

Sentencia T-274/12

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-

Procedencia por cuanto Tribunal vulneró derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia, por tener en cuenta prueba anticipada que se realizó 2 años después de iniciado proceso de acción de grupo

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-

Requisitos generales y especiales de procedibilidad

DEFECTO FACTICO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa y positiva

En cuanto a las dimensiones que puede revestir el defecto fáctico, esta Corporación ha precisado que se pueden identificar dos: La primera corresponde a una dimensión negativa que se presenta cuando el juez niega el decreto o la práctica de una prueba o la valora de una manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración y sin una razón valedera considera que no se encuentra probado el hecho o la circunstancia que de la misma deriva clara y objetivamente. En esta dimensión se incluyen las omisiones en la valoración de las pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. La segunda corresponde a una dimensión positiva que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución.

PRUEBA ANTICIPADA CON FINES JUDICIALES-Finalidad

Desde el punto de vista práctico las pruebas anticipadas con fines judiciales se explican por la necesidad de asegurar una prueba que después, al adelantarse el proceso correspondiente y por el transcurso del tiempo y el cambio de los hechos y situaciones, no podría practicarse, o su práctica no arrojaría los mismos resultados, como ocurre por ejemplo cuando una persona que debe rendir testimonio se encuentra gravemente enferma. Desde el punto de vista constitucional dichas pruebas tienen su fundamento en la garantía de los derechos fundamentales de acceso a la justicia, el debido proceso y el derecho de defensa o contradicción, contemplados en los Arts. 229 y 29 de la Constitución, en cuanto ellos implican, para las partes e intervinientes del proceso, no solamente la facultad de acudir a la

jurisprudencia y lograr que se cumpla la plenitud de las formas propias del mismo, sino también la de aducir y pedir la práctica de las pruebas necesarias con el fin de controvertir las de la contraparte y alcanzar la prosperidad de sus pretensiones o defensas, de conformidad con las normas sustanciales.

PRUEBA PERICIAL-Valor probatorio

La prueba pericial tendrá valor probatorio y, por consiguiente, podrá ser apreciada por el juez solamente si corresponde a un acto procesal que fue sometido al principio de contradicción y fue regular y legalmente practicado en el proceso, conforme a las reglas previstas en la ley para el efecto. Dicho de otro modo, si el dictamen pericial no ha sido decretado por un juez, o no ha sido controvertido en el proceso, carece de mérito probatorio y no puede ser valorado judicialmente porque no es una prueba legalmente practicada.

INFORMES TECNICOS-No son medio de prueba autónomo respecto de la prueba pericial

Referencia: expediente T-2972159

Acción de tutela instaurada por la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. EPSA E.S.P., contra las actuaciones y decisiones judiciales adoptadas por el Tribunal Administrativo del Valle Cauca con ocasión en la Acción de Grupo No. 2002-04564-01.

Magistrado Ponente:
JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil doce (2012)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Juan Carlos Henao Pérez -quien la preside-, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo emitido por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de nueve (9) de diciembre de dos mil diez (2010), con ocasión de la acción de tutela promovida por la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. contra el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, a través de apoderada.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

La Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P., instauró acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura con fundamento en los siguientes hechos:

- 1.1 La Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá fue construida entre 1950 y 1955 por la sociedad de capital estatal “*Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá Ltda.*”. Esta sociedad modificó con el tiempo su razón social por la de CHIDRAL S.A. E.S.P. y, la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca C.V.C, se convirtió en accionista de la misma. Posteriormente, a partir de la expedición del Decreto Ley 1275 de 1994, por el cual se reorganizó la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca C.V.C, se creó EPSA S.A. E.S.P. y, se ordenó a la Corporación transferir a la nueva empresa la totalidad del componente eléctrico, con todos sus activos y pasivos, entre ellos las acciones que poseían la Corporación en CHIDRAL S.A. E.S.P., la cual fue absorbida más adelante por EPSA S.A. E.S.P.
- 1.2 Entre el 24 de julio y el 26 de agosto de 2001, se realizaron actividades técnicas de mantenimiento en la presa de la central Hidroeléctrica del bajo Anchicayá para asegurar el correcto funcionamiento de la planta y la generación de energía destinada al servicio público de toda la Región. Con ocasión de las obras correspondientes, descendió el nivel del embalse lo cual ocasionó la salida de considerables volúmenes de agua y sedimentos que, a juicio de los demandantes en acción de grupo, terminaron afectando a los habitantes de las comunidades aledañas al Río Anchicayá.
- 1.3 Es así como, en ejercicio de la Acción de Grupo instaurada el 1º de octubre de 2002, se demandó a la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. –en adelante EPSA-, a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca y al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, con el fin de obtener el pago de perjuicios derivados del vertimiento de sedimentos por parte de EPSA.

- 1.4 El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura, mediante sentencia del 20 de mayo de 2009, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda de Acción de Grupo al disponer:

“QUINTO: Declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P, por los perjuicios ocasionados al grupo accionante, generados por el vertimiento de sedimentos en la cuenca del río Anchicayá, durante los días comprendidos entre el 23 de julio y 24 de agosto de 2001, en una proporción del 80% de las indemnizaciones.

SEXTA: La Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca C.V.C. debe responder con la indemnización de perjuicios ocasionados a los afectados en proporción de un 20% sobre el valor total de las indemnizaciones.

SÉPTIMO: Condenar a la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. y a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca C.V.C a pagar en la proporción señalada, por concepto de perjuicios materiales a favor de los accionantes, una indemnización colectiva que asciende a CIENTO SESENTA Y NUEVE MIL CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$169.054.678.044) PESOS M/CTE...

OCTAVO: El representante legal principal de la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P presentará públicamente excusas a la comunidad afectada, por los hechos acaecidos entre el 23 de julio y el 24 de agosto de 2001 en el Río Anchicayá, relacionados con el vertimiento de sedimentos en la cuenca del citado río.

DÉCIMO: Negar las demás pretensiones de la demanda. ”

- 1.5 En segunda instancia, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante providencia del 07 de septiembre de 2009, modificó el numeral SÉPTIMO de la sentencia de 20 de mayo de 2009, así:

“SEPTIMO.-CONDENAR a la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. y a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca C.V.C., a pagar en la proporción señalada, por concepto de perjuicios materiales a favor de las personas que integran el grupo afectado, una indemnización colectiva que asciende a la suma de

CIENTO SESENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS VEINTITRES PESOS M/CTE (\$166.945.944.823) suma que se pagará en la forma y términos señalados en la parte motiva de esta providencia.

El monto de la indemnización colectiva será entregado al Fondo para la Defensa de los derechos e Intereses Colectivos, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. Será administrado por el Defensor del Pueblo, quien también estará a cargo de pagar las indemnizaciones individuales de los grupos presentes y ausentes del proceso. ‘Todas las solicitudes presentadas oportunamente se tramitarán y decidirán conjuntamente mediante acto administrativo en el cual se reconocerá el pago de la indemnización, previa comprobación de los requisitos exigidos en la sentencia para demostrar que forma parte del grupo en cuyo favor se decretó la condena.’”

2. Fundamentos de la solicitud de tutela

Mediante la presente acción de tutela se invoca la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, los cuales se consideran conculcados por indebida aplicación del régimen probatorio, pues a juicio de la Empresa actora:

2.1 Se valoró el perjuicio de la acción de grupo a partir de una prueba inconducente que fue aportada contraviniendo la ley, pero que pese a ello se convirtió en el fundamento del informe pericial que tasó el monto del daño, lo cual se explica de la siguiente manera:

2.1.1 La vía de hecho en materia probatoria se funda entonces, a juicio de la Empresa actora, en que la demanda de acción de grupo fue radicada el 1º de octubre de 2002 y, pese a ello, el demandante en sede de acción de grupo solicitó al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura la práctica de una prueba “anticipada” consistente en un informe practicado por la Secretaría de Agricultura y Pesca del Valle del Cauca, el 24 de agosto de 2004, esto es, casi dos años después de iniciada la acción de grupo. Esta prueba fue, en su entender, incorporada de forma irregular en el expediente de acción de grupo.

2.1.2 Señala la actora que el requisito *sine qua non* para que una prueba pueda ser considerada como anticipada es, precisamente, que ella se produzca con anterioridad a que se dé inicio al proceso judicial y no de manera simultánea a éste y en procesos separados. Fue esa la razón que llevó al

Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura a dar por terminado el trámite de esa prueba mediante auto de 28 de noviembre de 2003. Sin embargo, el demandante solicitó que se continuara con su recaudo con el argumento de que dicha prueba no iba a ser aportada al proceso que se adelantaba en ejercicio de la acción de grupo sino a una posterior acción popular, de forma que la prueba siguió surtiéndose con la clara advertencia de que ella sólo podría usarse en futuros procesos.

2.1.3 Recuerda el actor, que en los términos del inciso 3 del artículo 183 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa de la Ley 472 de 1998, las pruebas anticipadas que se pretendan hacer valer en un proceso deben ser aportadas con la demanda o con la contestación de la demanda y su admisibilidad debe ser valorada por el juez cuando decida las que pidan las partes en el proceso, prueba que para ese momento no existía.

Es así como, pese a que en su sentencia de 7 de septiembre de 2009, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, indicó que la prueba anticipada no podía ser tenida en cuenta ya que fue ilegalmente aportada al proceso y en contradicción con el artículo 174 del C. de P.C. - dictamen rendido por la Secretaría de Agricultura y Pesca del Valle del Cauca de 1 de abril de 2003 y 24 de agosto de 2004 a cargo del Ingeniero Agrónomo Manuel Antonio Soto-, más adelante la relacionó como informe a tener en cuenta, toda vez que a su parecer se trató de una prueba solicitada por el demandante y decretada en el auto de pruebas, en el cual se solicitó la documentación relacionada con la contaminación del río Anchicayá que tuviera la Secretaria de Agricultura y Pesca del Valle del Cauca y la UMATA –informe que no es otro que el producto de la prueba anticipada-, de forma que éstos se convirtieron en el fundamento del Dictamen Pericial que sí se practicó dentro de la acción de grupo, a partir de los cuales se calculó el monto del perjuicio y, por esa vía se sustentó la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

2.2 Adicionalmente, estimó el actor que la prueba pericial ordenada dentro del proceso no fue idónea, en la medida que los informes que sirvieron de base para el cálculo de los perjuicios fueron el producto de una visita realizada por el Ingeniero Agrónomo de la Secretaría de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle, durante dos días a fincas escogidas al azar por éste, en la cual se realizaron una serie de preguntas subjetivas a sus habitantes, sin que los informes estuviesen precedidos de sustento técnico o científico, desconociendo que los mismos debieron practicarse por especialistas obligados a realizar pruebas técnicas y proyecciones económicas como soporte de sus conclusiones. En ese orden, no se allegaron estudios hidráulicos, biológicos, de comportamiento del río, de los sedimentos, conceptos de profesionales médicos o estudios químicos del suelo, entre otros, lo cual significa que el resultado multimillonario de la valoración del daño surgió de las observaciones generales de éste funcionario y de su

experiencia, así como de encuestas realizadas a los beneficiarios de la acción de grupo, lo cual constituye un defecto fáctico.

2.3 Igualmente, encuentra la actora como defecto fáctico, el hecho de que la perito contadora no efectuó de manera directa la valoración de los perjuicios materiales, sino que como ella misma lo afirma, estableció como perjuicios aquellos propuestos individualmente por los demandados a partir de la prueba indebidamente recaudada.

En términos generales, sostiene la Empresa actora, que tanto el daño como los perjuicios deben probarse mediante medios adecuados que conduzcan a establecerlo. En consecuencia, se omitió el deber de analizar integralmente la prueba y aplicar las reglas de la sana crítica. Entre los medios de prueba desconocidos enumera: i. el Acta levantada por la Fiscalía 37 de Buenaventura los días 12 y 13 de febrero de 2003 -antes de las visitas del ingeniero agrónomo Manuel Soto- realizada a propósito del proceso penal iniciado contra EPSA en el cual se da cuenta de que el nivel de las aguas no alcanzó más de tres metros y no se apreciaron cambios en el ecosistema del lugar; ii. La declaración realizada por el Director de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca C.V.C. , por la cual da cuenta de que no se puede afirmar que el proceso de sedimentación se deba únicamente a la descarga del embalse, como tampoco existe línea de base para realizar una comparación que permita establecer los daños causados por las descargas; iii. La declaración de Helbert Reyes Lozano del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, según la cual se trató de una afectación temporal del cauce con la probabilidad de recuperación a mediano y largo plazo, señalando que en todo caso hubo recuperación del ecosistema y, según sus informes, el Río Anchicayá logró recuperarse en el término de un año. Por lo anterior, no es posible establecer perjuicios del orden de la condena realizada a EPSA.

2.4 Se alega también la vulneración al derecho al debido proceso por omisión del traslado para alegar en el trámite de la apelación de la sentencia de primera instancia. Ello por cuanto la Ley 472 de 1998, remite al Código de Procedimiento Civil, artículo 360, según el cual el derecho a la defensa no se agota con la sustentación sino con el derecho de presentar alegatos. El Tribunal Contencioso del Valle del Cauca consideró que podía abstenerse de correr traslado para alegar, con lo cual vulneró el derecho de defensa.

2.5 Adicionalmente, considera la parte actora que se vulneró el derecho al debido proceso por trato desigual en el trámite de las solicitudes de anulación y por omisión en el deber de decidir. Así, el Tribunal decidió ignorar el recurso de nulidad interpuesto para decidir en la sentencia o simplemente se abstuvo de adoptar decisión. Indica que, en cambio, el apoderado de una de las comunidades presuntamente afectadas presentó incidente de nulidad, frente a lo cual el Tribunal rechazó el incidente y concedió el recurso de

apelación en el efecto devolutivo. Por su parte, las nulidades presentadas por EPSA por: i. no haber corrido traslado para alegar; ii. no haberse resuelto ni tramitado solicitud de nulidad presentada por pruebas ilegalmente allegadas al proceso, iii. no haber corrido traslado de las pruebas practicadas en segunda instancia y, iv. por ordenar el pago de una indemnización que ya se pagó, fueron negadas y no se concedió el recurso de apelación.

2.6 Finalmente, señala que se vulnera el debido proceso por ignorar el Tribunal que existía una condena pagada por la misma causa, en la medida que la comunidad acudió a un trámite administrativo de reparación ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

3. Peticiones

En consecuencia, la parte actora solicitó lo siguiente:

- 3.1 *“...Como consecuencia del otorgamiento del amparo, y como medida provisional ordenar la suspensión de los efectos de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y, por tanto, el adelanto de cualquier actuación encaminada a su ejecución, hasta tanto se decida, bien por esta vía, bien por la vía de la Revisión eventual o bien por la Revisión la (sic) extraordinaria, sobre la anulación o modificación de ésta.”*
- 3.2 *“En caso de declarar la prosperidad de la medida provisional de suspensión, remitir copia del presente memorial y de las pruebas que se anexan, a la Sección 3ª del Consejo de Estado a quien corresponde decidir sobre la revisión eventual, en la medida en que los documentos que se ponen a disposición del Tribunal, si bien obran en el expediente, se han ordenado para facilitar a los jueces el estudio y análisis, de las actuaciones que ameritan la escogencia del caso para la citada revisión...”*
- 3.3 *“En caso de encontrarlo procedente, anular la sentencia proferida en desarrollo de la Acción de Grupo instaurada contra mi representada y otros por (sic) Consejo Comunitario de la Comunidad Negra del Rio Anchicayá y otros, (Proceso No. 2002-04584-01 del Tribunal del Valle del Cauca).”*
- 3.4 *“En subsidio de la petición tercera proferir las ordenes (sic) u ordenar las pruebas que resulten pertinentes para modificar la sentencia, teniendo en cuenta que el Tribunal del Valle que tuvo la oportunidad de corregir las falencias del fallo de primera instancia, optó por ignorarlas y agravó su situación, al negarle el ejercicio de los derechos fundamentales enunciados”*.

3.5 *“Dar traslado a la Procuraduría General de la Nación con el fin de que acompañe toda esta actuación, como la de la selección para revisión eventual y, de encontrarlo útil poner en conocimiento de (sic) Defensoría del Pueblo, la demanda mediante la cual se instaura la presente acción.”*

4. Intervención de la parte demandada

4.1 Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Buenaventura – Valle del Cauca

Mediante oficio de 9 de abril de 2010, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Buenaventura, afirmó que al momento de la expedición del fallo de primera instancia, se pudo determinar luego de la revisión de 36 cuadernos que conforman el expediente, que la entidad accionante en tutela fue responsable del daño ambiental causado a la comunidad ribereña del Río Anchicayá, decisión que se fundó en todo el acervo probatorio aportado y practicado durante el curso del proceso. La Empresa de Energía hizo uso de todas las herramientas procesales para mostrar su inconformidad con varias de las actuaciones de instancia con lo cual se garantizó su derecho al debido proceso, en especial contra el dictamen pericial respecto del cual alegó error grave e interpuso además recurso de apelación, respectivamente.

Indica además que todo el proceso estuvo acompañado por el Ministerio Público, quien no recurrió la decisión de primera instancia sino por el contrario, ponderó el trabajo realizado en esta instancia y lo remitió a la ciudad de Bogotá para ser conocido por el Procurador Delegado ante el Consejo de Estado. Por lo anterior, se reafirma en su fallo y solicita declarar improcedente la tutela instaurada por la Empresa de Energía del Pacífico.

4.2 Germán Ospina Muñoz en calidad de representante del Consejo Comunitario Mayor de la Comunidad Negra del Río Anchicayá

Considera el apoderado del Consejo Comunitario que no resulta aceptable que la Empresa de Energía del Pacífico alegue la existencia de un perjuicio irremediable fundada en que no tendría cómo pagar el perjuicio, más aún cuando fue responsable de causar graves daños a la comunidad.

Afirma además que ni EPSA ni la CVC han cancelado a las comunidades, a través de la Defensoría, la suma de dinero a la cual fueron condenadas. Tampoco el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca ha entregado la primera copia de la sentencia por la cual se ordenó la indemnización en orden a iniciar la correspondiente acción ejecutiva, con el argumento de que se encuentra pendiente la revisión de la sentencia ante el Consejo de Estado. Posición que no comparte en tanto la revisión no es una tercera instancia sino

un mecanismo dirigido a unificar jurisprudencia. Por tanto, no existe perjuicio irremediable en razón a que no habrá pago porque es jurídicamente imposible cobrar la suma señalada como indemnización sin la copia de la sentencia, por lo cual no es cierto que la actora en sede de tutela esté en riesgo de ver afectado su patrimonio.

Considera además, que no existe argumento dentro de la tutela para atacar actuaciones como las pruebas y demás actuaciones válidamente realizadas dentro del proceso, las cuales se practicaron respetando el debido proceso, la sana crítica y los demás derechos fundamentales.

Otro aspecto que estima relevante el apoderado de la Comunidad es que la tutela es un mecanismo subsidiario, solamente procede cuando no exista otro mecanismo jurídico para controvertir el acto y, en el presente caso, sí existe otro mecanismo de defensa como es la revisión eventual que cursa en el Consejo de Estado, el cual es ágil y expedito, de forma que la sentencia que se demanda en tutela no ha agotado todos los recursos judiciales.

Considera que los informes remitidos por la Gobernación del Valle fueron debidamente decretados por el mismo Consejo de Estado, mediante providencia del 9 de junio de 2005, por la cual se accedió a ordenar a la Secretaría de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle del Cauca y de la UMATA de Buenaventura su remisión, a fin de determinar el perjuicio agrícola y pesquero sufrido por los habitantes de la región. Una vez estos informes se presentaron al proceso, no como prueba anticipada, la EPSA utilizó los recursos jurídicos a su alcance. Es así como, frente al dictamen pericial de la Contadora Rita I. Góngora y los citados informes que formaron parte de él, se alegó error grave, pero por la irregularidad en el aporte de la prueba y no por motivos de fondo dirigidos a dejar sin piso los informes. Además, presentaron sus alegatos con fundamento en las mismas presuntas irregularidades de forma. Finalmente, interpusieron incidente de nulidad contra el fallo de segunda instancia nuevamente alegando el mismo defecto de forma, de suerte que el Tribunal no aceptó dichos argumentos tantas veces derrotado y procedió a despacharla en forma negativa y en la actualidad cursa el recurso extraordinario de revisión ante el Consejo de Estado.

Por todo lo expuesto, solicita el Juez negar la tutela interpuesta.

4.3 Tribunal Administrativo del Valle del Cauca

Mediante el Oficio 471 de 16 de febrero de 2010, se notificó al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca de la demanda de tutela interpuesta por la Empresa de Energía del Pacífico y, se le otorgó un plazo de dos (2) días para intervenir, sin que hasta la fecha hubiese presentado escrito alguno. (Ver Folio 67 Cuaderno de Tutela Consejo de Estado).

5. Medidas adoptadas y pruebas allegadas

5.1 Mediante Auto de veintinueve (29) de junio de 2011, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional ordenó la suspensión de términos del trámite de revisión, así como la práctica de las siguientes pruebas: 1. Remisión del expediente correspondiente a la Acción de Grupo radicada con el número 76-001-23-31-000-2002-04584-01 de la referencia. 2. Certificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la cual se estableciera si la acción de grupo fue objeto de selección para revisión. Igualmente, se ordenó vincular a través de un medio escrito de comunicación de amplia difusión en el Departamento del Valle a todos los grupos y personas interesadas en la presente tutela, a fin de garantizar su derecho de defensa.

Por auto de 13 de julio de 2010, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca manifestó su imposibilidad de remitir el expediente en razón a que éste se envió al Consejo de Estado el 16 de diciembre de 2009, con el fin de surtir el trámite de eventual revisión de que trata el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

De otro lado, según Auto de 12 de julio de 2011, de la Secretaría General del Consejo de Estado, la sentencia de acción de grupo para eventual revisión fue incluida para estudio en Salas de 9 de febrero y 29 de junio de 2011, sin que a esa fecha se hubiese logrado evacuar el expediente, por lo cual no existe definición en tal sentido.

La comunicación dirigida a todos los interesados con el fin de hacer posible el ejercicio de su derecho de defensa se publicó en el Diario El País de Cali, el día viernes 8 de julio de 2011. (Ver folio 209 del cuaderno principal de la Corte Constitucional)

5.2 Por Auto de 25 de enero de 2012, se ordenó como medida cautelar suspender la orden de pago contenida en la Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca de 7 de septiembre de 2009, proferida dentro de la Acción de Grupo 2002-04584-01.

5.3 La parte demandante allegó copia del proceso No. 2002-04584-01 en tres cuadernos así: i. Cuaderno 1 del folio 1 al 454. ii Cuaderno 2 del Folio 455 al 1017. iii. Cuaderno 3 del Folio 1018 al 1400.

6. Sentencias objeto de revisión

Son objeto de revisión en sede de tutela:

6.1 Sentencia de 20 de mayo de 2010, proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante la cual se decidió RECHAZAR por improcedente el amparo propuesto, por las

siguientes razones: 1. No se cumplió con el requisito jurisprudencial que exige que la sentencia se halle ejecutoriada, puesto que el juez de tutela no puede ocuparse de un asunto que está siendo objeto de estudio por parte del juez ordinario, en razón a que éste no puede ser reemplazado por el juez constitucional. 2. Aunque la tutela puede interponerse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, se impone que el perjuicio sea: i. inminente –que pueda suceder prontamente-, ii. grave, iii, las medidas que se requieran sean urgentes y iv, que la acción de tutela sea impostergable para garantizar el orden social justo en toda su integridad. Teniendo en cuenta lo anterior consideró que en el caso concreto no se demostró la existencia de un perjuicio que cumpliera con tales características, máxime cuando se advirtió que dentro del proceso de acción de grupo el actor hizo valer sus derechos, inclusive objetando por error grave el dictamen pericial sobre los perjuicios ocasionados al grupo accionante; presentando recurso de apelación al fallo de primera instancia, cuatro (4) nulidades y una solicitud de aclaración propuestas contra la sentencia de segunda instancia.

6.2 Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 9 de diciembre de 2010, por la cual se confirmó la decisión de negar la tutela impetrada por la Empresa de Energía del Pacífico, al estimar que resultaba improcedente la tutela para cuestionar decisiones de los jueces o de cualquier otra autoridad judicial.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Dos, mediante auto del 25 de febrero de dos mil once (2011), dispuso aceptar su revisión por la Corte Constitucional.

Competencia

1. Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en las demás disposiciones pertinentes.

Problema jurídico

2. Corresponde a la Sala Tercera de Revisión establecer si se estructura un defecto fáctico capaz de vulnerar los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P., en el trámite del proceso de **Acción de Grupo** instaurado por el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra del Río Anchicayá y otros, a partir de los fallos proferidos por el Juzgado Administrativo del Circuito de Buenaventura el 20 de mayo de 2009 y por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca el 7 de septiembre de 2009, al permitir

que como fundamento esencial del dictamen pericial por el cual se estableció el monto del daño objeto de la acción de grupo, se incorporara un informe técnico practicado a título de prueba anticipada en otra instancia judicial simultánea a la acción de grupo, el cual a juicio del actor además de que fue indebidamente incorporada al proceso, carecía de fundamento objetivo de valoración.

3. Para el efecto, la Sala Tercera de Revisión estudiará: (i) la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración. (ii) Verificación de los requisitos genéricos de procedibilidad de la acción de tutela en el caso concreto, en punto a verificar si estos presupuestos aplican al caso, especialmente el requisito de subsidiaridad al tratarse de una acción de grupo que se encuentra pendiente de selección para revisión ante el Consejo de Estado. (iii) Se revisará en términos generales en qué consiste el defecto fáctico. Reiteración. (iv) Se establecerá cuál es el alcance de la prueba anticipada, cómo y en qué oportunidad se ejerce el derecho de contradicción y cuál es el procedimiento para incorporar dicha prueba al proceso de destino. (v) De igual forma se analizará el alcance y características del dictamen pericial y de los informes técnicos. (vi) Finalmente se resolverá el caso concreto.

Consideraciones

Procedencia de la Acción de Tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia

4. Conforme al precepto contenido en el artículo 86 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha desarrollado una amplia doctrina acerca de la procedencia de la acción de tutela contra las providencias expedidas por las autoridades judiciales. En un comienzo, esta atribución encontró fundamento en los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991. No obstante, aunque dichas disposiciones fueron declaradas inexecutable mediante la sentencia C-543 de 1992, por considerar que valores como la seguridad jurídica y la cosa juzgada eran relevantes en nuestro sistema normativo en tanto justificaban la intangibilidad de las decisiones judiciales, se previno que ciertos actos no gozaban de tales cualidades y que, por tanto, frente a *actuaciones de hecho*, la acción de tutela sí resultaba procedente para proteger los derechos fundamentales.

5. Frente al caso materia de tutela, la Corte ha sido positiva en afirmar que la acción de tutela procede, a pesar de su carácter subsidiario, contra providencias judiciales en las cuales se vislumbra vulneración a los derechos fundamentales. En ese orden, la Corte ha registrado una importante evolución de su jurisprudencia a partir de la citada sentencia C-543 de 1992, de manera que sentencias como la T-079 de 1993¹ y T-158 de 1993

¹ En la sentencia T-079 de 1993, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional confirmó un fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el cual la Sala de Casación

precisaron un conjunto de defectos que podrían llegar a justificar el amparo de derechos fundamentales de aquellos ciudadanos que acuden a la Administración de Justicia para la solución de sus conflictos, como la ausencia de fundamento objetivo de la decisión judicial o que el juez profiriera la providencia arrogándose prerrogativas no previstas en la ley.

6. En esa dirección, la Sentencia T-231 de 1994 trazó pautas orientadas a delimitar el enunciado “*vía de hecho*” respecto de providencias judiciales, para lo cual señaló los siguientes vicios que harían viable la acción de tutela contra aquellas: (1) defecto sustantivo; (2) defecto fáctico; (3) defecto orgánico; ó (4) defecto procedimental; doctrina constitucional que se ha precisado y reiterado en varias providencias de unificación proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las sentencias SU-1184 de 2001 y SU-159 de 2002.

7. Esa misma evolución jurisprudencial ha propiciado que la Corte revalúe el concepto de vía de hecho declarado como el acto absolutamente caprichoso y arbitrario² que interesa al juez constitucional y, en su lugar, prefiera el enunciado de “*causales genéricas de procedibilidad de la acción*”³ con el fin de “*armonizar la necesidad de proteger los intereses constitucionales que involucran la autonomía de la actividad jurisdiccional y la seguridad jurídica, sin que estos valores puedan desbordar su ámbito de irradiación y cerrar las puertas a la necesidad de proteger los derechos fundamentales que pueden verse afectados eventualmente con ocasión de la actividad jurisdiccional del Estado (Sentencia T-462 de 2003)*”⁴.

8. Cuota importante en la mencionada evolución jurisprudencial la aportó la Sentencia C-590 de 2005, por la cual se fortalecieron los precedentes jurisprudenciales proferidos hasta esa fecha, en tanto fueron reproducidos

Civil consideró que era evidente la vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la accionante. Manifestó la Sala Tercera en aquella ocasión: “*Una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona.*

*Carece de fundamento objetivo la actuación manifiestamente contraria a la Constitución y a la Ley. La legitimidad de las decisiones estatales depende de su fundamentación objetiva y razonable. El principio de legalidad rige el ejercicio de las funciones públicas (CP art. 121), es condición de existencia de los empleos públicos (CP art. 122) y su desconocimiento genera la responsabilidad de los servidores públicos (CP arts. 6, 90). Una decisión de la autoridad no es constitucional solamente por el hecho de adoptarse en ejercicio de las funciones del cargo. Ella debe respetar la igualdad de todos ante la ley (CP art. 13), principio que le imprime a la actuación estatal su carácter razonable. Se trata de un verdadero límite sustancial a la discrecionalidad de los servidores públicos, quienes, en el desempeño de sus funciones, no pueden interpretar y aplicar **arbitrariamente** las normas, so pena de abandonar el ámbito del derecho y pasar a patrocinar simple y llanamente actuaciones de hecho contrarias al Estado de Derecho que les da su legitimidad.*

La decisión revestida de las formalidades de un acto jurídico encubre una actuación de hecho cuando ésta obedece más a la voluntad o al capricho del agente estatal que a las competencias atribuidas por ley para proferirla.”

² Sentencia T-008 de 1998.

³ Ver al respecto las sentencias T-949 de 2003 y T-774 de 2004.

⁴ Sentencia T-949 de 2003

por un fallo de constitucionalidad con efectos *erga omnes*, en el cual a propósito de la Ley 906 de 2004 -Código de Procedimiento Penal-, la Corte estableció que una cosa es que el legislador no permita la utilización de recursos contra las sentencias que resuelvan el recurso extraordinario de casación en materia penal, en desarrollo de su libertad de configuración y, otra muy distinta, que excluya la procedencia de la acción de tutela prevista en el artículo 86 constitucional para la protección de los derechos fundamentales contra toda acción u omisión de cualquier autoridad pública.

En esta sentencia, se advirtió expresamente que la acción de tutela contra fallos judiciales sólo procedía cuando se cumplían ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos distinguió unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan la procedencia misma del amparo, una vez interpuesta.

Entre los requisitos generales, la sentencia acopió y definió los siguientes:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional⁵. (...)’.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable⁶.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración⁷.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora⁸. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos

⁵ Sentencia 173/93.

⁶ Sentencia T-504/00.

⁷ Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05

⁸ Sentencias T-008/98 y SU-159/2000

*vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible*⁹.

*f. Que no se trate de sentencias de tutela*¹⁰. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”

9. De la misma forma, el fallo enlistó varias causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, entre ellas:

“25. Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

“b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

“c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

“d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales¹¹ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

“e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

⁹ Sentencia T-658-98

¹⁰ Sentencias T-088-99 y SU-1219-01.

¹¹ Sentencia T-522/01.

“f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

“g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado¹².

“h. Violación directa de la Constitución.

“Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.” (Resaltado fuera de texto)

10. Preciado el marco conceptual de la acción de tutela contra providencias judiciales, pasa la Corte a examinar si en el presente caso se configuran los requisitos genéricos que autorizan el estudio por vía de tutela de las providencias judiciales proferidas por el Juzgado Administrativo de Buenaventura y el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en desarrollo de la acción de grupo No. 2002-04584-01.

Verificación de los requisitos genéricos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales en el caso concreto

11. Pasa la Sala a examinar si en el presente caso se configuran los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Respecto de estos requisitos, es claro que la acción de tutela instaurada: (i) no ataca un fallo de tutela; (ii) se han identificado de manera concreta los hechos que a juicio del actor quebrantan sus derechos, esto es, la incorporación indebida de una prueba al proceso de acción de grupo a partir de la cual se estableció el monto de los perjuicios, así como la falta de idoneidad de la prueba pericial ordenada para este fin, aspectos que considera defectos fácticos que habilitan la acción de tutela; (iii) se cumple con la invocación del derecho fundamental violado, que en este caso se concreta en el debido

¹² Cfr. Sentencias T-1625/00, T-1031/01, SU-1184/01 y T-462/03.

proceso y en el acceso a la Administración de Justicia, asunto que tiene la relevancia constitucional requerida para que resulte procedente la acción de tutela contra providencias judiciales; iv) se cumple con el requisito de inmediatez en consideración a que la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que es objeto de la presente acción de tutela, se profirió el 7 de septiembre de 2009 y la acción fue interpuesta el 8 de febrero de 2010, esto es, dentro del término razonable estimado por la Corte Constitucional en su jurisprudencia para su procedencia, de manera que la tensión que existe entre el derecho a cuestionar las decisiones judiciales mediante la acción de tutela y el derecho a la firmeza de las sentencias y a la seguridad jurídica sea resuelto dentro de un plazo proporcionado¹³.

12. Ahora bien, frente al requisito de subsidiaridad, encuentra la Sala que de conformidad con el inciso 4 del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela “*Solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”. En el mismo sentido, el numeral 1° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, dispuso: “*La acción de tutela no procederá (...) Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.*”

En virtud de las disposiciones indicadas, esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela se funda en el principio de subsidiariedad. Es decir, por regla general, la acción de tutela sólo procede cuando el accionante haya agotado oportunamente todos y cada uno de los recursos o medios de defensa judicial previstos por el legislador para obtener la protección de los derechos presuntamente vulnerados.

En el presente asunto, los jueces constitucionales de primera y segunda instancia rechazaron el amparo solicitado por vía de tutela, en razón a que frente a la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca no se ha agotado la posibilidad de revisión eventual de la acción de grupo por parte del Consejo del Estado. Sobre el punto se verifica que el Consejo de Estado en providencia del veintiocho (28) de marzo de dos mil doce (2012) seleccionó para revisión eventual la sentencia del siete (7) de septiembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Si se tiene en cuenta que, precisamente, corresponde al juez constitucional valorar los medios de defensa y evaluarlos “... *en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.*”, la Sala advierte que aunque en efecto existe la posibilidad de revisión ante al Consejo

¹³ Sentencia T-504 de 2000.

de Estado, el retardo en su materialización lo convierte en un mecanismo que a la fecha no ofrece la idoneidad necesaria para resolver la posible vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia y cuya indefinición genera incertidumbre frente a una orden de pago que tiene la potencialidad de afectar el erario. Ello si se tiene en cuenta que han transcurrido dos (2) años sin que se haya definido por parte del Consejo de Estado la selección para revisión de la citada acción de grupo.

Este argumento se encuentra suficiente para revisar en sede de tutela si el juez de la acción de grupo cumplió con el deber positivo que asiste a todas las autoridades públicas y, especialmente, a las autoridades judiciales, de preservar los derechos fundamentales como núcleo esencial de la Constitución Política. Basta recordar que la realización del interés general sólo puede ser efectiva a partir de la preservación de los derechos fundamentales, razón de sobra para insistir en preservar el equilibrio y proporción entre la protección del interés del grupo y la del derecho fundamental.

13. Adicionalmente, se debe recordar que es posición reiterada de esta Corporación, que aun en el evento en el cual esté pendiente la posible revisión por parte del Consejo de Estado de una acción popular o de grupo, tal situación no excluye la procedencia de la acción de tutela por causa de la posible afectación de derechos fundamentales. Así, en cuanto hace relación a la acción popular y a la acción de grupo, la sentencia C-713 de 2008 por la cual se revisó la constitucionalidad del inciso primero del artículo 11 del entonces proyecto de la Ley 1285 de 2009, mediante la cual se reguló el trámite de revisión de estas acciones, señaló:

*“[...] 10.- Finalmente, en cuanto al inciso primero del artículo 11 del proyecto, la Corte debe condicionar la exequibilidad de la norma, en el entendido de **que en ningún caso se impide interponer la acción de tutela contra la sentencia objeto de revisión**, la decisión de no selección o la decisión que resuelva definitivamente la revisión, **cuando de manera excepcional se configuren los requisitos exigidos por la jurisprudencia para tal fin**.”*

*En lo concerniente a la procedencia de la tutela es preciso recordar que ejercen jurisdicción constitucional los jueces y corporaciones que deban resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de derechos constitucionales (art. 43 LEAJ). **Todos hacen parte de la denominada Jurisdicción Constitucional en sede de tutela, ‘quienes a su vez ‘son jerárquicamente inferiores a la Corte Constitucional’**¹⁴, por cuanto dicho Tribunal actúa como órgano límite o de cierre de esa jurisdicción, a través*

¹⁴ Auto de Sala Plena 010 de 2004.

de la revisión de las decisiones judiciales que por la vía del amparo se profieran.

En este aspecto tienen cabida los argumentos reseñados al analizar los artículos 4º y 7º del proyecto, relativos a la procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales, fundamentos a los cuales la Corte hace remisión expresa y directa [...]” (Resaltado subrayado fuera de texto)

14. En esos términos, la Corte ha sido reiterativa en el sentido de afirmar que cuando unos determinados hechos puedan dar lugar a una acción de tutela o a otra acción constitucional, la tutela será de todas formas procedente. Así, por ejemplo, en el campo de los servicios públicos domiciliarios se ha afirmado que *“la acción de tutela dirigida a obtener obras de alcantarillado no es improcedente por la existencia de otros medios de defensa judicial como las acciones populares, cuando se demuestra que existe una violación o amenaza directa al derecho fundamental de la persona que interpone la tutela y que esta situación tenga una relación de causalidad directa con la omisión de la administración que afecte el interés de la comunidad, dado que en estos casos se genera una unidad de defensa, que obedece al principio de economía procesal y al de prevalencia de la acción de tutela sobre las acciones populares”*¹⁵.

15. Como se observa, esta posición jurisprudencial resulta acertada en la medida en que resuelve un problema sistémico del contencioso constitucional, esto es, aquel que se presenta cuando teóricamente caben acciones diversas para la protección de una misma o de diferentes situaciones jurídicas. Sin querer llegar al extremo de afirmar que la acción de tutela excluye en estas hipótesis la acción de grupo, lo claro es que la jurisprudencia ha establecido que por unidad de defensa, por economía procesal y por prevalencia de la acción de tutela, ésta prima sobre aquella.

Esta Corte ya se ha pronunciado sobre la materialización de tal facultad. Así, mediante Sentencia T-391 de 2007, se anuló parcialmente un fallo de acción popular proferido por el Consejo de Estado, al verificar que respecto de él se estructuraban causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por cuanto el medio elegido para la protección de los derechos colectivos amparados dentro del proceso de acción popular, promovido por la “Fundación Un Sueño por Colombia” contra el programa “El Mañanero de La Mega”, constituía una vía de hecho sustantiva por violación directa del artículo 20 que garantiza la libertad de expresión. Al respecto, indicó la Corte:

“4.3.4. Es pertinente recordar que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, las acciones populares

¹⁵ Sentencia T-022 de 2008.

cuentan con un régimen específico para la protección de los derechos colectivos, y prevalecen sobre la acción de tutela cuando se trata de proteger derechos de esta índole. Sin embargo, también ha explicado esta Corte que la especificidad del régimen de las acciones populares, así como la prevalencia de estas vías procedimentales para la protección de los derechos colectivos, no obstan para que sea procedente la acción de tutela en casos en los que se demuestre que ha existido, en el contexto de la vulneración o amenaza de un derecho colectivo, una afectación de derechos fundamentales específicos. En igual sentido, el carácter especial del régimen de las acciones populares, y la preferencia de estas acciones sobre otras vías procesales para efectos de lograr la protección de derechos colectivos, no obstan para que sea procedente la acción de tutela como medio de protección judicial de derechos fundamentales concretos y específicos que resulten afectados, amenazados o lesionados con motivo de las actuaciones judiciales adelantadas al dar curso y decidir una acción popular. En tanto jueces de la República, los funcionarios jurisdiccionales que conocen de las acciones populares también están sujetos a la primacía de los derechos fundamentales (art. 5, C.P.), por lo cual sus decisiones, en la medida en que constituyan vías de hecho con incidencia sobre derechos fundamentales, están sometidas al control del juez de tutela, sin que se puedan invocar la primacía o especificidad de las acciones populares para efectos de sustraerlas de dicho control –ya que el objeto del control de tutela es preservar los derechos fundamentales, no los derechos colectivos-. De igual forma, la existencia de un régimen legal y procesal específico para las acciones populares, no obsta para que en materia de interpretación de la Constitución, y en particular de los derechos fundamentales, sea la Corte Constitucional el órgano de cierre, por mandato expreso de la Carta (art. 241, C.P.).” (Resaltado fuera de texto)

Otro caso particular lo constituye la sentencia SU-913 de 2009, por la cual se revisó la sentencia proferida en un proceso de acción popular relativo al concurso de notarios en el país, aún pendiente de revisión en el Consejo de Estado, al estar de por medio el derecho al debido proceso de los concursantes que obtuvieron mayor puntaje y veían conculcados sus derechos por el desconocimiento indebido de puntaje ordenado por la ley.

16. En ese orden, al advertir que en este caso concreto se plantea una posible vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia y que la posible revisión de la acción de grupo respecto de la cual se predicen estas violaciones no garantiza su protección por haber transcurrido dos (2) años sin que se resuelva acerca de su selección,

la Sala Tercera de Revisión procederá a verificar las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela respecto de la providencia de 7 de septiembre de 2009 proferida por el Tribunal Contenciosos del Valle del Cauca.

Defecto fáctico. Reiteración

17. La labor del juez de tutela en relación con el defecto fáctico se encuentra estrictamente limitada a aquellos eventos en que, en su actividad probatoria, el funcionario judicial incurre en errores de tal magnitud que, por su evidencia, tornan la decisión judicial en arbitraria e irrazonable. Esto supone que la acción de tutela carece de alcance para realizar un juicio de corrección sobre la valoración probatoria; en cambio, como lo expone la doctrina jurisprudencial, en el defecto fáctico existe “...un juicio de evidencia, en el cual el juez ordinario incurrió en un error indiscutible en el decreto o apreciación de la prueba”. Este error debe guardar una relación intrínseca con el sentido de la decisión judicial, de modo que, de no concurrir ese error manifiesto, la sentencia hubiera adoptado un sentido distinto¹⁶.

18. La jurisprudencia constitucional ha identificado dos formas por medio de las cuales puede manifestarse el defecto fáctico: de manera **negativa**, es decir, cuando el juez se niega a decretar una prueba o se abstiene de valorar las pruebas allegadas al expediente o lo hace de modo arbitrario¹⁷, no razonable y caprichoso; de forma **positiva**, cuando el juez aprecia pruebas que obran en el expediente, las cuales, no ha debido admitir ni valorar por cuanto fueron recaudadas de manera indebida o porque no tiene la vocación de servir de prueba, lo cual implica desconocer el texto constitucional - artículo 29 superior-¹⁸.

En otras palabras, se presenta defecto fáctico **por omisión** cuando el juzgador se abstiene de decretar pruebas. Lo anterior trae como consecuencia “*impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido*”¹⁹. Existe defecto fáctico **por no valoración del acervo probatorio**, cuando el juzgador omite considerar pruebas que obran en el expediente bien sea porque “*no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente*”²⁰. De otro lado, el defecto fáctico por **valoración defectuosa del material probatorio** cuando “*el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico*

¹⁶ Sentencia T-288 de 2011.

¹⁷ Sentencia T-239 de 1996.

¹⁸ Sentencia T-538 de 1994.

¹⁹ Sentencia SU – 132 de 2002.

²⁰ Sentencia T-814 de 1999.

*debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva²¹”, dando paso en el último caso a un defecto fáctico por no excluir o por valorar una **prueba obtenida de manera indebida.***

19. En esos términos, la intervención del juez de tutela en relación con el margen de apreciación dado por el juez de conocimiento debe ser extremadamente reducido, por respeto al principio de autonomía judicial y al principio del juez natural, los cuales impiden al juez de tutela realizar un examen exhaustivo del material probatorio y, porque las simples diferencias de valoración en la apreciación de una prueba no constituyen errores fácticos. El juez de conocimiento, frente a interpretaciones diversas y razonables, debe determinar cuál es la que mejor se ajusta al caso concreto. En su labor, el juez no solo es autónomo, sino que sus actuaciones se presumen de buena fe. En consecuencia, el juez de tutela debe partir de la corrección de la decisión judicial, así como de la valoración de las pruebas realizadas por el juez natural.

20. Finalmente, para que la tutela resulte procedente ante un error fáctico, *el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto²².*

21. Descendiendo al caso sometido a consideración de la Sala, se recuerda que bajo el entendimiento del actor el peritaje ordenado dentro de la acción de grupo No. 2002-04584-01, se fundó para la estimación del monto de los perjuicios, en un informe indebidamente allegado al proceso al cual se le otorgó la calidad de prueba anticipada. Así, aunque por un lado el Tribunal Contencioso del Valle del Cauca expresamente señaló que no se tendría en cuenta el dictamen practicado por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura con el fin de valorar los perjuicios sufridos por los habitantes de la ribera del Río Anchicayá, que consistió en un informe ordenado a la Secretaría de Agricultura y Pesca del Departamento del Valle del Cauca, por otro, ordenó a la citada Gobernación en el Auto que decretó la práctica de pruebas, allegar el citado informe, pese a que el artículo 183 del Código de Procedimiento Civil señala que si se trata de prueba anticipada, se apreciará como tal la que se presente con la demanda, al contestar las excepciones o la contestación de la misma, de manera que el juez debe resolver sobre su admisión cuando decida la solicitud de las que piden las partes, lo cual no ocurrió en este caso.

²¹ *Ibíd.*

²² Sentencia SU-159 de 2001, reiterada en Sentencia T-061 de 2007.

22. Es así como, antes de abordar el caso concreto, la Sala se referirá en términos generales a lo que se entiende por prueba anticipada, así como definirá las características de un dictamen pericial y de un informe técnico en punto a definir las particularidades del caso sometido a su consideración.

La prueba anticipada

23. Los medios de prueba son autorizados por el legislador de manera taxativa o enunciativa y tienen por finalidad crear en el juez certeza sobre la verdad de los hechos que son materia del proceso, para que pueda aplicar el derecho al caso sometido a su decisión. El Código de Procedimiento Civil admite la libertad probatoria al prescribir que sirve como prueba cualquier medio que sea útil para la formación del convencimiento del juez (art. 175), de manera que las pruebas pueden practicarse en el curso del proceso o por fuera de él, caso en el cual se está frente a la prueba anticipada -que puede practicarse con fines judiciales o extrajudiciales-, a la prueba trasladada y a la prueba comisionada, entre otras.

24. Entre los principios que inspiran la estructuración y la interpretación de las normas jurídicas procesales se encuentra el de inmediación, en virtud del cual el juez debe tener de principio a fin una relación directa y sin intermediarios con el proceso, tanto con los demás sujetos del mismo, es decir, las partes y los intervinientes, como con su contenido o materia. Como es lógico, el mismo es aplicable en el ámbito probatorio, en el cual alcanza una importancia especial, que se traduce en la exigencia de que el **mismo juez decreta, practique y valore las pruebas** y, con base en ello, adopte la decisión del asunto.

El principio de la inmediación contemplado en el Art. 181 del C.P.C., indica que *“el juez practicará personalmente todas las pruebas, pero si no lo pudiere hacer por razón del territorio, comisionará a otro para que en la misma forma las practique.*

“Es prohibido al juez comisionar para la práctica de pruebas que hayan de producirse en el lugar de su sede, así como para la de inspecciones dentro de su jurisdicción territorial”. (Subrayado y resaltado fuera de texto)

25. Como puede observarse, la regla general es que el juez ordene y practique las pruebas que sean requeridas dentro del proceso, constituyéndose una excepción el hecho de que por la asignación de la competencia territorial el juez de conocimiento del proceso se encuentre en imposibilidad de practicar las pruebas, caso en el cual debe acudir con tal fin a la institución de la comisión que regula el mismo código. Otras excepciones al principio de inmediación se encuentran en: i. La prueba trasladada prevista en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, según la cual las pruebas válidamente practicadas en otro proceso pueden trasladarse a otro siempre que en el

proceso de origen se hubiesen practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, así como en ii. La prueba anticipada antes mencionada, que se practica con anterioridad al proceso en el cual se pretende hacer valer, con el propósito de conservarla o asegurarla en punto a evitar que pierda toda eficacia probatoria.

26. En la sentencia C-830 de 2002, la Corte Constitucional hizo referencia, en los siguientes términos, a las pruebas anticipadas:

“Desde el punto de vista práctico las pruebas anticipadas con fines judiciales se explican por la necesidad de asegurar una prueba que después, al adelantarse el proceso correspondiente y por el transcurso del tiempo y el cambio de los hechos y situaciones, no podría practicarse, o su práctica no arrojaría los mismos resultados, como ocurre por ejemplo cuando una persona que debe rendir testimonio se encuentra gravemente enferma. Desde el punto de vista constitucional dichas pruebas tienen su fundamento en la garantía de los derechos fundamentales de acceso a la justicia, el debido proceso y el derecho de defensa o contradicción, contemplados en los Arts. 229 y 29 de la Constitución, en cuanto ellos implican, para las partes e intervinientes del proceso, no solamente la facultad de acudir a la jurisdicción y lograr que se cumpla la plenitud de las formas propias del mismo, sino también la de aducir y pedir la práctica de las pruebas necesarias con el fin de controvertir las de la contraparte y alcanzar la prosperidad de sus pretensiones o defensas, de conformidad con las normas sustanciales”.

27. Ahora bien, en la sentencia **C-798 de 2003**, por la cual se decidió la exequibilidad del inciso tercero del artículo 28 de la Ley 794 de 2003 –que modificó el artículo 300 del C. de P. C., por el cual se señala que con carácter de prueba anticipada, es posible pedir dictamen de peritos, con o sin inspección judicial y, con o sin citación de la parte contraria-, se estableció que para la validez y valoración de estas pruebas debe garantizarse a la contraparte el escenario para controvertirlas bien al momento de su práctica bien dentro del proceso en el cual se pretenda hacerlas valer.

De esta manera, la garantía de contradicción de la prueba se mantiene respecto de la práctica de las pruebas anticipadas, aún si se obtuvieron sin la citación de la futura contraparte, dado que la determinación de la validez y la eficacia de la prueba anticipada en últimas no corresponde al juez que la practica sino al juez que conoce de la controversia en la cual aquellas se pretendan hacer valer. Es decir que, en su momento procesal, la contraparte debe tener la oportunidad para controvertir las pruebas anticipadas dentro del trámite procesal en el cual se pretende su eficacia, lo cual no se opone al derecho de defensa ni al debido proceso que consagra el artículo 29 Superior.

Lo anterior ha sido corroborado por la doctrina al señalar que “... *concluye la intervención judicial extraproceso con el agotamiento del trámite, pero sin que haya decisión de fondo [frente a una posible objeción por error grave del dictamen] pues ella queda reservada para el juez que, en un futuro, puede conocer el proceso para el cual se adelantó la práctica de la prueba, y en la sentencia que vaya a dictar dentro del mismo determinará a quién le asiste la razón, pues, además que carece de objeto que el juez que conoció el trámite extraprocesal declare o no probada la objeción porque esta decisión no vincula para el futuro.*”²³

28. Acerca del procedimiento para su práctica, el artículo 301, inciso 1º, del citado código dispone en forma lógica que “*las pruebas y la exhibición anticipadas de que trata este capítulo, se sujetarán a las reglas establecidas para la práctica de cada una de ellas en el curso del proceso*”.

En el campo del procedimiento civil, algunas de tales pruebas se pueden practicar sin la citación y audiencia de la parte contraria; otras se pueden, o se deben, practicar con ellas. Como consecuencia de lo dicho, el valor demostrativo es distinto, pues en el primer caso constituyen prueba sumaria, es decir, no controvertida, y en el segundo configuran plena prueba.

En los casos particulares del dictamen pericial y la exhibición de documentos, libros de comercio y otras cosas muebles, los artículos 300 y 297 del C.P.C. disponen, respectivamente, que “*podrá pedirse dictamen de peritos, con o sin inspección judicial, siempre que se cite para ello a la persona contra quien se pretende hacer valer esa prueba*”, y “*el que se proponga demandar o tema que se le demande, podrá pedir de su presunta contraparte o de terceros la exhibición de documentos, libros de comercio y cosas muebles, por el procedimiento consagrado en el número 4 del capítulo VIII de este título*”.

29. Igualmente, la prueba practicada en forma **anticipada**, debe incorporarse al proceso al cual se pretende hacer valer, observando las reglas previstas en el artículo 183 del mismo estatuto, esto es, acompañándolas “*... a los escritos de demanda o excepciones o a sus respectivas contestaciones, o aquellos en que se promuevan incidentes o se les dé respuesta*”, de forma que el juez resuelva sobre su admisión cuando decida la solicitud de las pruebas pedidas por las partes en el proceso o incidente.

30. Adicionalmente, en el campo probatorio rige otro importante principio denominado “unidad de la prueba”, en virtud del cual se considera que todas las pruebas del proceso forman una unidad y por consiguiente el juez debe apreciarlas en conjunto, esto es, en forma integral. La razón de ser del mismo es que la evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la verdad de los hechos y se requiere, además de

²³ LÓPEZ BLANCO, HERNAN FABIO. Procedimiento Civil. Segunda Edición 2008. Edit Dupré. Página 290.

ella, efectuar la confrontación de tales medios para establecer sus concordancias y divergencias y lograr conclusiones fundadas y claras sobre aquella verdad.

Este principio está previsto en el Art. 187 del C.P.C., en virtud del cual *“las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.*

“El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

Aclarados estos conceptos generales sobre la práctica de pruebas anticipadas pasa la Sala a establecer las particularidades del dictamen pericial y de los informes de carácter técnico.

El dictamen pericial y los informes técnicos

31. Señaló la Sentencia T-417 de 2008 que, aunque la doctrina discute sobre la naturaleza jurídica de la peritación porque una parte de ella la considera un medio de prueba y otra parte sostiene que es un instrumento de apoyo para complementar los conocimientos del juez, lo cierto es que nuestra legislación siempre la ha reconocido como una prueba calificada. En efecto, el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil se refiere a la “prueba pericial” como un medio para verificar hechos que interesan al proceso y que requieran conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Así, entonces, la prueba pericial busca aportar al proceso elementos de juicio ajenos al saber jurídico que se requieren para resolver la controversia jurídica sometida a decisión del juez.

32. De acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, la prueba pericial se caracteriza por: i) expresar conceptos cualificados de expertos en materias científicas, técnicas o artísticas, pero bajo ningún punto sobre aspectos jurídicos (artículo 236, numeral 1º), pues es evidente que el juez no requiere apoyo en la disciplina que le es propia; ii) quien lo emite no expresa hechos, sino conceptos técnicos relevantes en el proceso. En efecto, a los peritos no les consta la situación fáctica que origina la intervención judicial, puesto que, a pesar de que pueden pedir información sobre los hechos sometidos a controversia, su intervención tiene como objetivo emitir juicios especializados que ilustran al juez sobre aspectos que son ajenos a su saber. Esto es precisamente lo que diferencia el dictamen pericial del testimonio técnico, porque mientras en el segundo se han percibido los hechos, el primero resulta ajeno a ellos (artículos 213 y siguientes); iii) es un concepto especializado imparcial, puesto que el hecho de que los peritos están sometidos a las mismas causales de impedimentos y recusaciones que los jueces muestra que deben ser terceros ajenos a la contienda (artículo 235); iv)

se practica por encargo judicial previo, de ahí que claramente se deduce que no es una manifestación de conocimientos espontánea ni su contenido puede corresponder a la voluntad de una de las partes (artículo 236, numeral 2°); v) ser motivado en forma clara, oportuna, detallada y suficientemente (artículo 237) y, vi) para que pueda ser valorado judicialmente, esto es, para que pueda atribuírsele eficacia probatoria requiere haberse sometido a las condiciones y al procedimiento establecido en la ley y, en especial, a la contradicción por la contraparte (artículos 236 a 241)²⁴.

33. En cuanto a la oportunidad para solicitar y practicar la prueba pericial, es importante recordar que el Estatuto Procesal Civil regula dos situaciones, a saber:

33.1 La primera, cuando una de las partes solicita el decreto de la prueba anticipada al proceso. El artículo 300, tal y como fue modificado por el artículo 28 de la Ley 794 de 2003, dispone que cualquiera de las partes puede pedir, ante el juez del lugar donde deba practicarse, el decreto de un dictamen de peritos, *“con o sin citación de la parte contraria”*. Por su parte, el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil indica que las pruebas anticipadas *“se sujetarán a las reglas establecidas para la práctica de cada una de ellas en el curso del proceso”* y que las objeciones al dictamen pericial *“se tramitarán como incidente”*. Por eso, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, en caso de que el dictamen anticipado sea practicado sin citación de la parte contraria, de todas maneras en el transcurso del proceso debe correrse traslado para que ejerza su derecho a la contradicción, puesto que *“para que sea eficaz en el proceso judicial donde se pretenda hacer valer, deba producirse siempre con citación y audiencia de la presunta contraparte”*. No puede ser otro el sentido de la norma legal si se analiza de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de la Carta que indica, sin excepción, que el requisito de validez de toda prueba es la efectividad del debido proceso y con éste del derecho de defensa.

33.2 La segunda, dentro del proceso, que es la manera más usual de practicar el dictamen pericial. Esta prueba puede originarse de oficio (artículos 233, 179 y 361 del Código de Procedimiento Civil), por mutuo acuerdo, o a petición de parte (artículo 236, numeral 1° del mismo código). Así, la parte demandante puede solicitar el dictamen en la demanda (artículo 75, numeral 10), en el escrito de reforma de la demanda (artículo 89, numeral 2°) y en el memorial que contesta las excepciones (artículo 99, numeral 3°). A su turno, la parte demandada puede solicitar la práctica de esta prueba en la contestación de la demanda (artículo 92, numeral 4°) y en el escrito que formula excepciones (artículo 98 del Código de Procedimiento Civil).

²⁴ Sentencia T-417 de 2008.

En todo caso, el dictamen pericial debe someterse al procedimiento establecido en la ley para que la contraparte ejerza su derecho de defensa mediante la contradicción del mismo, de suerte que puede ser materia de objeción por error grave o de solicitud de aclaración, complementación o adición (artículo 238 del Código de Procedimiento Civil).

34. Como es sabido, el error grave se opone a la verdad y consiste en la falta de adecuación o correspondencia entre la representación mental o concepto de un objeto y la realidad de éste. Por ello, si en la práctica del dictamen anticipado se formula objeción, el juez respectivo tendrá que determinar si existe o no el error señalado y si acepta o no la objeción, o sea, deberá establecer a través del incidente, si el dictamen tiene o no valor de convicción según lo dispone el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil. En caso de tratarse de prueba anticipada, se aplica el trámite previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil, según el cual se corre traslado a la parte por tres días y se dispone un plazo para pruebas de diez días. Es así como, tratándose de pericia practicada como prueba anticipada, concluye la intervención extra proceso agotado el trámite del incidente sin que necesariamente haya decisión de fondo frente al error grave, pues su definición corresponderá al juez del proceso en el cual se haga valer la práctica de la prueba, quien lo definirá en la sentencia.

Así, en el “... el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo. De aquel se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el artículo 108, por tres días, dentro de los cuales podrán éstas pedir pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error, y concederá el término de diez días para practicarlas (...)”.

El debate realizado dentro del incidente excluye, por razones de economía procesal, uno nuevo en el proceso ulterior al cual se aporte el dictamen, y se refleja necesariamente en el sentido de la decisión que pueda adoptar el juez correspondiente frente a las pretensiones y excepciones de las partes.

En esta situación, aunque es cierto que por parte del juez de conocimiento del proceso no se cumple el principio de la inmediación en cuanto a la práctica del dictamen pericial y en particular en cuanto al incidente en relación con la objeción formulada, se trata de una excepción justificada por la necesidad práctica de recibir pruebas por fuera de los procesos judiciales y por la necesidad jurídica de garantizar con ellas los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, debido proceso y defensa, como ya se anotó.

Así, ha sostenido la jurisprudencia que si se decreta y practica dicha prueba sin citación y audiencia de la parte contraria, caso en el cual obviamente no existiría la posibilidad de formulación de objeciones, el dictamen constituiría

prueba sumaria, en vez de plena, privando a los interesados de la obtención de una prueba segura y formalmente completa, sin lugar a incertidumbre y sin posibilidad de discusión en el proceso posterior, en relación con sus pretensiones o sus excepciones, ya que en la práctica el dictamen recibido sin contradicción es de poca utilidad en el proceso y exigiría la recepción de uno nuevo en él, con lo cual la situación resultaría aproximada a la generada por la negación de la prueba.

35. Así las cosas, se concluye que la prueba pericial practicada de manera anticipada tendrá pleno valor probatorio y, por consiguiente, podrá ser apreciada por el juez solamente si fue: 1. Sometida al principio de contradicción y 2. Regular y legalmente incorporada al proceso en el cual se pretende hacer valer, conforme con las reglas previstas en la ley para el efecto. Dicho de otro modo, si el dictamen pericial fue indebidamente incorporado al proceso y, además, no fue sometido a contradicción dentro de él, carece de mérito probatorio y, por lo mismo, no puede ser valorado judicialmente porque no corresponde a una prueba legalmente practicada. Cosa distinta ocurriría si la prueba es debidamente incorporada, pues en tal evento: i. Si no fue materia de contradicción se estaría ante una prueba sumaria y no ante plena prueba ii. Si no reúne los requisitos propios de una prueba pericial se estará entonces frente a un informe técnico como se verá a continuación.

36. Con la dinámica del derecho, el legislador diseñó un nuevo concepto de prueba judicial técnica, distinto a la prueba pericial, que tiene como finalidad autorizar a las partes a aportar al proceso conceptos técnicos, científicos o artísticos que han sido elaborados por fuera del proceso y por encargo de una de las partes que ha escogido al profesional que emite su opinión. En efecto, por primera vez, el artículo 21 del Decreto 2651 de 1991, autorizó a las partes, de común acuerdo, a presentar informes técnicos:

“En todo proceso las partes de común acuerdo pueden, antes de que se dicte sentencia de primera o única instancia o laudo arbitral, realizar los siguientes actos probatorios:

1. Presentar informes científicos, técnicos o artísticos, emitidos por cualquier persona natural o jurídica, sobre la totalidad de los puntos objeto de dictamen pericial; en este caso, el juez ordenará agregarlo al expediente y se prescindirá total o parcialmente del dictamen pericial en la forma que soliciten las partes al presentarlo”.

Posteriormente, en el capítulo 4 de las pruebas, el artículo 10 de la Ley 446 de 1998, señaló que:

“Para la solicitud, aportación y práctica de pruebas, además de las disposiciones generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones, se dará aplicación a las siguientes reglas:

- 1. Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente”*

Esa norma fue reiterada, en idéntico sentido, en el artículo 18 de la Ley 794 de 2003, que modificó el artículo 183 del Código de Procedimiento Civil, al disponer como oportunidad probatoria, entre otras, la siguiente:

“Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente”

37. Las experticias técnicas difieren de los dictámenes periciales regulados en los artículos 233 a 242 del Código de Procedimiento Civil, así como también difieren de los informes técnicos de entidades y dependencias oficiales que reglamenta el artículo 243 del mismo estatuto procesal, que el juez puede solicitar de oficio o a petición de parte y, que deben ponerse en conocimiento de las partes por el término de tres días para que se complementen o aclaren.

38. En cuanto a los conceptos técnicos su incorporación al proceso se valora dentro de la sana crítica judicial, como las demás pruebas, y se aprecian en conjunto, pues al igual que el dictamen pericial, el juez es autónomo para valorar las pruebas técnicas y verificar la veracidad de sus fundamentos y conclusiones, en tanto que es al juez, y no al perito o al profesional especializado, a quien corresponde administrar justicia y resolver la controversia que se somete a su decisión final. De esta forma, es evidente que aunque el juez no se encuentra atado a la opinión técnica porque debe someterla a su valoración y apreciación objetiva y razonada, la especialidad de los conocimientos que se expresan en los documentos técnicos sí constituye un importante instrumento de apoyo judicial para su convencimiento.

39. Precisamente por las razones expuestas, el legislador consideró prudente y necesario imponer al juez el deber de decretar un dictamen pericial en el curso del proceso de su competencia cuando, en ejercicio de sus derechos de acceso a la justicia y de contradicción, las partes aportan conceptos técnicos contradictorios. En efecto, es evidente que los artículos 10 de la Ley 446 de

1998 y 183 del Código de Procedimiento Civil, en la forma en que fueron modificados por el artículo 18 de la Ley 794 de 2003, no señalan para el juez una atribución facultativa sino obligatoria que consiste en decretar un peritaje cuando existe contradicción entre los experticios emitidos por profesionales especializados, que hubieren sido oportunamente aportados por las partes. Entonces, en situaciones de contradicción de conceptos técnicos especializados la ley estableció una consecuencia determinada a cargo del juez de conocimiento, la cual consiste en el decreto oficioso de un dictamen pericial que se practicará en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil.

40. De otra parte, se encuentran los informes técnicos y peritaciones de entidades y dependencias oficiales, previstos en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil. Dicha norma autoriza a los jueces a solicitar de oficio o a petición de parte, informes técnicos o científicos sobre hechos de interés al proceso a entidades y dependencias oficiales que dispongan de personal especializado. Estos informes deben ser motivados y puestos a consideración de las partes por el término de tres (3) días para su complementación o aclaración, o sea que no es posible objetarlos por error grave. De igual manera puede el juez utilizar este mecanismo para la ejecución de peritajes.

41. En consecuencia la ley es clara en: **i.** Definir qué es una prueba anticipada y cuál es su finalidad, de forma que no será prueba anticipada la que se practica de forma simultánea al proceso en el cual se pretende hacer valer. **ii.** Establecer el momento procesal en el cual debe ser incorporada la prueba anticipada al proceso donde se pretenda hacer valer, de manera que la prueba incorporada por fuera de dichos términos se tendrá por prueba indebidamente recaudada. **iii.** Asegurar el derecho de contradicción al dictamen pericial con el fin de otorgarle el carácter de plena prueba, al punto que si este derecho no se garantiza, la misma sólo tendrá el carácter de prueba sumaria y no de plena prueba. Por ello, la omisión del juez de los asuntos previstos en los numerales i y ii ó el otorgar el carácter de plena prueba a aquella que no fue controvertida constituye un defecto fáctico que puede ser corregido por vía de tutela cuando los mismos hubiesen sido determinantes en la sentencia.

42. Con base en lo expuesto, la Sala procederá a estudiar si en el caso concreto se presentó un defecto fáctico que autorice al juez constitucional a dejar sin efecto la providencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, sentencia que a juicio de la accionante, vulneró sus derechos fundamentales.

Caso concreto

43. Una de las garantías propias del derecho al debido proceso –Artículo 29 de la Constitución Política-, es que las condenas que se impongan a una determinada persona se liquiden según los parámetros legales, concretamente,

que la prueba pericial que sustenta la liquidación de perjuicios sea practicada según los ritos legales y valorada teniendo en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia del perito y la consonancia del informe con los demás elementos probatorios y de juicio que obren en el proceso, con mayor razón cuando la parte que está llamada a soportar el pago no participa materialmente en el trámite correspondiente y, en consecuencia, no tiene oportunidad de defensa.

44. En estos casos el daño o perjuicio, como elemento común de la responsabilidad, debe estar plenamente probado y razonablemente liquidado, siguiendo los parámetros legales, para que disminuya el quebranto o menoscabo del derecho subjetivo de la víctima o del afectado, pero sin generar enriquecimientos injustificados, ni empobrecimientos correlativos aventurados. El caso que ahora ocupa la atención de la Sala, supone para eventos como el presente comenzar por constatar el hecho dañino y su nexo causal con los daños reclamados, cuya demostración en el trámite procesal de la acción de grupo corresponde a los reclamantes de los perjuicios. En consecuencia, la pretensión indemnizatoria debe negarse si no se demuestra plenamente el daño indemnizable y su nexo causal con el hecho que lo origina. De igual manera corresponde al juez buscar la manera objetiva de cuantificar el perjuicio, porque ni el daño ni su cuantificación pueden en principio ser presumidos. Esto es, con independencia de que la cuantificación del perjuicio sea o no un elemento necesario a todo tipo de daño, lo cierto es que en los eventos en los cuales se trata de una pretensión económica de naturaleza pecuniaria –como ocurre en el presente caso- la cuantificación del mismo debe estar soportada razonablemente para que se cumpla lo más exactamente posible con la regla de indemnización de que trata el artículo 65 de la Ley 472 de 1998, veamos:

44.1 Demostrado que el grupo sufrió un daño, el artículo 65 de la Ley 472 de 1998 dispone que la sentencia debe contener el pago de una indemnización colectiva, que contenga la suma ponderada de las indemnizaciones individuales de quienes formen parte en el proceso como integrantes del grupo, según los porcentajes que se hubiesen fijado en el curso del proceso. Ello indica que en la acción de grupo el daño no se acredita respecto de cada víctima individualmente considerada sino del grupo, de forma que esta acción no garantiza una reparación integral de cada individuo, sino una reparación estimada que da origen a una suma ponderada en favor del grupo. De manera que si algún integrante del grupo espera una indemnización integral por su perjuicio individualmente considerado, deberá entonces acudir a otras acciones judiciales de carácter indemnizatorio.

44.2 No se trata pues de establecer el perjuicio integral individual para luego sumarlo, sino de establecer el valor ponderado de daños individuales estimados bajo un mismo racero, por ejemplo, las pérdidas estimadas para las personas dedicadas a la actividad pesquera teniendo en cuenta el número probado de personas dedicadas a esta labor, el ingreso promedio normalmente

obtenido de esta actividad en condiciones normales, lo cual puede dar lugar, tal como lo apunta la doctrina²⁵ y la jurisprudencia²⁶, a la aplicación del principio de reparación en equidad mediante el cual se protege al perjudicado como colectivo al punto que “no se cobra todo, pero todos cobran”²⁷, pues es posible que en la mencionada ponderación unos reciban menos y otros más de lo que ordinariamente deberían recibir a la hora de establecer el porcentaje de indemnización. De esta manera, la Constitución consideró que este tipo de daños deben ser reparados, precisamente, para desarrollar el principio de equidad, lo cual implica que la reparación de daños masivos de entidad moderada tengan un remedio pronto y efectivo que permita su indemnización, y atendiendo esta característica se realice un cálculo uniforme del daño sufrido por el grupo, partiendo de un número estimado de miembros de este.

44.3 Ejemplo de ello lo constituye la Sentencia en Acción de Grupo del 13 de mayo de 2004 de la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁸, por la cual se declaró la responsabilidad patrimonial de ECOPETROL, a causa del derrame de crudo en la estación La Guayacana del Municipio de Tumaco, ocurrido el 18 de febrero de 2000, como consecuencia de la apertura de una válvula de seguridad de bombeo del oleoducto Transandino, en favor de los habitantes de las riberas del río Rosario y sus afluentes. Frente a la estimación del daño, la providencia señaló lo siguiente:

“2. Se solicita, además, la reparación de los perjuicios materiales que fueron valorados en \$90.000.000.0000, que corresponden a \$1.000.000 mensuales para cada uno de los pescadores afectados con el daño, por el término de 15 años que se calcula durarán los efectos de la contaminación y \$7.000.000.000 por cada hectárea contaminada.

Considera la Sala que no existen pruebas que demuestren la afectación de los terrenos sobre los cuales los demandantes ostentan su propiedad o posesión y, por lo tanto, no se condenará por este aspecto.

En efecto, de acuerdo con el diagnóstico preliminar de los daños ocasionados por el derramamiento de crudo, realizado por CORPONARIÑO, la franja de ribera afectada oscila entre 2.5 y 3 metros, que corresponde a la zona de ronda del río, de conformidad con lo establecido en el artículo 83 del decreto

²⁵ BERMUDEZ MUÑOZ MARTÍN. La Acción de Grupo, Normativa y Aplicación en Colombia. Editorial Universidad del Rosario 2007.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 26 de enero de 2006, radicación 250002326000200100213-01.

²⁷ Ibídem. Se cita a Carlos de Miguel de Perales “La responsabilidad civil por daños al medio ambiente”. 2ª edición., Civitas, Madrid, 1997, p 317.

²⁸ Radicación 52001-23-31-000-2002-00226-01(AG) del Consejo de Estado.

2811 de diciembre 8 de 1974, “por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente”, el cual establece que “salvo los derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescriptibles del Estado:...d) Una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho”, sobre la cual sólo puede realizarse actividad forestal.

No obstante, no se acreditó que los demandantes tuvieran cultivos de coco sobre la zona afectada, Más aún, en el mismo diagnóstico, que no fue desvirtuado en el proceso, se aseguró que “por la retención oportuna de la mancha de crudo y la reducción de la contaminación en el río, es poco probable que [ésta] llegue a tener algún efecto sobre este cultivo”.

Además, aunque en dicho diagnóstico se señaló que la cría de animales domésticos y la ganadería de subsistencia en las riberas y zonas aledañas al río Rosario sí pudo sufrir impacto negativo, no se acreditó en el expediente que los demandantes hubieran sufrido ese tipo de perjuicios, pues no demostraron ser propietarios de tales bienes y mucho menos, la medida en la cual resultaron afectados.

En cuanto a la actividad pesquera, es indudable que el daño sí se produjo. Así consta en los diagnósticos presentados por CORPONARIÑO y el Ministerio del Medio Ambiente, que fueron relacionados en las pruebas, los cuales se fundamentaron en las investigaciones previas sobre las características y los recursos biológicos encontrados en el área, así como los realizados con el fin de establecer el impacto de los derramamientos de crudo en ríos y, especialmente, en las observaciones directas realizadas a la zona por ambas entidades.

Para liquidar el perjuicio se tendrá en cuenta la valoración daños sufridos por los habitantes de la región con el hecho, que realizó CORPONARIÑO en el mes de marzo de 2000, la cual no fue tachada por la parte demandante y tampoco acreditó un valor diferente.

Según dicha valoración, las pérdidas estimadas para las personas dedicadas a la actividad pesquera ascendió en ese mes a \$18.802.100, cálculo que se realizó teniendo en cuenta el número de habitantes de la zona afectada, el porcentaje de la población dedicada a la actividad pesquera y el ingreso promedio obtenido por éstos, así:

<i>Zona</i>	<i>No. Habitan- tantes</i>	<i>Pobla- ción dedica- da a la pesca</i>	<i>Ingreso promedio mensual para la zona</i>
<i>Baja (Cand elo y la Quinta)</i>	309	6%	\$5.005.80 0
<i>Media (comp rende desde Isla Grand e, hasta Corrie nte Grand e)</i>	2.509	1.5%	\$10.161.4 50
<i>Alta (comp rende desde Peña de los Santos hasta Pulga nde)</i>	562	1.5%	\$2.276.10 0
<i>Baja del río Cauna pí (comp rende los sector es de influen cia de las</i>	335	1.5%	\$1.358.75 0

veredas de Nueva Creación y Retoño)			
--------------------------------------	--	--	--

\$18.802.100 equivale hoy a \$24.645.908, según el siguiente cálculo:

$$Ra = R \frac{I. \text{final}}{I. \text{inicial}} \quad (\text{mayo de 2004})$$

$$Ra = \$18.802.100 \times \frac{150.90}{115.12}$$

\$24.645.908

El término durante el cual se producirá la condena será de seis meses. Para calcularlos se tiene en cuenta que:

a. Según el informe presentado por CORPONARIÑO al director de licencias ambientales del Medio Ambiente, el 19 de julio de 2000, de las muestras de agua del río tomadas en tres puntos diferentes se concluyó que existía una rápida recuperación de la misma, la cual ofrecería “condiciones para sustentar la vida en un período aproximado de dos meses”.

b. No está determinado el tiempo de recuperación de la biota acuática, indispensable para la alimentación de los peces, pues esto depende de muchos factores, aunque, según el estudio realizado por el Ministerio del Medio Ambiente, los organismos planctónicos tiene una rápida recuperación y renovación y los peces, que se alimentan de aquéllos, por su gran movilidad, se ven afectados sólo de manera puntual y temporal.

c. En relación con el daño sufrido por la pérdida o deterioro de las cosas materiales, se considera que la víctima debe desarrollar una actividad tendente a limitar en el tiempo dicho perjuicio. Cuando no se conoce con certeza su duración, ese límite debe ser apreciado y determinado judicialmente en cada caso concreto, ya que “la lógica del juez colombiano en este aspecto es la de impedir que la víctima se quede impasible ante su daño. Se parte, pues, de un principio sano en el sentido de que no se avala la tragedia eterna y, por el contrario, se advierte a la víctima que su deber es reaccionar frente al hecho dañino y sobreponerse....Llegar, en efecto, a la posibilidad de que las

consecuencias de la situación dañina se extiendan indefinidamente sería patrocinar la lógica de la desesperanza, de la tragedia eterna y de un aprovechamiento indebido”²⁹.

En consecuencia, la indemnización equivale a \$24.645.908 x 6 = \$147.875.448

3. Esta decisión se extiende a las víctimas que integran el grupo de damnificados con el hecho, quienes fueron vinculados al mismo, a través de la comunicación realizada a través de radio y prensa (fls. 329 333 C1) y no manifestaron en el término procesal correspondiente su decisión de ser excluidos (art. 56 ley 472 de 1998), quienes para ser beneficiarios de la indemnización deberán acreditar ante el Tribunal Administrativo de Nariño, en el término establecido por el artículo 55 y el numeral 4 del artículo 65 de la ley 472 de 1998, los siguientes requisitos: i) que al tiempo de ocurrencia del hecho objeto de este proceso estaban domiciliados en el municipio de Tumaco y ii) subsistían de la actividad pesquera en el río Rosario o los afluentes que resultaron contaminados.”.

Esta ponderación tuvo en cuenta aspectos generales y comunes al grupo: (i) se determinó el ingreso promedio de los pescadores de la región, (ii) se estableció el período durante el cual la actividad pesquera se pudo ver interrumpida, es decir claramente se fijó un término en que se causó el daño, (iii) y se identificó la población dedicada a dicha actividad. Como se nota este fallo guarda relación material con el caso en estudio, en la medida que se trató de un derrame de crudo en un cuerpo hídrico con el cual se afectó la actividad agropecuaria y pesquera de la zona, mediante el cual se pretende destacar cómo se realizó una indemnización ponderada y no una indemnización integral, individuo por individuo.

45. Efectuadas las anteriores precisiones se enlistarán a continuación las circunstancias fácticas que fueron probadas dentro del trámite de revisión de esta tutela:

45.1 La acción de grupo fue radicada a través de apoderado por las diferentes comunidades el 1º de octubre de 2002 y, admitida mediante Auto de 19 de diciembre del mismo año.

45.2 La solicitud de prueba anticipada se radicó el 26 de junio de 2002 ante los jueces civiles del circuito de Buenaventura, invocando para el efecto el artículo 31 de la Ley 472 de 1998, que autoriza la práctica de pruebas anticipadas en la acción popular –no en la acción de grupo-, con el fin de

²⁹ HENAO PÉREZ, JUAN CARLOS. *El Daño*. Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998. págs. 156-157.

impedir que se desvirtúen o pierdan o que su práctica se haga imposible y, para conservar las cosas y circunstancias que posteriormente deben ser probadas en el proceso. (Folio 91 del cuaderno 1 de pruebas)

45.3 Como prueba anticipada se solicitó la práctica de una serie de dictámenes, entre ellos, oficiar a la Gobernación del Valle del Cauca para que designara un funcionario o funcionarios de la Secretaría de Agricultura y Pesca con el fin de “...establecer un diagnóstico del estado general de los cultivos de la zona luego del desastre, así como una valoración de los perjuicios materiales individuales incluidos el lucro cesante y el daño emergente, sufridos en la parte agrícola por cada uno de los habitantes que conforman el Consejo Mayor Comunitario, el Consejo Comunitario de Bracito -Amazonas y las demás personas que aportaron su lista de pérdidas (sic) aquí aportadas”. Ello atendiendo a la experiencia de sus funcionarios, dado que éstos habían elaborado un documento de valoración de los cultivos en la zona. Para el efecto, el apoderado de las comunidades aportó la lista de pérdidas individuales sufridas a nivel agrícola y pesquero presentadas por los perjudicados, la cual solicitó cotejar con la realidad en orden a determinar el valor de los perjuicios individuales (Folios 91 a 97 del cuaderno de pruebas No. 1).

45.4 Mediante Auto de 12 de julio de 2002 el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura ordenó librar oficio al Gobernador del Valle del Cauca con el fin de que fuesen designados dos expertos de la Secretaría de Agricultura y Pesca para determinar lo pedido en la prueba anticipada (Folio 220 del cuaderno 1 de pruebas).

45.5 El día 3 de abril de 2003, se remitió el primer informe técnico al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura, suscrito por el señor Manuel Antonio Soto, profesional universitario de la Secretaria de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle del Cauca (Folio 224 del cuaderno No, 1 de pruebas).

45.6 Por Auto del 28 de noviembre de 2003, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura, dispuso: “*PRIMERO. TENGASE por agotada la tramitación de la presente prueba anticipada por existir proceso iniciado al tenor del art. 31 de la Ley 472 de 1998*”. Las razones para su decisión fueron las siguientes (Folios 264 y 265 del Cuaderno 1 de pruebas):

“Se encuentran dentro de las presentes diligencias varios escritos presentados por las partes intervinientes incluyendo las involucradas últimamente dentro de la diligencias que se adelanta para la incorporación de la prueba anticipada solicitada por LA COMUNIDAD DEL RIO ANCHICAYÁ y con citación de EPSA E.S.P.

Antes de proceder a la evacuación, si ello fuese necesario es pertinente hacer la siguiente consideración jurídica procesal, la cual dará como respuesta si es pertinente seguir evacuando la práctica de prueba anticipada en mención.

Estatuye el art. 31 de la Ley 472 de 1998, que conforme a las disposiciones legales podrán solicitarse y practicarse antes del proceso, las pruebas necesarias con el objeto de impedir que se desvirtúen o pierdan o que su práctica se haga imposible y para conservar las cosas en las circunstancias de hecho que posteriormente deben ser probadas en el proceso.

Concatenando la disposición relatada aunada a la normas del C. de P.C., específicamente el capítulo IX del Título XIII del mismo, se tiene establecido la forma como se pueden llevar a cabo las pruebas anticipadas y específicamente los artículos 300 y 301 ibídem, corroboran la forma de dicha práctica, la cual debe ser tomada en cuenta con respecto a la Ley 472 referida por así expresarlo el art. 31 traído a colación a los autos.

Ello trae como consecuencia el de establecer sí la prueba que se está practicando va a ser o no utilizada en un proceso determinado.

Y para conocer lo anterior, debe existir certeza de que dicho proceso todavía no se encuentra en curso, porque si ya se estuviera ritualizando, la prueba dejaría de ser anticipada por obvias razones.

Consecuencialmente, habrán de examinarse las presentes diligencias para cotejar si el proceso en mención, se ha instaurado o no.

A Folio 1081 aparece una manifestación expresa del apoderado judicial de La Comunidad del Río Anchicayá donde se dice que tanto el Ministerio del Medio Ambiente como la C.V.C., fueron notificados como presuntos responsables por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en donde cursa la Acción de Grupo a fin de que ésta y las demás pruebas tengan validez y eficacia, además de que se le dé la publicidad y posibilidad de contradicción que ellas requieren.

Ello de por sí hace traslucir con diafanidad meridiana que el proceso donde se va a hacer valer la prueba anticipada, ya fue instaurado ante la autoridad competente, lo que hace inferir que, no sea procedente seguir con la incorporación de la prueba en la forma solicitada por la parte interesada.

Desde esta perspectiva, no existe otro camino que el dejar clausurado esta prueba anticipada en la forma y términos en que se encuentra agotada pues cualquier otra actuación es improcedente al tenor del art. 31 ya mencionado.” (Resaltado fuera de texto)

45.7 Por escrito de 3 de diciembre de 2003, dirigido al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura, el apoderado de las comunidades presentó recurso de reposición al auto antes citado, señalando que si bien la razón para dar por agotada la tramitación de las pruebas anticipadas fue que el Juzgado consideró el hecho de que a esa fecha cursaba una Acción de Grupo ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y, que en dicho proceso se intentó hacer valer dichas pruebas, lo cierto era que las mismas iban a ser utilizadas en un Acción Popular que aún no se había instaurado, por lo cual solicitó continuar con la práctica de las mismas. (Folios 265 a 266 del cuaderno 1 de pruebas)

45.8 Mediante Auto de enero 15 de 2004, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura resolvió revocar la decisión de concluir la prueba anticipada y, en su lugar, dispuso continuar con su práctica. En esa línea, ordenó incorporar el peritaje con el fin de que se valoraran los perjuicios económicos sufridos por los habitantes del Río Anchicayá. Para el efecto, el Juzgado libró Oficio a la Universidad del Tolima para que dicha institución realizara el respectivo dictamen, de manera que los gastos correspondientes fueran sufragados con cargo al Fondo para la Defensa de los Intereses y Derechos Colectivos.

No obstante, en el mismo Auto expresamente se indicó (Folio 267 del Cuaderno 1 de pruebas): “**SEGUNDO. Se advierte desde ya que la prueba decretada sólo se utilizará en el futuro proceso de Acción Popular que se instaurará según las manifestaciones del Dr. GERMAN M. OSPINA MUÑOZ.**” (Subrayado y resaltado fuera de texto)

45.9 Por oficio de 4 de febrero de 2004, el apoderado de las comunidades señaló que la Universidad del Tolima tenía dificultades para realizar el peritaje, por lo cual solicitó oficiar a la Gobernación para que practicara la valoración de los daños. (Folios 269 y 270 del Cuaderno de pruebas).

Vale la pena señalar que la Universidad del Tolima, según se desprende del expediente, no manifestó dificultad alguna para realizar el dictamen pericial. De hecho presentó a consideración del Juez una propuesta técnica y económica, para realizar el peritaje a través de su facultad de ingeniería forestal, para cuyo desarrollo proponía hacer una valoración cualitativa y cuantitativa de los efectos producidos por la presencia de sedimentos en el río, así como evaluar los daños causados en la zona. Dicho informe sería

presentado en un término de cuatro (4) meses y tendría un valor de \$52.000.000.

45.10 Finalmente ante la supuesta negativa de la Universidad del Tolima, por auto de 9 de febrero de 2004, el Juzgado Tercero Civil del Circuito modificó su Auto de 15 de enero de 2004, en el sentido de ordenar a la Gobernación del Valle del Cauca adelantar el peritaje. (Folio 271 del Cuaderno 1 de pruebas)

45.11 El dictamen pericial sobre afectación a distintos sistemas productivos fue presentado al Juzgado el día 24 de agosto de 2004, por el ingeniero agrónomo Manuel Antonio Soto, de la Secretaria de Agricultura y Pesca del Departamento. En el oficio de remisión del informe señaló el ingeniero que se realizaron encuestas a cada familia por predio, preguntando el número de plantas de cada especie que poseían, su productividad antes de julio de 2001 y su productividad actual. Para la actividad pesquera registró la información tomada en diferentes reuniones con grupos de pescadores, la cual se corroboró con revisión de redes y canoas al final de la faena y para la valoración económica se trabajó con precios comerciales. (Folio 272 Cuaderno 1 de pruebas)

45.12 Mediante comunicación de 16 de septiembre de 2004, dirigida al Juez 3° del Circuito de Buenaventura, el apoderado de EPSA manifestó que los informes surtidos no tenían la entidad de prueba pericial en la medida en que no se llenó ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 233 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. En efecto, en su entender los peritos no fueron debidamente nombrados y posesionados, la práctica del dictamen no se hizo con citación de los interesados, no se adjuntaron las encuestas ni el nombre e identificación de los encuestadores, pescadores y agricultores ni las fuentes para establecer el estado de cosechas y pesca antes y después del mes de julio de 2001, ni los cálculos en porcentajes globales de las disminuciones sufridas por los agricultores en sus cosechas y pescadores en sus volúmenes, además de que ninguno de los cuadros en que se consignaron los resultados de las encuestas tiene la firma de quien efectuó tal diligencia y ni siquiera se presentaron los cálculos económicos que llevaron a concluir la cifra de \$65.050.638.560, como resultado de los supuestos perjuicios.

45.13 Por Auto de 29 de octubre de 2004, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – quien en ese momento conocía de la primera instancia por no haber entrado en funcionamiento los jueces administrativos-, se pronunció respecto de las pruebas solicitadas por la parte demandante en la demanda, así como después de ocurrida la audiencia de conciliación. En dicho Auto se negaron las siguientes pruebas: **1.** Oficiar a la Secretaria de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle y a la UMATA de Buenaventura para establecer el perjuicio agrario y pesquero sufrido por cada uno de los

habitantes de la región, como consecuencia de los vertimientos de sedimentos ocasionados por EPSA en el río Anchicayá en julio de 2001, en razón a que tal prueba no se adecuaba a las exigencias del artículo 243 del C. de P. C. **2.** Oficiar al Alcalde de Buenaventura y al Gobernador del Valle del Cauca para que informen, de manera oficial, los perjuicios en la agricultura y pesca sufridos por los demandantes. Adicionalmente, remitir todos los informes realizados con ocasión del desastre del 23 de julio de 2001. Las razones para negar la prueba fueron idénticas a la mencionada en el numeral 1 anterior. (Folios 434 y 435 del cuaderno 1 de pruebas) **3.** Oficiar al Juez Tercero del Circuito para que allegara las pruebas anticipadas practicadas ante él, en razón a la extemporaneidad de la solicitud.

45.14 El 17 de noviembre de 2004, la parte actora de la acción de grupo presentó recurso de apelación que fue resuelto por el Consejo de Estado, Sección Tercera, mediante Auto de nueve (9) de junio de 2005, en el cual se ordenó lo siguiente: **1.** Respecto de la prueba relacionada en el numeral 1 del párrafo anterior consideró el Consejo de Estado que no existía fundamento para negarla en tanto se identificó con claridad el objeto del informe técnico y las entidades encargadas de rendirlo. Así mismo se verificó que las entidades encargadas de rendirlo desarrollaban actividades relacionadas con el objeto del concepto, lo cual evidenciaba que contaban con personal especializado. **2.** Frente a la segunda prueba citada, consideró el Consejo de Estado que debía negarse porque ninguna de esas entidades cumplía con actividades relacionadas con la pesca y la agricultura, por lo cual no podían tenerse como entidades que contaran con personal especializado para llevar a cabo la prueba requerida en los términos del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil. (Folios 424 a 453 del Cuaderno 1 de pruebas) **3.** Frente a la posibilidad de oficiar al Juez Tercero del Circuito de Buenaventura el Consejo de Estado negó su práctica dado que esta prueba fue solicitada de forma extemporánea. **4.** Finalmente, se ordenó efectuar un dictamen pericial dentro de la acción de grupo dirigido a establecer los perjuicios materiales y morales sufridos por los demandantes.

45.15 Mediante Oficio No. 09789 de 25 de octubre de 2005, dirigido al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura, el Juzgado Administrativo del Circuito de Buenaventura – Valle del Cauca, dando cumplimiento al Auto Interlocutorio de 29 de octubre de 2004, ordenó al Juzgado enviar con destino al proceso de acción de grupo, las pruebas anticipadas practicadas o que se estuviesen practicando, dirigidas a valorar los perjuicios económicos y morales sufridos por los accionantes.

Es así como mediante Oficio No.1096 de 21 de noviembre de 2007, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura remitió las diligencias practicadas en tres cuadernos con 217, 1059 y 1094 folios respectivamente. (Ver folios 414 a 415 del cuaderno 1 de pruebas).

Por su parte, la Gobernación del Valle del Cauca mediante oficio de 13 de noviembre de 2007, radicó directamente ante el Juzgado Administrativo del Circuito, copias de los informes realizados el 1° de abril de 2003 y el 24 de agosto de 2004 por el Ingeniero Agrónomo Manuel Antonio Soto. (Folio 839 del cuaderno 2 de pruebas).

45.16 De otra parte, por Auto de 22 de octubre de 2007, el Juzgado Administrativo del Circuito de Buenaventura ordenó dentro del trámite de acción de grupo, con el fin de establecer los perjuicios materiales y morales de los habitantes de la zona, la práctica del dictamen pericial. Para el efecto, designó como perito contable a la señora **RITA ISABEL GONGORA ROSERO**. (Folio 454 del cuaderno 1 de pruebas).

45.17 El informe pericial fue presentado por la contadora **RITA ISABEL GONGORA** el día 16 de julio de 2008. Para efectos de la evaluación económica de los perjuicios, la perito contadora señaló expresamente en la página 54 del informe pericial, lo siguiente:

“6. *EVALUACIÓN ECONÓMICA*

Para esta caso particular la evaluación económica solo se hará para los impactos que afecten los ingresos económicos de los habitantes del río que quedaron comprometidos con los vertimientos de aguas producidas y lodos desde la represa del Bajo Anchicayá. Los demás impactos ambientales por ser de competencia de la autoridad ambiental se sugieren atender las Recomendaciones, definidas en el numeral 8.

Es conveniente aclarar que pasado 7 años no es fácil establecer y verificar con certeza los daños ocasionados, por tanto, esta evaluación se hace ajustada a los informes y estudios realizados en la cuenca baja, por el ingeniero Manuel Antonio Soto, en la cuenca media, por la comunidad; y por los testimonios obtenidos durante las tres visitas realizadas al río con este propósito.”

De esta manera la definición de los daños económicos sobre agricultura (numeral 6.1.1.) y sobre la pesca (numeral 6.1.2) no fueron producto de la experiencia directa de la perito, sino de los cálculos realizados sobre los efectuados por la Secretaria de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle. Dichos valores a título de lucro cesante fueron indexados por la perito contadora a julio de 2008, según tabla de IPC. (Folios 456 a 626 del cuaderno 2 de pruebas)

45.18 Por Auto de 9 de septiembre de 2008, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura corrió traslado a las partes por

el término de tres (3) días para objetar el dictamen por error grave en términos del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil. (Folio 668 del Cuaderno 2 de pruebas).

45.19 El 22 de septiembre de 2008, la Empresa del Pacífico S.A. E.S.P, presentó objeción grave al dictamen indicando en resumen que: El fundamento de la indemnización tasada dentro del dictamen pericial ordenado en la acción de grupo, fue el informe practicado por la Gobernación del Valle del Cauca a través de la Secretaría de Agricultura y Pesca, en respuesta a la orden dada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura en calidad de prueba anticipada, la cual se practicó con la advertencia por parte del juez de que la misma no podía usarse en proceso simultáneo de acción de grupo sino en procesos futuros, ya que la prueba no se estaba practicando de manera anticipada.

Señaló además el apoderado de la empresa, que el resultado de este informe, es decir, un perjuicio de \$65.050.638.560.00, fue producto de las informaciones recogidas de los mismos demandantes como consta en los documentos mencionados por el ingeniero Soto y, en su propio testimonio.

45.20 En sentencia de 20 de mayo de 2009, proferida por el Juzgado Administrativo del Circuito Judicial de Buenaventura – Valle del Cauca, se resolvió en forma negativa la objeción al dictamen pericial por error grave, en los siguientes términos:

“...no es cierto que el dictamen verse sobre la apreciación individual de los afectados, sino que fue el producto de un recorrido sobre el terreno y con análisis y comparación de lo obtenido por la comunidad a nivel agrícola como pisícola, con anterioridad a los hechos y con posterioridad a los mismos, por lo que sus conceptos no son falsos ni erróneos, por el contrario se encuentran soportados en pruebas obrantes en el expediente practicadas por diversas entidades, de los testimonios rendidos por funcionarios de la misma entidad accionada e incluso información aportada por la misma empresa y la aclaración y adición del dictamen, por lo que este cumple con los requisitos previstos en los numerales 2° y 6° del artículo 237 del Código de Procedimiento Civil. Situación diferente es que la objetante no comparte las conclusiones a las que se llega en dicho dictamen, al parecer por encontrarlas desfavorables a su causa, lo que claramente impide encontrar fundada dicha objeción.

Además, los informes de las entidades oficiales sirven como medios de prueba útiles para ilustrar el conocimiento de lo que realmente sucedió en esta comunidad (conforme con los artículos 175 y 243 del Código de Procedimiento Civil)

...Por lo expuesto, la objeción formulada por error grave no procede, en consecuencia se valorará el dictamen conforme con la reglas que para el efecto señala el Código de procedimiento Civil”.

En cuanto a la práctica de la prueba anticipada señaló el Juez, que:

“...como los hechos ocurrieron en su mayoría en territorio de jurisdicción del Municipio de Buenaventura y para la época de los hechos (julio de 2001), ni habían entrado a operar los Juzgados Administrativos, bien podía el demandante, presentar su solicitud ante la Oficina de Apoyo Judicial de la Ciudad de Buenaventura, para su correspondiente reparto entre los jueces de este Distrito judicial.

Además la solicitud de prueba anticipada se presentó el 26 de junio de 2002 (fl 26 rvso. del cdno 15 de la prueba anticipada) y la demanda se instauró el 1º de octubre de 2002 ante la oficina de apoyo judicial de Buenaventura...

Frente al argumento 2 de que la prueba anticipada fue llevada al proceso sin ajustarse a la normatividad legal, porque se había solicitado para utilizarla en el futuro proceso de acción popular que se instauraría (según lo manifestado por el doctor German M. Ospina Muñoz), considera el Despacho que es una simple apreciación de la apoderada de EPSA S.A., por cuanto las dos acciones (Popular y de Grupo), se encuentran reguladas por la ley 472 de 1998...”.

45.21 Es así como, en la sentencia de primera instancia de 20 de mayo de 2009 del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura, señaló frente a la determinación del daño material que “ *...se tendrá en cuenta el dictamen pericial rendido dentro del proceso en los pertinente, teniendo en cuenta que la validez del mismo en este punto no fue objetada por las partes y la verificación que hicieron los peritos de la zona afectada, fundado en los diferentes estudios obrantes en el proceso..”* , el cual arroja un total de daños materiales de \$169.054.678.044.00.

45.22 Por su parte el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en segunda instancia, mediante sentencia del 7 de septiembre de 2009, señaló en sus consideraciones lo siguiente (Folio 881 y 882 del cuaderno 2 de pruebas):

“ ...lo primero que se debe advertir es que no se puede tener en cuenta las pruebas anticipadas practicadas ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura; toda vez que estas

(sic) su decreto fue negado tanto por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca como por el H. Consejo de Estado. Así, en auto del 29 de octubre de 2004 (folios 1842 a 1846 Cdno Ppal 6) el Tribunal Administrativo del Valle negó por extemporánea la solicitud de librar oficio al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura, tal como consta en el numeral 10 del acápite “POR LA PARTE DEMANDANTE”. Interpuesto el recurso de apelación el H. Consejo de Estado mediante auto del 9 de junio de 2005 resolvió el mismo confirmando la negativa de decretar esta prueba (folios 1956 a 1970 Cdno Principal 6), decisión ésta de la cual se negó su aclaración mediante auto de 27 de julio de 2005 proferido por esa alta Corporación, donde se expuso que la negativa de esa prueba se sostenía porque no resultaba útil, pues en el proceso se han decretado varias pruebas con el mismo objeto (ver folios 1977 a 1978 Cdno 6).

Es de anotar que si bien la prueba se allegó al expediente, esto fue por error del Secretario del Juzgado Administrativo del Circuito de Buenaventura, quien actuando en contra de la decisión tomada tanto por el Tribunal como por el H. Consejo de Estado de negar el decreto de la prueba anticipada, libró el oficio No. 0979 de 25 de octubre de 2007 solicitando la misma.

Se observa entonces que la prueba anticipada no puede ser tomada en cuenta como fundamento del fallo ya que fue aportada ilegalmente al proceso, pues la misma no fue decretada y de conformidad con el artículo 174 del C.P.C. “toda decisión judicial debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”, En el presente caso la prueba no fue allegada de manera regular, pues faltó uno de los pasos para que la misma se pudiera tener en cuenta, como lo es su decreto.” (Página 28 de la Sentencia)

45.23 No obstante, más adelante en la misma providencia, dentro de la relación de pruebas a tener en cuenta para el estudio del caso concreto enlistó y analizó:

- La declaración de Manuel Antonio Soto, en la cual manifiesta que a partir de sus observaciones y dictamen realizado determinó una disminución cercana a un 50% en la producción.
- “A folios 485 a 499 del cuaderno 14 se aporta por la Secretaria de Agricultura y Pesca, copia de los Dictámenes Periciales rendidos por el Ingeniero Agrónomo Manuel Antonio Soto –Profesional Universitario Secretaria de Agricultura y Pesca del Valle del Cauca de fechas 1º de abril

de 2003 y 24 de agosto de 2004, en los cuales se da cuenta del mal estado de las plantaciones de productos agrícolas y se establece como valoración económica total de los recursos afectados la suma de \$65.050.638.560. Es de anotar respecto de esta prueba que la misma se relaciona y tiene en cuenta toda vez que fue decretada en el auto de pruebas, donde se solicitó dentro de los oficios que la Secretaría de Agricultura y Pesca del Valle del Cauca y la UMATA remitieran la documentación relacionada con la contaminación del río Anchicayá.”

- Dictamen pericial rendido por la Contadora Pública designada por el juez de primera instancia cuya finalidad era determinar los impactos ocasionados con el daño que ocasionó a la comunidad el Río Anchicayá, de forma que en cumplimiento de tal gestión calculó los perjuicios que por daño emergente o lucro cesante se generó a los habitantes, teniendo en cuenta para el efecto las plantaciones con que se contaba en los terrenos y las cuales se vieron afectadas en su productividad e igualmente los recursos pesqueros. Sobre este último el Tribunal afirmó (Folio 902 y siguientes del cuaderno 2 de pruebas):

“Respecto de los planteamientos que se efectúan en el recurso de apelación, frente al peritaje, se debe decir en primer lugar que el peritaje no está viciado de error alguno pues el mismo se fundamentó en la visitas que se hicieron al lugar de los hechos tanto por el perito contador como por un administrador ambiental y de recursos naturales, comunidad por comunidad e igualmente se fundamentó en pruebas que fueron legalmente aportadas al proceso.

También se debe tener en cuenta respecto de la inconformidad que plantea la EPSA de que el peritaje tuvo como fundamento una prueba ilegalmente aportada el proceso como son los Dictámenes periciales rendidos por el Ingeniero Agrónomo Manuel Antonio Soto –profesional universitario- Secretaria de Agricultura y Pesca del Valle del Cauca de fechas 1º de abril de 2003 y 24 de agosto de 2004, tal como se anotó con antelación, la misma fue decretada en el auto de pruebas, donde se solicitó dentro de los oficios que la Secretaría de Agricultura y Pesca del Valle del Cauca y la UMATA remitieran la documentación relacionada con la contaminación del Río Anchicayá)”

45.24 En últimas, la citada sentencia con fundamento en la prueba anticipada, es decir, en el informe de la Secretaría de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle determinó dentro del proceso que, la indemnización por recurso pesquero correspondía a la suma de \$132.954.016.623 y, por recurso agrícola a la suma de \$33.991928.200.00, para un total de

\$166.945.944.823.00, por concepto de perjuicios. Lo que agregó el peritaje ordenado dentro de la acción de grupo fue la indexación de las sumas inicialmente calculadas por el Ingeniero Agrónomo.

46. De la lectura de los presupuestos de derecho reseñados (numerales 23 a 44), así como de los hechos probados (numeral 45), bien pronto puede advertirse que los falladores de primera y segunda instancia incurrieron en “*defecto fáctico*” no en cuanto a la demostración de la ocurrencia del daño - aspecto que resulta indiscutible-, sino frente a la tasación de la magnitud de éste y el monto de los perjuicios reclamados por el grupo dentro del trámite de la acción, por las siguientes razones:

46.1 Queda claro que la prueba anticipada practicada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura a título de prueba anticipada corresponde al informe rendido por la Secretaria de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle del Cauca.

Es decir, el informe con que contaba la Secretaria de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle sobre los perjuicios causados con ocasión de las maniobras de mantenimiento de la represa del Río Anchicayá, no era un informe aislado adelantado por la Secretaría dentro del giro de su gestión sino claramente el producto de la orden impartida a la Gobernación por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura dentro del trámite de práctica de “*prueba anticipada*”, razón por la cual, no puede escindirse el informe de su origen –la orden del juzgado- so pretexto de incorporarlo como una prueba autónoma dentro del proceso a título de informe técnico.

46.2 Ahora bien, esta prueba en realidad nunca reunió los requisitos propios del dictamen pericial y tampoco los de plena prueba en razón a que:

- No se produjo auto destinado a designar peritos, fijar fecha y hora de posesión de los mismos, tomar juramento de no encontrarse impedido, fijar el término para rendir el dictamen.
- No hubo lugar a la contradicción del dictamen en la medida que este no se practicó con citación de las partes y aunque la empresa demandada presentó sus objeciones ante esa instancia una vez rendido el informe, éstas no fueron definidas por el juez que practicó la prueba anticipada, como tampoco posteriormente por el juez de la acción de grupo, trámite en el cual se pretendió hacer valer dicho informe. Ello por cuanto si bien el Tribunal se pronunció sobre el error grave alegado por la Empresa de Energía, este error se predicó de la prueba pericial ordenada **dentro** del proceso de acción de grupo y practicado por Rita Isabel Góngora Rosero, pero no respecto del informe efectuado por la Secretaria de Agricultura y Pesca por orden del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura,

aspecto que por virtud del artículo 237 del C de P. C., impedía su eficacia probatoria.

- El informe practicado por el ingeniero agrónomo parte de la información de pérdidas aportada exclusivamente por los demandantes en calidad de afectados, a las cuales éste aplicó unas tablas de precios de los productos que aquellos declararon perdidos por virtud de las descargas, con lo cual se violó el principio según el cual el contenido de esta prueba no puede corresponder a la voluntad de una de las partes (artículo 236, numeral 2° del C.P.C). No se encuentra prueba aportada por los afectados de los daños alegados, pues es claro que estos están en el deber de demostrar el perjuicio colectivo causado, de forma que el único medio de prueba en tal sentido que obra en el expediente es la estimación realizada a partir de sus declaraciones.
- El informe carece de motivación detallada, clara y suficiente. No viene acompañado de las supuestas encuestas realizadas, de pruebas técnicas que permitan establecer el estado de los suelos y las aguas antes y después de la ocurrencia de los vertimientos de la represa del Río Anchicayá, no demuestra con información estadística las producciones agrícolas de las zonas en los diferentes años, es decir, no cuenta con una base sólida de carácter técnico o científico que le otorgue el carácter de peritaje. Por lo cual puede decirse que el estudio realizado por la mencionada Secretaría, corresponde más a un informe técnico que proviene de la apreciación empírica del ingeniero agrónomo que de una metodología seria aplicada al caso concreto.

46.3 Se rompió el principio de inmediación en materia procesal previsto en el artículo 181 del Código de procedimiento Civil en cuanto a la ordenación, práctica y recaudo de la prueba. Resulta evidente que la denominada “*prueba anticipada*” ordenada por el Juzgado Tercero Civil de Buenaventura se practicó de manera simultánea al trámite de la acción de grupo instaurada por el Consejo Mayor Comunitario del Río Anchicayá y otros, aspecto que de entrada desnaturalizó la necesidad de la prueba en cuanto a su función de conservación de los hechos. Así, el juez de la acción de grupo tenía tanto la facultad como el deber de desplegar todo su poder oficioso en el proceso a su cargo para establecer aspectos medulares propios de la acción de grupo como la ocurrencia del daño, el nexo causal entre éste y los daños causados, la magnitud del daño, así como el monto de los perjuicios. (Ver numeral 24 de esta providencia)

Tanto es así, que el mismo juez que practicó la prueba anticipada dejó expresa constancia de la existencia de una acción de grupo (ver numeral 45.5 y siguientes), al punto de señalar que dado que el proceso en el cual se haría valer la prueba anticipada había sido instaurado, no se estimaba procedente seguir con su práctica y, aún al admitir que ella se siguiera practicando dejó

expresa advertencia en el auto de enero 15 de 2004, que “*SEGUNDO. Se advierte desde ya que la prueba decretada sólo se utilizará en el futuro proceso de Acción Popular que se instaurará según las manifestaciones del Dr. GERMAN M. OSPINA MUÑOZ.*” (Folio 267 del Cuaderno 1 de pruebas), aspecto que de entrada descartaba la posibilidad de trasladar dicha prueba al trámite de acción de grupo (Ver numeral 45.6 de los hechos probados).

46.4 No obstante la expresa previsión del juez respecto de la inoperancia de la prueba anticipada frente al proceso de acción grupo, ésta fue incorporada al proceso por dos vías: 1. Por solicitud directa al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura en calidad de prueba anticipada y 2. Por su decreto como prueba solicitada por la parte demandante, a título de informe técnico en cabeza de la Secretaria de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle, con lo cual se configuró el recaudo irregular de la prueba, pues si esta era “*anticipada*” debió cumplirse con lo previsto en artículo 183 del Código de Procedimiento Civil, es decir, incorporarse al proceso de acción de grupo con la respectiva demanda, contestación a la demanda o presentación de excepciones o incidentes, lo cual no ocurrió en este caso.

Vale recordar como el mismo Consejo de Estado negó expresamente el traslado de la prueba recaudada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura al proceso de acción de grupo, entre otras cosas, porque fue solicitado de manera extemporánea después de la audiencia de conciliación de que trata la Ley 472 de 1998.

46.5 Resulta evidente que la parte demandante en acción popular condujo a error a los jueces de la acción popular al mostrar el informe de la Secretaria de Agricultura y Pesca, como independiente de la prueba practicada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura. De esta manera, se enmascaró la prueba anticipada, haciéndola pasar por un informe técnico en poder de una entidad pública, modificando de esta forma el origen del mismo y confirmando la forma irregular en que fue incorporada al proceso.

46.6 Lo anterior puede igualmente corroborarse a partir de la posición asumida por el Tribunal Contencioso del Valle del Cauca, que por un lado negó la posibilidad de incorporar la prueba anticipada pero, más adelante en la misma providencia, le otorgó pleno valor probatorio ya no como prueba anticipada sino como informe técnico en cabeza de una entidad oficial, olvidando el origen del citado informe.

46.7 Ahora bien, si en gracia de discusión y aras de la verdad material se aceptara la indebida incorporación de esta prueba como informe técnico, en el proceso de acción de grupo, es necesario evidenciar que al no haberse controvertido tal informe, este apenas tendría el valor de una prueba indiciaria cuyo contenido y alcance resultaría por sí sólo insuficiente para servir de base a la perito contadora para determinar los efectivos perjuicios causados a los afectados, así como para calcular el lucro cesante y el daño emergente por

concepto de afectación pesquera y agrícola, como ella misma lo señala en su informe pericial (Ver numeral 45. 17 de esta providencia). Si a ello se agrega, que se trata de un informe que se basa en información suministrada por las víctimas, su contenido se torna precario para determinar los perjuicios y se convierte en un fundamento que carece de la idoneidad necesaria para convertirse en pieza central del dictamen practicado dentro de la acción de grupo, dada la omisión en la aplicación de una metodología técnica y científica comprobable para establecer la magnitud del daño y la cuantía de los perjuicios.

Pese a ello y a que la Empresa de Energía reiteró sus argumentos frente el informe pericial practicado dentro del trámite de acción de grupo, el juez de la causa se mantuvo en su terca posición de omitir la verdad material acerca del origen de la prueba y su ineptitud para probar los perjuicios. Es decir, que el juez de la acción de grupo concedió valor de plena prueba a la misma a pesar de tratarse de una prueba indebidamente recaudada, de tratarse de una prueba no controvertida, de no reunir el requisito de plena prueba, de basarse en elementos subjetivos carentes de suficiencia en la motivación para convertir dicho informe en eje central del peritaje ordenado dentro de la acción de grupo, con lo cual se configura sin mayor esfuerzo el defecto fáctico alegado por la parte actora.

47. Todo lo anterior constituye un desvío mayúsculo que trasgrede el derecho al debido proceso, el desconocer el deber de manejar la prueba con la mayor rigurosidad y valorarla de acuerdo con la sana crítica. En este caso la pluricitada prueba tomó tanta importancia en el caso concreto que resulta evidente que sin ella se genera una completa orfandad en la motivación del fallo de acción de grupo, mas aún si se tiene en cuenta que la finalidad de la acción es principalmente indemnizatoria, aspecto que abre paso a la intervención del juez constitucional.

Dicho de otra manera, ante la censurable posición de la autoridad judicial aquí cuestionada, se torna necesario dejar sin efectos la providencia judicial que decidió el asunto en segundo grado, es decir, la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca de 07 de septiembre de 2009 y, con ella la prueba pericial ordenada mediante Auto de 22 de octubre de 2007, así como el informe practicado por la Secretaría de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle del Cauca practicado los días 1° de abril de 2003 y 24 de agosto de 2004, los cuales no podrán ser materia de análisis en este proceso -no sólo por haber sido indebidamente recaudados y aportados sino por la falta de objetividad y rigurosidad de su contenido-. Es así como, el Tribunal, atendiendo los términos establecidos en el artículo 62 de la Ley 472 de 1998, habrá de ordenar la práctica de pruebas idóneas y objetivas *destinadas a probar los daños causados al grupo actor, así como el monto de los mismos*, cuya práctica será por cuenta de la parte demandante o en su defecto del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses

Colectivos, ya que se evidencia que no obra en el expediente plena prueba de ellos.

En las pruebas a practicar, bien sea dictamen pericial o cualquier otro medio, se deberá: (i) aplicar un método técnico y científico riguroso que permita establecer los verdaderos daños causados y su monto, (ii) realizarse preferiblemente por una institución universitaria que cuente con información histórica o documental, laboratorios, soporte logístico y profesionales idóneos; (iii) y con citación de las partes, de forma que el Tribunal proceda a la apreciación de la prueba en los términos establecidos en el artículo 79 de la Ley 472 de 1998.

Vale la pena anotar que no desconoce la Sala de Revisión la complejidad de la práctica de dicha prueba, sobre todo por el paso del tiempo, pero lo cierto es que esta situación no es más que el resultado de una práctica de falta de lealtad procesal en un proceso que como la acción de grupo debe buscar la verdad objetiva en cuanto a la estimación del daño. En todo caso, las pruebas a practicarse deberán demostrar los daños causados y el término durante el cual permaneció produciéndose el daño, pues existen pruebas adicionales en el expediente que demuestran el plazo de recuperación tanto del cuerpo hídrico como de los suelos, así como su cuantía, todo ello ponderado en favor del grupo.

48. Téngase en cuenta que, como lo ha señalado la jurisprudencia en repetidos fallos, los jueces están en la obligación de efectuar una rigurosa valoración de las pruebas sometidas a su conocimiento y no permitir, como en el presente caso, que sea el perito quien a través de un informe parcial decida la litis. Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia dijo en un caso similar que es ilegal condenar a pagar perjuicios luego de terminada una ejecución, con base en *“un dictamen pericial que no fue objeto de ninguna ponderación, pues los juzgadores de instancia lo acogieron sin más, bajo el argumento de que no fue objetado, en contravía de lo dispuesto en el artículo 241 del C. de P. C., que ordena tener en cuenta “la firmeza, precisión y claridad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso”*.

Es que el hecho de que esa prueba resultara medular a la hora de sentenciar la contienda, ameritaba que de ella se hiciera una valoración explícita y acorde con las exigencias legales, de suerte tal que era imprescindible examinar con detalle su contenido, verificar la idoneidad de los procedimientos y metodologías utilizados(...).

Desde luego que el silencio de las partes en relación con la prueba no constituía una dispensa frente a la necesidad de hacer el mencionado análisis, el cual, valga reiterarlo, representa un mandato legal que debe verse reflejado en la motivación de la sentencia.

Por ende, haber dado pleno alcance a la referida experticia, por el solo hecho de que no fue objetada, constituye un desvío mayúsculo que trasgrede el derecho al debido proceso, no sólo por desconocer el deber de valorar la prueba de acuerdo con la sana crítica, sino por la orfandad que ello generó en la motivación del fallo, todo lo cual abre paso a la intervención del juez constitucional. Dicho de otra manera, ante el censurable proceder de la autoridad judicial aquí cuestionada, se torna necesario dejar sin efectos la providencia judicial que decidió el asunto en segundo grado, así sea que esta, desde el punto de vista formal, haya adquirido firmeza, lo cual se generó precisamente por la inexistencia de otros medios ordinarios de impugnación... ”³⁰.

De allí que la Sala afirme que la decisión es justa, solo si se basa en un soporte fáctico que pueda considerarse verdadero. En este sentido, la verdad es un fin del proceso, y la solución de conflictos solo se considera adecuada si se lleva a cabo mediante decisiones justas, basadas en un fundamento fáctico confiable y veraz.

Lo expuesto permite aseverar que la correcta aplicación del derecho, bien sea mediante la atribución de consecuencias jurídicas a determinadas situaciones de hecho, bien sea mediante la ponderación de principios en un caso concreto, solo se logra si se parte de una base fáctica adecuada. Por lo tanto, la verdad es un presupuesto de la vigencia del derecho material o, dicho de otra forma, de la justicia de las decisiones. Como lo ha reiterado esta Corte, el derecho procesal, en el marco de un estado constitucional de derecho, debe buscar la solución de conflictos, pero desde una base justa y no sólo eficiente, basada en el establecimiento de la verdad.

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en este proceso.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia de tutela proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 9 de diciembre de 2010 y, en su lugar, **CONCEDER** la tutela solicitada por la Empresa de Energía E.S.P. –EPSA-, por encontrar vulnerados sus derechos a la defensa, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

TERCERO.- En consecuencia, **REVOCAR** en su integridad la providencia de 07 de septiembre de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca con ocasión de la acción de grupo No. 2002-04564-01,

³⁰ Sentencia del 24 de febrero de 2010, MP. Dr. Edgardo Villamil Portilla.

instaurada por el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra del Río Anchicayá y otros.

CUARTO.- DEJAR SIN EFECTO la prueba pericial ordenada mediante Auto de 22 de octubre de 2007 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura, practicada por la contadora **RITA ISABEL GONGORA ROSERO**.

QUINTO.- DEJAR SIN EFECTO y valor probatorio alguno los informes rendidos por la Secretaría de Agricultura y Pesca de la Gobernación del Valle del Cauca, ordenados como prueba anticipada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura.

SEXTO.- ORDENAR al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que disponga, dentro del término perentorio de **QUINCE** (15) días hábiles contados a partir de la recepción del expediente que reposa en el Consejo de Estado, la práctica de las pruebas que estime necesarias a cargo de una entidad de reconocida trayectoria técnica y científica, con el fin de que se demuestre el daño ponderado ocasionado al grupo demandante por las actividades de mantenimiento en la represa de la Central Hidroeléctrica del bajo Anchicayá, entre el 24 de julio y el 26 de agosto de 2001, tiempo que servirá como límite para dicha estimación, así como el monto de los perjuicios ocasionados. La práctica de tales pruebas debe realizarse con citación e intervención de las partes interesadas de manera que se garantice el derecho de defensa y contradicción.

SÉPTIMO.- ORDENAR por la Secretaría de esta Corporación notificar de manera personal en cuanto sea posible y por un medio de comunicación escrito de amplia circulación en el Departamento del Valle del Cauca, la parte resolutive de la presente acción de tutela, a las siguientes entidades y personas, con el fin de que se garantice su derecho de defensa en el trámite probatorio de segunda instancia de la acción de grupo:

- Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial.
- Defensoría del Pueblo.
- Corporación Autónoma Regional de Valle del Cauca C.V.C.
- Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Buenaventura.
- Habitantes de las diferentes comunidades agrupadas en el Concejo Mayor de la Comunidad Negra del Río Anchicayá, por intermedio de su representante legal Benjamín Mosquera o quien haga sus veces.
- Habitantes del Consejo Comunitario de Taparal y Humane a través de su representante legal Luis Antonio Valencia o quien haga sus veces.
- Habitantes del Concejo Comunitario de Bracito y Amazonas a través de su representante legal Luis Venito Valencia González o quien haga sus veces.

- Habitantes del Corregimiento El Danubio a través de su representante legal o quien haga sus veces.
- Corporación Mar Pacífico representada legalmente por el señor Otoniel Zamora o quien haga sus veces.
- Asociación Civil Pescomertil representada legalmente por la señora Cruz Elodia Aragón o quien haga sus veces.
- Asociación Civil de Plataneras las Tintoretas representada legalmente por el señor Rafael Hurtado Colorado o quien haga sus veces.
- Concejo Comunitario de Sabaletas representado por Buenaventura Caicedo Angulo y Stella Hinostroza Angulo y su apoderado principal doctor German Ospina y sustituto Gilberto Gutiérrez Zuluaga.
- Habitantes del Bajo Potedó y su apoderado Germán Ospina
- Las siguientes personas:
Luis Antonio Torres de la cuenca del río Anchicayá, Marcelina Valenzuela Valencia, Elisa Román de Caicedo, Clarenia Valencia Gamboa, Margarita Román de Largo, Wilfrido González, Luis Hernán Alegría Mosquera, Aurora Valencia Candelo, Ana Cecilia Gamboa Albornoz, Mariluz Gamboa Albornoz, Celina Bonilla, Luciano Díaz Rodríguez, Alí Caicedo Caicedo, Herminia Caicedo de Iburguen, Gabriel Moisés Valencia Gamboa, Irgelia Granados Lozano, María Enelia Caicedo, Crisanto Rentería Gamboa, Eduardo Granados, Paulino Angulo Córdoba, Miguel Santos Angulo Córdoba, Leonidas Caicedo Murillo, Luis Caicedo Murillo, Álvaro Caicedo Gamboa, Aníbal Caicedo Bonilla, Alistarco Cuero Gamboa, Celia Albornoz Gamboa, Mary Presentación Valencia Ruíz, Juan Paulino Angulo Ramos, Eusebio Caicedo Camacho, Etelvina Rentería, Paula Díaz de Mosquera, Francisca Rentería de Mina, Juana de Dios Zamora de Granados, Celina Aragón de Potes, Pedro Daniel Valencia, José Leonardo Gamboa, Rosario González Medina, Anselmo Gamboa y José Ramos Caicedo Acosta.
- Consejo Comunitario de Punta Soldado.
- Demás personas que formen parte del grupo y no hayan otorgado poder en el proceso de acción de grupo que residieran en la ribera del Río Anchicayá a la fecha de los hechos que acrediten que pertenecen a un Concejo Comunitario y que fueron afectados por los hechos que motivaron la acción de grupo.

OCTAVO.- ORDENAR al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca solicite la devolución del expediente de la acción de grupo 2002-04564-01 a la Sección Tercera del Consejo de Estado, para efectos de darle cumplimiento a las órdenes contenidas en la presente providencia.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General