

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

COMUNICADO No. 48

Octubre 22 de 2015

EL AGOTAMIENTO DE JURISDICCIÓN DECLARADO POR LOS JUECES ADMINISTRATIVOS, DENTRO DEL TRÁMITE DE UNA ACCIÓN DE POPULAR PROMOVIDA POR LA CORPORACIÓN COLOMBIA TRANSPARENTE POR VULNERACIÓN DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y EL PATRIMONIO PÚBLICO EN LA VENTA DEL COMPLEJO CARBONÍFERO CERREJÓN ZONA NORTE, SE AJUSTA A LA JURISPRUDENCIA VIGENTE Y NO DA LUGAR A CONCEDER EL AMPARO SOLICITADO

I. EXPEDIENTE T 4480896 - SENTENCIA SU-658/15 (octubre 22)
M.P. Alberto Rojas Ríos

La Sala Plena de la Corte Constitucional confirmó la sentencia de 10 de abril de 2014 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, que a su vez confirmó el fallo de la Sección Quinta de esa misma corporación del 4 de diciembre de 2013, que negó el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia invocados por la Corporación Colombia Transparente.

La organización accionante argumentó que el Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, al declarar la nulidad de todo lo actuado en el proceso de acción popular AC2002-1029 instaurada contra los Ministerios de Minas y Hacienda, Departamento Nacional de Planeación, FEN, Carboacol, Glencore Internacional AG, Anglo American PLC, Billinton Company, Salomón Smith Barney, Admin Coal Holding, Billinton Investment BV, Juan Manuel Ricardo Convers, la sociedad Brigard Urrutia Abogados S.A. y el Consorcio Chase Salomón, desconocieron los precedentes del Consejo de Estado en materia de agotamiento de jurisdicción, según los cuales, debe existir identidad de hechos, partes y pretensiones, la cual, a su juicio, no existía frente a la acción popular AC2002-1032 y por tanto, se había incurrido en un defecto sustantivo por parte de los jueces administrativos.

La Corte advirtió de entrada que el fallo mediante el cual se ampararon los derechos fundamentales del accionante, fue anulado por no haberse notificado en debida forma a las empresas Anglo American PLC, Glencore Internacional AG, BHP Billiton Company BV y el señor Juan Manuel Ricardo Convers. Notificada a las partes la acción de tutela, la Sección Quinta del Consejo de Estado negó el amparo solicitado contra las decisiones de los jueces administrativos, con fundamento en el agotamiento de jurisdicción, fallo que se confirmó en segunda instancia por la Sección Primera del Consejo de Estado, basado en la unificación de jurisprudencia adoptada el 11 de septiembre de 2012 en torno al agotamiento de la jurisdicción por identidad de hechos, objeto y causa.

Luego de comparar con todo detenimiento los contenidos iniciales de las demandas de acción popular radicadas AC2002-1029 y AC2002-1032, cuestionadas mediante la presente acción de tutela, la Corte concluyó que si bien no existe una coincidencia plena entre los demandados, en uno y otro caso, tales diferencias son aparentes, por cuanto en la práctica, se trata de los mismos sujetos procesales. En efecto, las sociedades Glencore Internacional AG, Anglo American PLC y Billinton Company BV hacen parte de Cerrejón Zona Norte que figura como demandado por el mismo actor popular en el proceso AC 2002-1032. En consecuencia, no se trata de sujetos procesales diferentes y se integró adecuadamente el litisconsorcio necesario. Además, en ejercicio de la atribución prevista en el artículo 18 de

la Ley 472 de 1998, el juez de la acción popular puede oficiosamente integrar el contradictorio “cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables”.

De igual manera, el tribunal constitucional encontró que las citadas acciones populares compartían la misma *causa petendi*, por cuanto en ambos casos se busca la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público presuntamente vulnerados con el proceso de enajenación del complejo carbonífero Cerrejón Zona Norte. La única diferencia que *prima facie* resultaría relevante sería que mientras que en el proceso AC20002-1029 se refiere a los “inversionistas privados”, en el proceso AC2002-1032 se alude al proyecto “Cerrejón Zona Norte”. Sin embargo, en la práctica, resultan ser el mismo sujeto procesal.

Por lo expuesto, la Corte encontró que no se configuró el defecto alegado por la accionante, por desconocimiento de la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación a cuando se configura el agotamiento de jurisdicción. Menos aún, en cuanto la comparación entre las demandas en los procesos AC2002-1032 y AC-2002-1029, no la realizó respecto del texto inicial de la sino que acudió a la demanda reformada, la cual sólo vino a ser admitida en 2010, en tanto las providencias judiciales cuestionadas en sede de tutela, datan de 2007 y 2008. De esta forma, el Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, en sus autos de 9 de febrero y 27 de noviembre de 2007, respectivamente, mediante los cuales se decretó la nulidad del proceso AC 2002-1029 por agotamiento de jurisdicción, no incurrieron en el defecto sustantivo por vulneración de los precedentes del Consejo de Estado en la materia.

- **Salvamentos y aclaraciones de voto**

Los magistrados **María Victoria Calle Correa** y **Luis Ernesto Vargas Silva** salvaron su voto, al considerar que existieron graves vicios de índole procesal, con incidencia sobre derechos y principios sustantivos, en el proceso de tutela que dio lugar a la sentencia aprobada por la Sala Plena. Las razones de su disenso se resumen así:

1. Las empresas Anglo American PLC, Glencore International AG, BHP Billiton Company B.V., y el señor Juan Manuel Ricardo Convers Ortega, presentaron una solicitud de nulidad de lo actuado en el proceso de tutela¹, tres años y tres meses después de que se profirió fallo de segunda instancia por el Consejo de Estado – Sección Primera el 30 de julio de 2009. Este lapso de tres años y tres meses no fue justificado por las empresas que pedían la nulidad, quienes se limitaron a invocar la causal de no haber sido vinculados oportunamente al proceso de tutela como “terceros interesados en la acción de tutela”. La mera invocación de esta causal no supe una justificación, así sea mínima, sobre por qué se permitió que transcurrieran más de tres años, durante los cuales la acción popular que se adelantaba en su contra avanzó significativamente.

2. En criterio de los magistrados disidentes, las empresas y el particular que pidieron la nulidad de todo lo actuado en el proceso de tutela difícilmente podían ignorar la existencia de dicho proceso de tutela, ya que su conducta procesal revela lo contrario. En efecto, la sentencia del 30 de julio de 2009 ordenó continuar con el proceso de acción popular, en la fase en la que éste encontraba, a saber, la de resolución de los recursos de reposición presentados contra el auto admisorio de la demanda, y de contestación de la misma. En este proceso de acción popular eran demandadas las mismas empresas y el particular que solicitaron la nulidad, y dicho proceso avanzó significativamente entre septiembre de 2009 y septiembre de 2012, entre otras luego de que se configuró debidamente el contradictorio vinculándolos a ellos al proceso; hasta que en septiembre de 2012 el apoderado de dichas empresas y particular, en el marco del proceso de acción popular, interpuso una solicitud de nulidad procesal (recibida por el Juzgado Quinto Administrativo el 26 de septiembre de 2012).

¹ Estas tres empresas extractivas y el particular mencionado, han actuado a través de su apoderado judicial, Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

Se observa que la decisión del Juez Quinto Administrativo de continuar con el trámite de la acción popular en cumplimiento de lo ordenado por el juez de tutela –decisión fechada el 29 de septiembre de 2009- sí fue notificada a las empresas y el particular que solicitan la nulidad, mediante estado fijado en la Secretaría del Juzgado Quinto Administrativo de conformidad con la ley procesal aplicable. El apoderado de las empresas y el particular, ha alegado que dicha decisión se debió notificar personalmente y no por estado. En criterio de los suscritos Magistrados, en este caso también se configuró una notificación por conducta concluyente, desde el momento mismo en que se presentó la solicitud de nulidad el 26 de octubre de 2012, puesto que en dicha solicitud de nulidad se hace referencia al contenido de la sentencia que se dice desconocer.

3. Más aún, es claro que desde el 26 de septiembre de 2012, por lo menos, estas empresas y particular tuvieron conocimiento de la existencia del proceso de tutela y del fallo proferido en el mismo, así como de la reactivación y continuación del proceso de acción popular, puesto que en esa fecha presentaron una solicitud de nulidad de todo lo actuado en el proceso de acción popular. A partir de esa fecha, dejaron transcurrir un mes (1) antes de presentar la solicitud de nulidad de lo actuado en el proceso de tutela –la cual se recibió el 26 de octubre de 2012 en el Consejo de Estado – Sección Primera-, lapso de tiempo que para los suscritos Magistrados resulta excesivamente largo para admitir una presentación de nulidad, mucho más si se le suma a los tres años y dos meses que habían transcurrido desde la adopción del fallo de segunda instancia.

4. Una vez abierto y tramitado el incidente de nulidad dentro del proceso de tutela, el 4 de julio de 2013, la Sección Primera del Consejo de Estado declaró la nulidad de lo actuado en el proceso de tutela a partir del auto del 24 de marzo de 2009 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, y en su lugar, dispuso que se retrotrajera el proceso y se notificara debidamente del auto admisorio de la demanda de tutela a las empresas y el particular referidos. Para sustentar esta decisión, se invocó y se dio aplicación retroactiva a una sentencia de unificación jurisprudencial en la cual la Sala Plena del Consejo de Estado resolvió las divergencias previamente existentes entre las secciones Primera y Tercera del Consejo de Estado en cuanto a la aplicabilidad de la figura del agotamiento de jurisdicción. Esta aplicación retroactiva de una sentencia de unificación no es jurídicamente admisible.

5. La Sección Primera del Consejo de Estado, para efectos de dar trámite a la petición de nulidad presentada dentro del proceso de tutela, invocó el artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, cuyo inciso primero dispone que “*Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia, o durante la actuación posterior a ésta si ocurrieron en ella*”. Sin embargo este texto normativo, de ser debidamente aplicado, habría llevado a la Sección Primera a la conclusión opuesta, a saber, que ya no había oportunidad para presentar la solicitud de nulidad, puesto que la causal que se alegaba –ausencia de notificación a terceros interesados en el proceso de tutela- no se derivó de la sentencia que puso fin al proceso, sino de una actuación previa a la misma, por lo cual en estricto sentido debió alegarse antes de que se profiriera el fallo de fondo. La interpretación y aplicación que se dio a esta norma para admitir la apertura de un incidente de nulidad fue, así, errónea.

6. La sentencia de segunda instancia del 30 de julio de 2009, una vez quedó en firme, fue remitida a la Corte Constitucional para eventual revisión, y la Corte, mediante auto, resolvió no seleccionarla. Al anular todo lo actuado dentro de este proceso, más de tres años después, el Consejo de Estado anuló de contera la decisión de la Corte Constitucional de no seleccionar este proceso para revisión, desconociendo así flagrantemente el efecto de cosa juzgada constitucional que, según la jurisprudencia, se cristaliza con una decisión de la Corte en ese sentido.

7. De haberse aplicado el criterio de los magistrados **Calle Correa y Vargas Silva**, en el sentido de que existió un vicio grave en el proceso de tutela, la Sala Plena ha debido anular o quitar efectos a todo lo actuado desde que se presentó dicho vicio procesal; esta decisión, en sí misma, habría tenido el efecto útil de garantizar la preservación del orden jurídico constitucional colombiano, que no es otra cosa que la principal función de la Corte Constitucional a través de los Magistrados que la componen.

Los magistrados **Gloria Stella Ortiz Delgado** y **Alberto Rojas Ríos** aclararon su voto respecto de algunos de los fundamentos de la decisión. Por su parte, los magistrados **Myriam Ávila Roldán**, **Luis Guillermo Guerrero Pérez**, **Gabriel Eduardo Mendoza Martelo** y **Jorge Iván Palacio Palacio** se reservaron la presentación de eventuales aclaraciones de voto.

EL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA EN EL PRESENTE CASO, POR LAS PARTICULARIDADES DEL MISMO, NO DEBÍA CONTARSE DESDE LA OCURRENCIA DE LOS HECHOS GENERADORES DEL DAÑO, SINO DESDE CUANDO SE PUDO CONOCER QUIÉN FUE EL RESPONSABLE