

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

ÁREA : CONSTITUCIONAL - POPULAR
 ASUNTO : APELACIÓN SENTENCIA
 RADICACIÓN : 66001-31-03-005-2012-00465-03
 TEMAS : CONGRUENCIA – FIJACIÓN DE CAUCIÓN
 MG SUST. : CLAUDIA MA. ARCILA RÍOS

Con respeto de las consideraciones jurídicas formuladas en el proyecto mayoritario, disiento de las apreciaciones hechas en torno a la imposibilidad de adicionar el fallo en esta Superioridad para imponer a la accionada una garantía en los términos del artículo 42 de la Ley 472, pues estimo que conforme a la naturaleza misma de la acción ” (...) *su origen constitucional, la clase de derechos e intereses que protege y los efectos de las medidas que puede adoptar, el juez de la acción popular no limita su decisión a los hechos, pretensiones y excepciones alegadas y probadas por las partes, como se infiere de los poderes que le otorgó la Ley 472 de 1998.*”, así lo recuerda el Consejo de Estado en 2015¹, jurisprudencia como criterio auxiliar para esta especialidad y que viene de vieja data, según su línea decisonal².

En suma, en nada se demerita el principio de la congruencia para el particular caso de la acción popular aquí revisada en sede de apelación.

En adición, en el ámbito constitucional la posición es semejante, reciente sentencia (2016³) de la Colegiatura de cierre, señaló al resolver sobre una acción de tutela interpuesta contra las sentencias proferidas, en primera y segunda instancia, mediante las cuales se concedió el amparo a derechos colectivos con “*presunta violación de la congruencia*”, que se configuraba causal alguna de procedibilidad especial, al efecto empleó los siguientes

¹ CE, Sección 3ª. Sentencia del 29-10-2015, CP: Stella Conto Díaz del C.; No.2010-00343-01 (AP).

² CE, Sección 3ª. Sentencia del 19-06-2008, CP: Ruth S. Correa P.; No.2005-00005-01 (AP 19001); (ii) CE, Sección 1ª. Sentencia del 09-08-2012, CP: Stella Conto Díaz del Castillo; No.2010-00343-01 (AP); (iii) CE, Sección 1ª. Sentencia del 11-12-2014, CP: Ma. Elizabeth García G.; No.2012-00700-01 (AP).

³ CC. T-176 de 2016.

argumentos, que *in extenso* se transcriben enseguida, aún en desmedro de la brevedad, pero motivado por una plena y genuina ilustración del tema:

DEL ARTÍCULO 88 SUPERIOR Y LOS ARTÍCULOS 5º Y 34 DE LA LEY 472 DE 1998, SE DERIVA UN SISTEMA DISPOSITIVO DISTINTO, PROPIO DE LAS ACCIONES POPULARES. PARTICULARMENTE, EL JUEZ DE ACCIÓN POPULAR PUEDE PROFERIR FALLOS ULTRA Y EXTRA PETITA PARA AMPARAR LOS DERECHOS COLECTIVOS AMENAZADOS O VULNERADOS. Las facultades mencionadas tienen fundamento en las siguientes razones:

a) La interpretación literal de las disposiciones citadas, según las cuales, ante la amenaza o vulneración de un derecho colectivo el juez puede adoptar las medidas necesarias para hacer cesar la acción u omisión que dé origen a aquella circunstancia e, incluso, disponer lo necesario para volver las cosas al estado anterior a la transgresión del derecho. Así pues, en caso de que el operador judicial considere que las medidas solicitadas por el demandante no son suficientes para proteger el derecho colectivo desconocido, podrá adoptar cualquier remedio que estime conducente para restablecer su ejercicio.

b) La interpretación teleológica de las normas mencionadas, porque de su finalidad se puede establecer que, a pesar de que el actor popular no identifique con suficiencia las circunstancias que dan origen al desconocimiento del derecho colectivo, en caso de que el juez advierta que se probó un hecho transgresor que no había sido alegado específicamente por el demandante, deberá adoptar una determinación para hacerlo cesar.

Lo anterior ocurre porque se trata de una acción pública, que tiene como fin la defensa de derechos e intereses colectivos, esto es, de los cuales no es titular un sujeto determinado. Así pues, mediante esta acción no se plantean pretensiones subjetivas, sino se pone en conocimiento del juez una situación que afecta a la comunidad, pues con ésta se pretende precaver o superar la afectación de bienes que comprometen la existencia y desarrollo de la colectividad misma, es decir, hacer valer el interés general⁴.

En ese sentido, **en consideración a los fines que persigue la acción popular**, es posible afirmar que el juez tiene la obligación de analizar todos los hechos que se deriven de las pruebas aportadas al proceso. Entonces, en caso de que el material probatorio permita advertir la amenaza o vulneración del derecho colectivo invocado, el operador judicial deberá adoptar las medidas que considere pertinentes para protegerlo, incluso si la circunstancia que se probó en el proceso no fue expresamente alegada por el actor popular.

⁴ Ver sentencia C-622 de 2007; M.P. Rodrigo Escobar Gil.

c) La función del juez constitucional en el Estado Social de Derecho, que implica la obligación a su cargo de adoptar todas las medidas pertinentes para hacer efectivo el derecho cuyo amparo se solicita.

En términos generales, la función judicial en el Estado Social de Derecho se rige por el principio de prevalencia del derecho sustancial –artículo 228 Superior-, y en particular, la función del juez constitucional se rige también por el valor constitucional de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes - artículo 2º Superior-.

En ese orden de ideas, el juez constitucional tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias, encaminadas a hacer realidad el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución. En consecuencia, las decisiones que adopte el juez en aras de proteger tales derechos (que corresponden a los colectivos en el caso de las acciones populares), deben conducir a que cese la situación que motivó la solicitud de amparo.

Lo anterior implica que el juez de la acción popular tiene el deber de analizar todos los hechos que resulten probados en el proceso y en caso de encontrar probada la amenaza o vulneración de un derecho o interés colectivo, adoptar las medidas que considere pertinentes para restituir las cosas a su estado anterior o hacer cesar la amenaza, y de ese modo hacer realidad su uso y goce.

1. En síntesis, el trámite de la acción popular se caracteriza por regirse por un sistema dispositivo especial, en el que el juez goza de la facultad de proferir fallos *extra* y *ultra petita*, de manera que: (i) si en el curso del proceso se encuentra probada una nueva circunstancia que no fue alegada por el demandante, y que configura una amenaza o vulneración de un derecho colectivo, el juez de la acción popular tiene a su cargo la obligación de protegerlo; y (ii) en ejercicio de sus facultades oficiosas, el juez constitucional puede ordenar remedios que excedan las pretensiones presentadas por el actor popular en la demanda, siempre que resulte necesario para hacer cesar la vulneración o amenaza.⁵

No obstante, este sistema no implica que las facultades del juez sean absolutas, pues éstas encuentran su límite en los derechos al debido proceso y de defensa del demandado. Así pues, las determinaciones que se adopten en una acción popular están circunscritas a la *causa petendi* de la demanda, lo que significa que el operador judicial no puede decidir con fundamento en hechos y pretensiones que no tengan relación con los que le fueron puestos en conocimiento por el actor popular.

⁵ CC. T-443 de 2013.

Por manera, entonces, que ninguna razón jurídica valedera advierto en el caso analizado, para que se desatendieran los argumentos expuestos con amplitud por: (i) El Consejo de Estado, que bien si sabe no es constitutivo de precedente, actúa como juzgador de segunda instancia, por tener ese especial carácter, aún como Alta Corporación; así como (ii) Por la Corte de cierre en la materia constitucional.

Estas concisas apuntaciones habrán de servir en un futuro, ojalá no muy lejano, para que se reconsidere la postura asumida y se examine la cuestión a la luz de la irrefragable naturaleza constitucional, inherente a la acción popular; todo siempre en beneficio de los justiciables.

Pereira, Rda., 21 de septiembre de 2017



DUBERNEY GRISALES HERRERA
MAGISTRADO