

Falta de coincidencia entre el sentido y alcance que la ponencia mayoritaria reconoce al precedente judicial y la *ratio* de la decisión que se adopta en el *sub lite*

Al abordar el carácter vinculante de los precedentes, se destaca la obligación puesta en cabeza de las autoridades judiciales de asegurarles a los asociados igualdad de trato. Ese papel –indica la decisión mayoritaria–, es el que le corresponde desempeñar a las autoridades públicas en un Estado social de derecho, tarea en la que también están comprometidas las autoridades judiciales. Cabe preguntarse, si esto es así y, claro que lo es. Cómo afirmar entonces –folio 73– que bien puede el máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa escoger un determinado caso para su revisión y no estar obligado a seleccionar uno análogo, ya fuere éste presentado en el futuro o simultáneamente, con argumentos que, en lugar de justificar el planteamiento hecho en los considerandos, evidencian el trato diferencial injustificado que se plantea.

EFICACIA – No puede ponerse en la balanza cuando está en juego la realización de la igualdad.

En efecto, el mandato contemplado en el artículo 13 es imperativo; las autoridades públicas y, ello abarca también a las judiciales, estamos llamadas a materializarlo. Alegar motivos de eficacia para incumplir con ese mandato, no parece ser suficiente motivación, cuando la igualdad resulta ser un propósito tan de primer orden y sustantivo en nuestro régimen constitucional. Desde luego, lo dicho no quiere significar que la igualdad sea un valor absoluto –ya se expuso que no lo es–. Lo que se pretende subrayar en este lugar es, más bien, que la eficiencia está lejos de ser una magnitud que pueda ponerse en la balanza cuando está en juego la realización de la igualdad.

TEORIA DEL PRECEDENTE - Las premisas normativas de las que se parte en los considerandos no se proyectan en la parte resolutive

Pese a la mencionada omisión, la ponencia –folios 22 a 32–, enumera los elementos del precedente y sostiene, asimismo, que este se encamina a asegurar que i) bajo iguales circunstancias las personas reciban igual trato y ii) la decisión adoptada con anterioridad gravita sobre las siguientes, de suerte que, solo ante circunstancias excepcionales y con fundamento en motivos razonables y provistos de peso suficiente, cabe apartarse de lo decidido. La pregunta que surge enseguida es cómo aplicar la teoría del precedente en el *sub lite* si allí mismo se toman cautelas para que una figura así carezca de toda aplicación. Dicho en otros términos, ¿cómo aplicar el precedente si, acorde con lo resuelto en la providencia mayoritaria, una vez seleccionado un asunto, no se volverá a traer a Sala el mismo tema? Por los motivos expuestos no cabe sino concluir que la providencia de la cual me distancio parte de unas premisas normativas sobre el valor del precedente y acerca de la necesidad de motivar de manera clara, transparente y coherente las decisiones judiciales–; si bien detalladamente elaboradas en los considerandos, no aparecen reflejadas en la decisión y, a la postre, el *decisum* se adopta sin que exista motivación que lo preceda.

REVISION EVENTUAL DE ACCIONES POPULARES Y DE GRUPO – Observaciones sobre el alcance dado por la decisión mayoritaria, en cuanto a su naturaleza, características y competencia del Consejo de Estado.

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 dos rasgos que, al tenor de la providencia mayoritaria, caracterizan la revisión eventual: i) ser un “*proceso autónomo*” –folios 33-34– y ii) no constituir una tercera instancia de decisión... 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 de efecto útil frente a este excepcional mecanismo. Dicho de otro modo: desconoce la providencia mayoritaria que, en vista del carácter rogado de la facultad 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.

REVISION EVENTUAL – Improcedencia porque no se acreditó la vulneración de derechos o intereses colectivos y por tanto no había lugar a incentivo.

Consecuentemente, en el asunto que ocupó la atención de la Sala bien puede concluirse que, al resolver no seleccionar, no se desconoce el precedente estructurado sobre la base de que debe unificarse la jurisprudencia en torno a la aplicación de la Ley 1425, pues en el *sub lite* no se demostró la vulneración del derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres de donde es dable colegir que no hay lugar al incentivo o compensación.

SALVAMENTO DE VOTO

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Radicación número: 17001-33-31-003-2010-00205-01(AP)REV SV

Actor: JAVIER ELÍAS ARIAS IDÁRRAGA

Demandado: CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE CALDAS S.A. E.S.P. CHEC

Consejera: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Con el respeto habitual por las decisiones que adopta la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, debo manifestar mi desacuerdo tanto, frente a la parte motiva como en relación con la parte resolutive de la decisión.

En el presente caso para especificar los motivos que me llevaron a separarme de manera respetuosa de la decisión mayoritaria, se divide la exposición en dos partes. Comienzo por analizar el contenido de las páginas iniciales de la ponencia –folios 5 a 31– destacando, básicamente, la falta de coincidencia entre el sentido y alcance que se reconoce al precedente judicial y la decisión a la que se llega en el *sub lite*; enseguida se aborda el examen de lo expuesto hacia el final de los

considerandos –folios 33 a 69–, que tiene que ver con la manera como se comprende y define el mecanismo de revisión eventual, a propósito de lo cual, se resaltarán algunas contradicciones conceptuales e imprecisiones en las que la providencia incurre.

Respecto del caso concreto –folios 86-93–, las observaciones se harán conjunta y simultáneamente a las que se efectúen frente a las consideraciones que sirven de sustento conceptual a la ponencia, las cuales, como ya atrás lo mencioné, poco o nada armonizan con la decisión que finalmente se adopta.

Previamente cabe precisar que la decisión mayoritaria, para deducir que el proceso de la referencia era análogo a otro ya seleccionado se apoyó en el auto calendado el 23 de marzo de 2011 –con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa–, a su decir ambos *“iniciados antes de la promulgación de la Ley 1425 de 2010 pero fallados con posterioridad a la entrada en vigencia del referido cuerpo normativo”* –folios 3 y 4–; no obstante, debe destacarse en este lugar cómo el proceso que la mayoría trató como análogo se resolvió antes de que la Ley 1425 entrara a regir, pues la sentencia de segunda instancia se profirió el 11 de noviembre de 2010.

Y no solo eso. En el auto de 23 de marzo de 2011 CP. Jaime Orlando Santofimio el problema planteado fue el siguiente:

“En el asunto que se estudia, encontramos que la solicitud de revisión fue presentada dentro del término previsto en el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 por el actor popular quien, a la luz del mismo artículo, se encuentra legitimado para acudir al mecanismo de revisión eventual. Adicionalmente, puede constatarse que el actor puso de presente en su solicitud el tema del reconocimiento del incentivo, por lo que debe en consecuencia esta Sala determinar si la inconformidad del actor involucra en sí misma la necesidad de unificar jurisprudencia en lo que tiene que ver con el derecho al incentivo, en todos los casos de prosperidad de la acción al margen de su gestión procesal. // Lo último, teniendo en cuenta que quien solicita la revisión pone de presente la prosperidad de sus pretensiones y el reconocimiento al incentivo, justificando su inasistencia, por amenazas contra su vida, a la audiencia de pacto de cumplimiento”.

Como se constata, en el caso que se admitió para revisión eventual mediante el auto con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio se trata de establecer si procede reconocer el incentivo económico en acciones populares cuando, por motivos de fuerza mayor, el actor popular deja de asistir a la audiencia de pacto de cumplimiento. Entretanto, en el asunto bajo consideración de la Sala la cuestión planteada se relaciona con el tránsito legislativo que derogó el incentivo económico en materia de acciones populares y de grupo y con su impacto sobre el derecho a recibirlo, cuando, como lo afirmó el actor popular, si no hubiera sido por la dilación injustificada de las autoridades judiciales, claramente se habría aplicado la ley anterior.

Ahora bien, en el *sub lite* no se demostró la vulneración del derecho o interés colectivo a la seguridad y a la prevención de desastres, motivo por el cual la

discusión acerca del reconocimiento o no del incentivo económico pierde todo sentido; habría sido pertinente mostrar, más bien, las razones por las cuales el mecanismo de revisión eventual no constituye una tercera instancia –como tantas veces se afirma en la decisión mayoritaria–.

En pocas palabras, a mi juicio la decisión mayoritaria no habría podido hacer cosa distinta a exponer los motivos por los cuales en el *sub exámine*, pese a lo alegado por el actor popular, no podía accederse a la selección. Ello, empero, no sucedió. El fallo mayoritario hizo caso omiso de la improcedencia de la selección en el asunto puesto bajo su consideración y pretendió sustentar su decisión –sin lograrlo–, en un conjunto de razones desarrolladas a la manera de *obiter dictum* que no venían al caso y que finalmente resultan desconocidas por la propia decisión con lo que –como se mostrará enseguida–, además de producirse contradicciones en el terreno de la validez lógica y material se omitió dotar a la decisión de motivación.

1. Falta de coincidencia entre el sentido y alcance que la ponencia mayoritaria reconoce al precedente judicial y la *ratio* de la decisión que se adopta en el *sub lite*

La providencia de la que me aparto trata el papel de la jurisprudencia en el Estado social de derecho de manera que, en general, comparto –folios 5-32–. Sin embargo, no se explica muy bien el sentido que tiene adelantar un conjunto de apreciaciones con orientación claramente garantista cuando, la decisión que se adopta al momento de resolver el caso concreto, contraría gran parte de lo señalado en las consideraciones. Veamos.

Al abordar el carácter vinculante de los precedentes, se destaca la obligación puesta en cabeza de las autoridades judiciales de asegurarles a los asociados igualdad de trato. Ese papel –indica la decisión mayoritaria–, es el que le corresponde desempeñar a las autoridades públicas en un Estado social de derecho, tarea en la que también están comprometidas las autoridades judiciales.

Cabe preguntarse, si esto es así y, claro que lo es. Cómo afirmar entonces –folio 73– que bien puede el máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa escoger un determinado caso para su revisión y no estar obligado a seleccionar uno análogo, ya fuere éste presentado en el futuro o simultáneamente, con argumentos que, en lugar de justificar el planteamiento hecho en los considerandos, evidencian el trato diferencial injustificado que se plantea: i) el asunto no seleccionado fue fallado en dos instancias –el caso seleccionado también lo fue– y ii) si se seleccionan todos los similares, no se puede fallar en un plazo razonable, de donde se colige que el derecho a la igualdad cuya efectiva realización –según la propia ponencia–, constituye obligación principal de las autoridades judiciales en un Estado social de derecho, puede desconocerse incluso por motivos de conveniencia –folio 84– con la excusa de hacer prevalecer el principio de eficiencia.

Se afirma, ciertamente, que la igualdad absoluta entre situaciones jurídicas equiparables es imposible –folio 74–. Estoy de acuerdo; en términos concretos, humanos y sociales, no resulta factible asegurar igualdad absoluta, entre otras, porque nadie ni nada garantiza que la realización de la igualdad absoluta pueda tenerse como un valor positivo para la convivencia, tanto más cuanto se parte únicamente de situaciones asimilables en algunos puntos, pero que difieren en otros. Por ello mismo, las y los constituyentes dieron en el clavo cuando incluyeron

en la redacción del artículo 13 superior, en el que se consigna el derecho a la igualdad, importantes distinciones¹.

Coincido, entonces, con la apreciación que hace el auto respecto de que la igualdad absoluta entre situaciones equiparables no resulta factible. En este caso podría sostenerse que lo que se busca es, precisamente, hacer abstracción de las desigualdades existentes para equiparar –bajo un punto de asimilación–, situaciones que en ciertos aspectos son equiparables y llegar así a una igualdad

¹ Cabe en este lugar traer a colación la manera como la jurisprudencia constitucional se ha referido reiteradamente a las mismas: *“La ley ‘debe ser aplicada de la misma forma a todas las personas’. Ésta constituye la primera dimensión del derecho a la igualdad plasmada en el artículo 13 superior, cuyo desconocimiento se concreta cuando ‘una ley se aplica de forma diferente a una o a varias personas con relación al resto de ellas’. En otras palabras, sobreviene una vulneración del derecho a la igualdad al reconocer consecuencias jurídicas diferentes a personas cuya conducta o estado se subsume en un mismo supuesto normativo. Y si bien esta manifestación del derecho a la igualdad apunta a que la ley se aplique por igual a todos, no garantiza que, efectivamente, las personas reciban el mismo trato de la ley. // Con miras a lograr este objetivo adicional, es necesario tener en cuenta la segunda dimensión del derecho a la igualdad consignado asimismo en el artículo 13 de la Constitución Política, esto es, la igualdad de trato, la cual se dirige a garantizar que la ley no regulará de forma diferente ‘la situación de personas que deberían ser tratadas igual’ ni que regulará ‘de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferente’. // La tercera dimensión del derecho a la igualdad prevista también en el artículo 13 constitucional busca que todas las personas reciban, en efecto, igual protección, algo que ni la igualdad ante la ley ni la igualdad de trato pueden garantizar por sí mismas. Ello se obtiene en la medida en que se efectúen distinciones protectivas, esto es, que se proteja a las personas de forma diferente. Este desarrollo de la igualdad propende porque todas las personas gocen efectivamente de los mismos derechos, libertades y oportunidades. Tiene una connotación sustantiva pues ‘parte de la situación en que se encuentran los grupos a comparar para determinar si el tipo de protección que reciben y el grado en que se les otorga es desigual, cuando debería ser igual’; es, también, positiva, pues si se presenta una situación de desigualdad que no pueda apoyarse en razones objetivas y justificadas relacionadas con el goce efectivo de derechos constitucionales fundamentales. Corresponde al Estado adoptar ‘acciones para garantizar la igual protección’. // A la luz de lo plasmado en el artículo 13 de la Constitución Política, no resulta, pues, suficiente saber que el derecho se aplicó de modo diferente en dos situaciones en las que se ha debido aplicar de la misma forma o si al aplicarse el derecho se establecen distinciones razonables. Se exige establecer que la protección conferida por las leyes sea igual para quienes necesitan la misma protección. En breve: se debe constatar si en efecto se ha propiciado la protección requerida y, en caso de existir desigualdades, ha de determinarse si se han tomado las medidas para superar este estado de cosas de manera que se cumpla con el mandato contemplado por el artículo 13 superior. // De conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Constitución, las diferenciaciones por razón del género, y de cualquier otro referente como la raza, la condición, la opinión política o filosófica, están terminantemente proscritas –prohibición de discriminación directa–; a menos que se utilicen estas pautas para promover la igualdad de personas usualmente marginadas o discriminadas, esto es, acciones afirmativas. De lo anterior se deduce que cuando la Legislación utiliza un canon claramente indiciario de discriminación, se da paso a un juicio estricto de constitucionalidad a efecto de establecer: (i) si la medida adoptada busca una finalidad constitucionalmente imperiosa; (ii) si la medida resulta adecuada para obtener tal propósito; y (iii) si existe una proporción entre el sacrificio –de otros derechos y bienes jurídicamente tutelados– que surgen como consecuencia de haber adoptado la medida y el fin que se persigue con su aplicación”. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-008 de 2010.*

relativa o aproximada. En suma, que sea imposible obtener igualdad absoluta respecto de situaciones, equiparables en algunos puntos y diferentes en otros, no puede llevar a concluir que al asimilar esas situaciones bajo un término de comparación –*tertium comparationis*– se esté dejando de garantizar la igualdad.

Si, en efecto, la igualdad absoluta entre situaciones meramente equiparables resulta imposible y la igualdad constituye una de las maneras –cuando no la principal–, de realizar el Estado social de derecho, entonces, ¿cómo entender el papel del Estado social de derecho?; ¿cómo explicarnos que las y los constituyentes hayan erigido al Estado social de derecho como instrumento o vehículo para asegurar el derecho a la igualdad?; en fin, ¿cómo justificar que las autoridades públicas debamos contribuir en ese propósito tan principal si no es diluyendo ese dilema que parece *prima facie* irresoluble y recordando, precisamente, que el artículo 13 superior trata de la igualdad en términos diversos y nos enseña que ese principio puede materializarse de muy distintas formas, incluso, por medio de diferenciaciones cada vez que las circunstancias del asunto en concreto indiquen que es ésta y, no otra la mejor manera de obtener la realización de la igualdad? A propósito de lo anterior ha dicho la Corte Constitucional:

“... en la realidad no se presentan situaciones o personas que sean por entero iguales o totalmente distintas. Así, [se] ha subrayado: ‘ninguna situación ni persona es totalmente igual a otra, pues si lo fuera, sería la misma situación y la misma persona; y, en ese mismo contexto, ninguna situación es totalmente distinta, pues siempre existen algunos rasgos comunes entre los eventos más diversos’ (...) ¿Cómo evitar que la situación de personas que han de ser tratadas diferente se regule de manera igual y que la situación de personas que deben ser tratadas de igual manera se regule de manera diferente? En otras palabras: ¿cómo garantizar igualdad de trato? La Corte Constitucional, desde sus primeras sentencias ha puntualizado que para tales efectos resulta imprescindible ‘establecer un criterio o tertium comparationis a partir del cual se pueda determinar si las situaciones o las personas son o no iguales’. Sobre el particular, ha insistido la Corporación que la elección de ese criterio no puede ser arbitraria sino que ha de extraerse a partir de la finalidad que persigue el trato normativo objeto de análisis y debe ajustarse a los preceptos constitucionales. En tal sentido, deben ser tratadas de igual manera dos personas que de conformidad con el criterio de comparación se encuentren en similar situación”².

En efecto, el mandato contemplado en el artículo 13 es imperativo; las autoridades públicas y, ello abarca también a las judiciales, estamos llamadas a materializarlo. Alegar motivos de eficacia para incumplir con ese mandato, no parece ser suficiente motivación, cuando la igualdad resulta ser un propósito tan de primer orden y sustantivo en nuestro régimen constitucional.

Desde luego, lo dicho no quiere significar que la igualdad sea un valor absoluto –ya se expuso que no lo es–. Lo que se pretende subrayar en este lugar es, más bien, que la eficiencia está lejos de ser una magnitud que pueda ponerse en la

² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 2010.

balanza cuando está en juego la realización de la igualdad. La eficacia tiene un carácter instrumental, no sustancial y en un Estado social de derecho, como el previsto por la Constitución que nos rige, representa un medio o vehículo para realizar valores sustantivos; no puede la eficacia considerarse como un fin en sí mismo.

Sostiene la decisión de la que me aparto –folios 9, 10, 11–, que el precedente ofrece certeza a la comunidad jurídica en cuanto asegura que las autoridades judiciales decidirán de una manera uniforme y garantiza que los asociados puedan guiarse por tales decisiones de manera que no se comprometa la buena fe, ni la confianza legítima. Según la ponencia, la observancia del precedente judicial se liga, igualmente, con el respeto por el acto propio y con el derecho de acceso a la administración de justicia.

Y es que todo lo que se considera en la providencia en relación con este punto, es así; pero nuevamente aparece una discordancia clara entre lo que se afirma en la parte considerativa y lo que finalmente se decide; de suerte que, la certeza, la buena fe, la confianza legítima y el acceso a la justicia, permanecen suspendidas en la retórica como si se tratara de un texto en el que se fijan posiciones académicas o políticas, más que de lo que realmente es, una providencia judicial en la que se exige coherencia entre lo motivado y lo resuelto de manera que pueda ejercerse control acerca de su validez y corrección.

En el *sub lite* se trata de una providencia judicial encaminada a resolver no seleccionar el asunto cuya solicitud de revisión eventual se orientó a la unificación de jurisprudencia en materia de incentivos en acciones populares, por lo que los argumentos que se esgrimen en los considerandos tendrían que exponer las razones de modo que se justifique la decisión adoptada. No obstante, ello no ocurrió así.

Es de anotar primeramente en el hipotético caso de que el actor popular –cualquiera que fuere su nombre–, tuviere derecho a que se revise la providencia y, en consecuencia, a obtener una decisión que se proyecte sobre su derecho al incentivo, porque el derecho colectivo se protegió con su concurso, ¿en dónde queda la certeza, la buena fe, la confianza del administrado y su acceso a la justicia –de las que la decisión hace gala en los considerandos así sea tan sólo *obiter dictum*–, cuando el administrado se enfrenta a que su caso no será estudiado porque similares al suyo llegaron primero? Sobre este punto guarda silencio la decisión, pero así se colige de su lectura.

Al tenor de lo establecido en la providencia, resulta imposible realizar igualdad sustancial, pues la mayoría resolvió ponerla en contradicción con el principio de eficiencia al esgrimirse que la selección de acciones populares para su revisión supone mayor trabajo y congestión, de modo que, atendiendo a motivos meramente instrumentales o de conveniencia, se desatiende la protección de derechos y principios constitucionales fundamentales, tales como la igualdad, el acceso a la administración de justicia, la buena fe y la confianza legítima,

derechos y principios éstos cuya realización, a la luz de lo afirmado y decidido por la mayoría sería posible teóricamente, pero no en la práctica.

Adicionalmente, si, de un lado, se tiene en cuenta el aparte –folio 12–, en el que se aborda el principio de publicidad relacionado con la obligación de motivar las decisiones judiciales, dado que –como bien se afirma en ese lugar–, únicamente por medio de la motivación es dable conocer de manera real y oportuna las decisiones judiciales –cuestión ésta que jamás podría ponerse en tela de juicio–; y si, de otro lado, se repara en el énfasis que marca la ponencia sobre la obligación radicada en cabeza de las autoridades judiciales de motivar adecuada, coherente y suficientemente sus fallos, cabe preguntarse, entonces, ¿cuán consecuente con tan importantes e ineludibles obligaciones resulta la decisión mayoritaria? ¿Puede cumplirse con las mencionadas exigencias cuando, al tiempo que se asegura en los considerandos que el fin principal del Estado social de derecho es realizar la igualdad, en la parte resolutive se decide no seleccionar una acción popular para la revisión con el argumento de que el caso puesto a consideración de la Sala es análogo a otros ya seleccionados y, lo que se conseguiría con ello, es aumentar el trabajo de la Sala?

La propia decisión se contradice también en este punto. Destaca que situaciones solo asimilables en algunos aspectos no pueden conducir a la igualdad absoluta. Si esto es así –y de ello no cabe la menor duda–, la relatividad resultante de toda equiparación debe abordarse en el *sub lite* con mayor cuidado y trascendencia. Dadas las disimilitudes que suelen presentar las circunstancias de hecho cuando se trata de acciones populares, equipararlas, esto es, fijar un punto de comparación que permita asimilarlas o considerarlas relativamente iguales, es una actividad que ha de estar precedida de un serio y detallado estudio acerca de los supuestos de hecho –en todas sus aristas, complejidades y matices–, y ha de ser justificado aportando motivos que armonicen con los preceptos constitucionales.

Aun así –cabe acá destacarlo–, se corre el riesgo de no haber apreciado con el detalle y la profundidad debidas situaciones difícilmente equiparables. Ya lo ha recordado la Corte Constitucional de modo reiterado: el derecho a la igualdad se desconoce no solo cuando se trata de manera desigual situaciones que deben tratarse en forma igual, sino cuando se trata de modo igual situaciones que deben tratarse diferentemente. Fijar un baremo general, abstracto, descontextualizado, cuando corresponde resolver sobre acciones populares y, con la excusa de evitar el exceso de trabajo, darle primacía al principio-instrumental de la eficacia no resulta coherente, tanto más, si previamente se ha afirmado que uno de los principales fines del Estado social de derecho consiste en materializar la igualdad.

En otro lugar –folios 15 a 22–, la decisión se refiere al carácter dinámico y razonadamente mutable del precedente, aspecto del cual difícilmente podría discreparse. No obstante, también por ello sobresale la falta de concordancia entre lo que se afirma en las consideraciones aprobadas por la mayoría y la *ratio* de lo que finalmente la misma resuelve. La ponencia alude –a mi manera de ver con total acierto–, a la necesidad de que las sentencias judiciales sean transparentes y

estén dotadas de suficiente fuerza argumentativa; sin embargo, la propia sentencia se aparta del precedente –esto es, de los autos de diferentes Secciones que han seleccionado para la revisión asuntos análogos–, sin cumplir con la carga argumentativa indispensable cuando una decisión judicial no seguirá el precedente.

A título informativo, para dejar claro con qué precedentes había trabajado la Sala hasta el momento, debe puntualizarse que la Sección Tercera para solo referirse a ésta ha seleccionado cuatro acciones populares con miras a unificar jurisprudencia en punto a la aplicación en el tiempo de la Ley 1425. Tres que tienen en común que se fallaron antes de haber sido promulgada la Ley 1425, es decir, se trata de definir si la presentación de la demanda, unida al efectivo restablecimiento del derecho colectivo, por la intervención del actor popular, constituían “*derecho adquirido*”, “*mera expectativa*” o “*legítima expectativa*” en relación con la posibilidad de recibir el incentivo –acorde con la Ley 1425–, o compensación –de conformidad con el Código Civil–, para lo cual poco importaba o podía ser vital –según la posición que se hubiere adoptado–, definir primero la naturaleza sustantiva o procesal del mecanismo para retribuir los buenos oficios del actor popular.

En el asunto que ocupó la atención de la Sala vale mencionar que la demanda se presentó el 4 de mayo de 2010, es decir, antes de la vigencia de la referida ley y la sentencia de primera instancia se dictó el 14 de febrero de 2011. Así que bien puede concluirse que la Sala, al resolver no seleccionar, no desconoce el precedente estructurado sobre la base de que debe unificarse la jurisprudencia en torno a la aplicación de la Ley 1425, pues en el asunto de que se trata no se demostró la vulneración del derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres de donde se colegía que no hay lugar al incentivo o compensación. De suerte que en el *sub lite* habría cobrado importancia, como ya se indicó, enfatizar que el mecanismo no constituye una tercera instancia y que, al margen de lo esbozado por el actor popular, no se podía acceder a la selección.

Ahora, según la mayoría, una de las derivaciones de la transparencia consiste precisamente en develar o dar conocer todos los precedentes vigentes que gravitan en contra de la nueva posición y en poner sobre el tapete los motivos por los cuales el nuevo enfoque –esto es el que se apartará del precedente–, es superior jurídicamente al anteriormente adoptado. Empero, fácilmente se constata que la ponencia mayoritaria hizo caso omiso de esta carga. No solo se echa de menos la mención de los casos seleccionados por las diferentes Secciones –que a esta altura y como antes se indicó ya son bastante numerosos–, sino que por parte alguna aparecen los motivos que justifican el cambio de precedente en el *sub lite*.

Pese a la mencionada omisión, la ponencia –folios 22 a 32–, enumera los elementos del precedente y sostiene, asimismo, que este se encamina a asegurar que i) bajo iguales circunstancias las personas reciban igual trato y ii) la decisión adoptada con anterioridad gravita sobre las siguientes, de suerte que, solo ante

circunstancias excepcionales y con fundamento en motivos razonables y provistos de peso suficiente, cabe apartarse de lo decidido.

La pregunta que surge enseguida es cómo aplicar la teoría del precedente en el *sub lite* si allí mismo se toman cautelas para que una figura así carezca de toda aplicación. Dicho en otros términos, ¿cómo aplicar el precedente si, acorde con lo resuelto en la providencia mayoritaria, una vez seleccionado un asunto, no se volverá a traer a Sala el mismo tema?

Por los motivos expuestos no cabe sino concluir que la providencia de la cual me distancio parte de unas premisas normativas sobre el valor del precedente y acerca de la necesidad de motivar de manera clara, transparente y coherente las decisiones judiciales—; si bien detalladamente elaboradas en los considerandos, no aparecen reflejadas en la decisión y, a la postre, el *decisum* se adopta sin que exista motivación que lo preceda.

Brevemente, en el caso que ocupó la atención de la Sala la decisión mayoritaria no solo incumple postulados de la lógica deductiva, pues como ya lo mencioné las premisas normativas de las que se parte en los considerandos no se proyectan en la parte resolutive; adicionalmente se presenta un problema aún más grave: que, como consecuencia de lo anterior, la decisión se queda sin motivación.

Se sabe que uno de los deberes de las autoridades judiciales —quizá el más importante—, es el de motivar jurídicamente las decisiones adoptadas en los procesos puestos a su consideración y resolución. La doctrina suele destacar que esta obligación puesta en cabeza de los jueces no ha existido siempre y subraya cómo apenas con el surgimiento y desarrollo de la noción de Estado de derecho, unido a los avances en materia constitucional, la motivación de providencias judiciales adquiere una importancia capital. Así se ha sostenido:

“...Por eso en la ideología del Estado constitucional de derecho la presencia de una fuerte discrecionalidad en el desempeño de la función judicial no proporciona inmunidad al juez. Antes al contrario. Representa un reto para la conformación de controles jurídicos que se ejercerán sobre el proceso argumentativo que conduce desde la inicial información fáctica y normativa a la resolución o fallo”³.

Y es que no puede perderse de vista que las autoridades judiciales son depositarias —en representación del pueblo—, del poder jurisdiccional del Estado y, si para efectos de cumplir con la misión que por Constitución se les confía gozan de un amplio margen de configuración —desde luego no despojado de límites—, la legitimidad de sus decisiones se califica a partir de la manera como las motiven. En tal sentido también se ha recordado:

“El instrumento jurídico enderezado a garantizar que el poder actúe racionalmente y dentro de unos límites es la motivación, que no en vano ha sido

³ Marina GASCÓN ABELLÁN, *Cuestiones Probatorias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 175.

calificada como el 'signo más importante y típico de 'racionalización' de la función judicial'. Por ello, desde otra perspectiva, la motivación representa la cláusula de cierre para la protección de los derechos. Es más, hay quien concibe la motivación incluso como uno de los principios rectores de la ética judicial".

Ahora bien, motivar una providencia judicial no consiste meramente en explicar las razones que conducen a la decisión o en exponer qué impulsó a los jueces a decidir de una manera y no de otra. En el campo jurídico –que es normativo–, existen unas fronteras más o menos claras que deben ser respetadas y que, en el caso colombiano, se derivan de la Constitución; específicamente, del conjunto de principios, valores y derechos fundamentales consignados en la Carta Política y de las normas o preceptos jurídicos que se adoptan o interpretan en concordancia con ella.

La Constitución, unida al conjunto de normas y preceptos que conforman el ordenamiento jurídico, representa el referente normativo a partir del cual resulta factible determinar la corrección de las decisiones judiciales y, es precisamente por ello, que la motivación se convierte en un elemento indispensable para efectuar ese control, el cual, está revestido de una profunda dimensión democrática en el sentido en que, no solo interesa a las partes del proceso, quienes podrían verse afectadas o favorecidas con la decisión, sino que está llamado a ser ejercido como *"control público o ciudadano de las decisiones judiciales"*⁴. Debe tenerse presente que *"la sentencia también es un acto público o colectivo, por cuanto representa el ejercicio de un poder que es público y que por consiguiente ha de ser no solo interna o procesalmente sino también externamente controlado"*⁵.

Retornando a la decisión respecto de la cual me aparto, se encuentra que, pese a que la providencia hace uso, en esta parte de las consideraciones, de una retórica bien redactada y en el fondo acertada, la decisión a la que se llega –no seleccionar el proceso para la revisión eventual alegando motivos instrumentales de eficiencia–, carece, en últimas, de motivación, pues tampoco concuerda con las otras razones que se exponen –a manera de *obiter dictum*–, en las consideraciones.

Y, al paso que se descubre la ausencia de validez lógica de la providencia, se constata asimismo su carencia de motivación y, por ende, la imposibilidad de saber cuán acertada o correcta es desde el punto de vista de su contenido material. Lo anterior, debe destacarse acá, le resta legitimidad a la providencia por cuanto impide que sobre ella se ejerza a cabalidad el control público; en lugar de ofrecer el auto motivos claros, transparentes y coherentes –como se anuncia en sus considerandos es lo que corresponde efectuar de modo riguroso a las autoridades judiciales–, se termina por utilizar una retórica garantista que al no coincidir con la decisión a la que se llega en el *sub lite*, despoja de motivación el

⁴ *Ibíd.*, p. 179.

⁵ *Ibíd.*, p.p. 179-180.

decisum, de suerte que se priva a la ciudadanía de los elementos materiales para establecer cuán correcta desde el punto de vista jurídico fue la decisión, esto es, cuán acertada jurídicamente resulta al contrastarse con el referente normativo derivado del ordenamiento constitucional que es, finalmente, el que la gobierna y la rige.

2. Desacuerdos en relación con la manera como la ponencia entiende y define el mecanismo de revisión eventual. Algunas contradicciones conceptuales e imprecisiones en las que se incurre

Las observaciones hechas en el presente acápite se refieren, en conjunto, a una argumentación desarrollada a la manera de *obiter dictum* en las consideraciones de la providencia que recibió el apoyo mayoritario, argumentación que se concentra en un tema no directamente relacionado con la decisión. A continuación manifestamos nuestra discrepancia en relación con la forma y con el fondo de estas consideraciones.

En cuanto a la forma toda vez que, si la tarea confiada por el legislador estatutario a esta Corporación, consistente en unificar jurisprudencia y configurar precedentes en materia de protección de intereses y derechos colectivos, ha de cumplir con rigor las exigencias que se exponen en la parte considerativa de la providencia de la que me aparto, en tal caso, resulta preciso e ineludible establecer una conexión entre la decisión que se falla y los motivos que le sirven de justificación.

No se trata de elaborar documentos retóricos o textos académicos con consideraciones doctrinarias de alto vuelo para luego contradecirlas en la parte resolutive; se trata de aportar argumentos expuestos con sencillez y claridad, de modo que logren demostrar por qué la decisión que se adoptó en la providencia es la correcta observada a la luz del referente de control que ofrece el ordenamiento constitucional en su conjunto.

Insisto, si en efecto se trata, como no podría ser de otra manera, de sentar precedentes aptos para orientar a la jurisdicción contencioso administrativa, a las otras jurisdicciones y a la sociedad, en general, brindando criterios o pautas claras y sencillas que contribuyan a garantizar la debida materialización de los derechos e intereses colectivos y el ejercicio acertado de las acciones previstas en el ordenamiento constitucional para asegurar la protección de estos derechos y lograr que se apliquen los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, respeto al acto propio y acceso a la justicia, el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo está obligado a efectuar una labor pedagógica que favorezca una mejor comprensión del tema objeto de unificación, así como debe motivar debidamente la decisión que en este contexto se profiera.

Como ya lo resalté, desde el punto de vista de su contenido, las consideraciones de la providencia mayoritaria en relación con el mecanismo de revisión eventual de acciones populares y de grupo despiertan reparos que enseguida paso a exponer.

Comienza el auto por establecer que la revisión eventual tiene unos rasgos propios que la diferencian de los recursos ordinarios y de los recursos extraordinarios –casación y revisión–. Encuentra que para caracterizar la revisión eventual lo acertado parece ser adoptar la clasificación doctrinal referida a los denominados recursos excepcionales; procesos de impugnación excepcionales o de grado supremo dado que esta figura se corresponde con la idea de *‘un proceso autónomo cuyo conocimiento se atribuye funcionalmente a la competencia del máximo órgano jurisdiccional del correspondiente ramo de la Jurisdicción –la Corte Constitucional o el Consejo de Estado, respectivamente–, cuya tramitación se encuentra justificada en motivos, en intereses y en principios que trascienden los alcances del proceso judicial de origen y a las partes implicadas en el mismo, pues comprometen a la colectividad, a intereses o principios como la igualdad, la seguridad jurídica, la protección de la buena fe o de la confianza legítima y la realización de la justicia material’* –folios 33-34–.

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 dos rasgos que, al tenor de la providencia mayoritaria, caracterizan la revisión eventual: i) ser un *“proceso autónomo”* –folios 33-34– y ii) no constituir una tercera instancia de decisión –folios 35, 67, 76–. Difícilmente se entiende cómo pueden conciliarse dos afirmaciones por entero contradictorias, tanto más cuanto 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 non reformatio in pejus”*, al respecto de lo cual se considera:

“como fundamento del propósito de unificar jurisprudencia que subyace al mecanismo de revisión eventual se encuentra el interés general representado en la seguridad jurídica, en la tutela efectiva de la confianza legítima y en la igualdad, postulados que deben ser preservados y garantizados por los jueces de la República en el desempeño de sus funciones; como razón adicional ha de agregarse que, la aludida garantía de la prohibición de reformar un fallo en detrimento del impugnante único tan sólo limita las competencias del juez superior cuando se trata de recursos ordinarios como el de apelación, situación que naturalmente resulta por completo diferente al escenario propio del mecanismo de revisión eventual”.

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 de efecto útil frente a este excepcional mecanismo. Dicho de otro modo: desconoce la providencia mayoritaria que, en vista del carácter rogado de la facultad 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 solo 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 inexecutable las expresiones contempladas en el inciso primero del artículo 11 “*de oficio o*” y “*Al efectuar la revisión decidirá sin las limitaciones propias de los recursos*” en los siguientes términos:

“En efecto, como 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 encuentra 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”.

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 inexecutable la facultad oficiosa que el legislador le había conferido al Consejo de Estado fue, precisamente, que con el ejercicio de tal facultad se ponía en entredicho la garantía del derecho constitucional fundamental al debido proceso.

Desde luego, lo afirmado en precedencia no puede llevarse al extremo de sostener que el tribunal Supremo de lo contencioso administrativo tenga que ver limitadas sus facultades de trazar los lineamientos para la interpretación de los derechos colectivos y tampoco podría significar que el mismo carezca de la facultad para establecer, por ejemplo, los rasgos que distinguen la acción popular de la acción de grupo, en particular, cuando esta última se circunscribe a facilitar la realización de derechos patrimoniales.

No cabe duda alguna además de que esta Corporación debe abstenerse de utilizar sus poderes para recortar garantías constitucionales y ha de encaminarse más bien a ampliarlas. En ese sentido, resulta pertinente aplicar el principio hermenéutico del efecto útil de la interpretación, así como el principio “*pro*

constitutione". Es decir, ha de primar la interpretación que garantice de mejor forma la vigencia de los preceptos constitucionales, tanto más por cuanto, en materia de acciones populares y de acciones de grupo, se funge como órgano de cierre, bajo el mandato de realizar al máximo los preceptos constitucionales; esto, desde luego, no significa dejar de lado que la Corte Constitucional todavía puede pronunciarse en sede de tutela sobre la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, cosa que, en efecto, debe quedar absolutamente clara.

Puesto de otra manera: en la sentencia C-713 de 2008 precisó la Corte Constitucional que el mecanismo de la revisión eventual no puede utilizarse para ejercer funciones de protección de los derechos fundamentales ni el control de legalidad. Sin embargo, a esta Corporación le corresponde proteger los derechos constitucionales colectivos y es allí donde resulta necesario distinguir la función de unificación jurisprudencial para su protección, que nos ha sido confiada, sin inmiscuirse en las facultades del juez de tutela e incurrir en el ámbito de la casación, que resulta extraña. Tema éste pendiente de definir que la providencia soslaya y que en todo caso deberá abordarse desde la perspectiva de un asunto que efectivamente lo permita.

Ahora bien, la ponencia mayoritaria concluye –y de ello comulgo– que el entendimiento que debe darse a la tarea de unificación jurisprudencial que le fue legalmente atribuida a esta Corporación en acciones populares y de grupo, no puede quedar atada a una finalidad meramente formal, porque por esa vía podrá resultar contraria a los objetivos supremos y esenciales que la Constitución asigna a la administración de justicia.

Difícilmente puede estarse en desacuerdo con lo expuesto por la mayoría cuando señala que aunque se hayan limitado las facultades, esto no debe ser utilizado como excusa en el instante en que se evidencie una situación de injusticia o de clara vulneración de los derechos colectivos y lo que se debe es actuar a favor de asegurar la protección efectiva de tales derechos. No obstante, resulta a mi juicio problemático sostener, como lo hace la ponencia, que la *ratio decidendi* de la sentencia C-713 de 2008 tiene que ver única y exclusivamente con la necesidad de motivar o no la decisión de seleccionar para la eventual revisión y que no se relaciona con el contenido material de los poderes del juez.

Si esto último constituye efectivamente la *ratio*, no existirían argumentos suficientes para poder actuar a favor de la defensa de los derechos vulnerados y esto, creo, está lejos de haber sido el objetivo de la Corte Constitucional en la sentencia C-713 de 2008. Queda pues de relieve que aunque la decisión se vale también en esta parte de los considerandos y –así sea solo “de pasada”–, de una argumentación garantista de derechos, ésta resulta ser muy débil en cuanto se apoya en una base conceptual exigua. Tan frágil que, basta leer la decisión adoptada, para constatar rápidamente cómo el talante garantista se evapora al momento de resolver.

Insisto en que si no obstante la Corte Constitucional declaró inexecutable las facultades que la ley le otorgaba a esta Corporación en sede de revisión eventual

de acciones populares y de grupo cuando obra en calidad de Corte de Casación – al considerar que tal atribución contrariaba el tenor literal del texto constitucional–, dejó incólumes aquellas que le son propias como Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por manera que la función de unificación de jurisprudencia lleva ínsita la garantía de efectividad de los derechos e intereses colectivos bajo aplicación de postulados de justicia material, dentro del marco del debido proceso de los sujetos involucrados.

Por último, debo hacer hincapié una vez más en que, al existir falta de coherencia entre los considerandos y la decisión adoptada en la providencia mayoritaria, se desconocen principios básicos de la lógica deductiva, pues las premisas contempladas en la parte motiva no se reflejan en la parte resolutive. Ya antes llamé la atención acerca de que en el auto apoyado por la mayoría habría tenido relevancia enfatizar, por ejemplo, que el mecanismo de revisión eventual no representa una tercera instancia y que, al margen de lo esbozado por el actor popular, no se podía acceder a la selección, por cuanto no se presentó desconocimiento o amenaza de vulneración de los derechos o intereses colectivos.

Consecuentemente, en el asunto que ocupó la atención de la Sala bien puede concluirse que, al resolver no seleccionar, no se desconoce el precedente estructurado sobre la base de que debe unificarse la jurisprudencia en torno a la aplicación de la Ley 1425, pues en el *sub lite* no se demostró la vulneración del derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres de donde es dable colegir que no hay lugar al incentivo o compensación.

Por tanto, al presentarse en la providencia mayoritaria una clara discordancia entre el caso puesto a consideración de la Sala, las razones utilizadas por la mayoría para decidirlo y la parte resolutive del fallo, el auto respecto de la cual me aparto quedó, a la postre, despojado de motivación. Los argumentos desarrollados “de pasada” acerca de la naturaleza y alcance de los precedentes judiciales, al tiempo que sobre el mecanismo de revisión y en relación, entre otras, con i) la identificación del mecanismo de revisión eventual como un medio impugnativo especial o excepcional; ii) el considerarse la revisión eventual en tanto instrumento autónomo y no constituir una tercera instancia de decisión; iii) la determinación del *thema decidendum* por parte del Consejo de Estado y la ausencia de aplicación de la *non reformatio in pejus*, en fin, iv) los alcances de la *ratio* de la sentencia C-713 de 2008 que, en opinión de la mayoría, restringe el mecanismo de revisión eventual a la unificación jurisprudencial dejando de lado consideraciones materiales, no contribuyeron a motivarla. Y no solo eso –como ya quedó suficientemente expuesto–, los referidos argumentos despiertan serios reparos de forma y de fondo.

Espero que lo dicho hasta este lugar resulte suficiente para ilustrar los motivos que me llevaron a apartarme respetuosamente de la decisión mayoritaria.

FECHA UT SUPRA

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO