestos, que se confundiría con la actividad propia de la decisión sobre medidas cautelares,

²² CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Auto del 10 de noviembre de 2017. C.P OSWALDO GIRALDO LÓPEZ. Rad. 68001-23-33-000-2016-01074-01. Actor: Johanny Ivonne Merchán Cano. Demandado: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y otros.

²³ Fols. 72-74, C. primera instancia. Cita 2, que refiere sentencia del 21 de abril de 2016, radicado 41001-23-33-000-2014-00186-01, C: P. ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDES. Ver también auto del 8 de junio de 2017 con ponencia del mismo consejero, radicado 25000-23-41-000-2016-02217-01, actor: Oscar Ibañez Parra, demandado: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente.

incluso si éstas son o no de urgencia, de tal manera que, al decidir si se debe o no exigir el requisito de procedibilidad, de hacerse ese análisis probatorio, se estaría anticipando sobre la procedencia o no de medidas cautelares, quedando el juez desprotegido de la previsión contenida en el inciso segundo del artículo 229 del CPACA, pues solo *"La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento"*.

Contrario censu, al aceptarse la tesis que hoy se defiende por esta corporación, si para determinar la exigencia o relevo al actor popular de cumplir el requisito de procedibilidad de la acción, no es indispensable hacer una valoración de las pruebas allegadas, sino que basta revisar el contenido de la sustentación que se haya efectuado en la demanda sobre los presupuestos del perjuicio irremediable, se le permite al juez en una etapa inicial del proceso decidir sobre un aspecto que incluso podría ser catalogado como formal, dando prelación al acceso a la administración de justicia, pues el análisis probatorio podrá hacerlo con plena libertad en el momento en que decida sobre medidas cautelares, caso en el cual está amparado de la prohibición del prejuzgamiento, y así se evitan decisiones superficiales por parte del juez sobre el requisito de procedibilidad, en el que obviamente la tendencia es hacer un esfuerzo por no inmiscuirse en valoraciones que podrían inducirlo a un prejuzgamiento del cual no está protegido por el legislador, quien solo previó la exoneración de tal responsabilidad al decidirse sobre las medidas cautelares.

Como en el caso particular frente a cuya decisión hoy aclaro voto, también se abordó el análisis de la sustentación que hizo el actor popular frente a la presencia de la excepción para exigir el requisito de procedibilidad, y la suscrita llega a la misma conclusión de la sala, por ello decidí acompañar la providencia, aunque con la claridad respecto de la innecesaria valoración probatoria porque se trata de una exigencia que a mi juicio no debe hacerse en este momento procesal, sino cuando se decida sobre la medida cautelar de urgencia que justifica no exigir que previamente se acuda a la administración para que proteja el derecho colectivo invocado en la demanda.

Con esta explicación, dejo así rendida mi Aclaración de Voto, y se firma electrónicamente.

Firmado Por:

CLAUDIA PATRICIA ALONSO PEREZ

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE VILLAVICENCIO-META

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

8df7f59dc61cf14ad19efcdef4d29e27755c02734a8d531ec651bc323db7049e

Documento generado en 18/06/2021 10:39:31 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>