



Demandante: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Tribunal Administrativo de Bolívar
Radicado: 11001-03-15-000-2021-11573-01

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Magistrada Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil veintidós (2022)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación: 11001-03-15-000-2021-11573-01
Demandante: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.
Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Temas: Tutela contra providencia judicial – improcedencia de la acción de tutela por no cumplir con el requisito de procedibilidad adjetiva de la subsidiariedad – irremediabilidad del perjuicio

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por los señores Isidro Antonio Argota Amaris, Antonio Adolfo Simanca Núñez y Yair Eduardo Romero Castro, en calidad de terceros con interés, contra la sentencia proferida por el Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección B el 28 de febrero de 2022, mediante la cual se amparó transitoriamente el derecho fundamental al debido proceso de Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud de amparo

1. Con escrito enviado el 13 de diciembre de 2021 al buzón web de la Secretaría General del Consejo de Estado, Empresas Públicas de Medellín E.S.P., a través de apoderado, ejerció acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Bolívar, con el fin de que se amparara su derecho fundamental al debido proceso.

2. La accionante consideró vulnerada la referida garantía constitucional, con ocasión de los autos proferidos por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 12 de agosto de 2021, mediante el cual se decretó una medida cautelar, y 4 de noviembre de 2021, que resolvió las solicitudes de aclaración y adición que se presentaron contra la anterior decisión, en el trámite del medio de control de reparación de perjuicios ocasionados a un grupo que promovió el señor Maikol Arenales Chávez y otros contra las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., la Hidroeléctrica de Ituango S.A. E.S.P., el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Minas y Energía, la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, el departamento



de Antioquia, la Corporación Autónoma Regional de Antioquia y el Instituto para el Desarrollo de Antioquia.

3. Con base en lo anterior, la parte actora solicitó el amparo del derecho fundamental invocado y, en consecuencia, pidió:

“SEGUNDA: En consecuencia de la declaración anterior, dejar sin efectos el auto del 12 de agosto de 2021 y el auto de 4 de noviembre de 2021, por medio de los cuales se decretó la medida cautelar.

SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL: Suspender temporalmente los efectos del auto del 12 de agosto de 2021 y del auto de 4 de noviembre de 2021, por medio de los cuales se decretó la medida cautelar, hasta tanto se resuelva el recurso de apelación interpuesto contra dichas decisiones.

TERCERO: Que el Juez Constitucional de tutela adopte las decisiones que en derecho correspondan con el propósito de amparar y garantizar el derecho fundamental al debido proceso de la accionante, vulnerado con el actuar indebido del Tribunal Administrativo de Bolívar que claramente corresponde a una vía de hecho.”

1.2. Hechos probados y/o admitidos

La Sala encontró demostrados los siguientes supuestos fácticos relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

4. El señor Maikol Arenales Chávez y otros¹ promovió medio de control de reparación de los perjuicios ocasionados a un grupo contra las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., la Hidroeléctrica de Ituango S.A. E.S.P., el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Minas y Energía, la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, el departamento de Antioquia, la Corporación Autónoma Regional de Antioquia y el Instituto para el Desarrollo de Antioquia, con el fin de que se les declarara administrativa y patrimonialmente responsables por los daños que presuntamente les produjo el desarrollo del proyecto de infraestructura de la hidroeléctrica que se construyó en el municipio de Ituango, por cuanto presuntamente se disminuyó el recurso natural pesquero en el río Cauca y,

¹ El medio de control de reparación de perjuicios ocasionados a un grupo lo promovieron las siguientes personas y sus grupos familiares: Maikol Arenales Chávez, Isidro Antonio Argota Amaris, Deiner Antonio Jiménez Amaris, Michel Cabrera Ríos, Nilson José Meriño Martínez, Aniel Antonio Ortega Díaz, Juan Alberto López Ospino, Jairo Antonio Barrios Ospino, David Medrano Machado, Daimer Jiménez Amaris, Deivis Bueno Tovar, Estrella Mercedes Rocha Quintana, Yamith de Jesús Martínez Mercado, Eberto Manuel Polanco Cárdenas, Álvaro José Padilla Trillo, Yair Eduardo Romero Castro, Elimelec José Rocha Portela, Luz María Jiménez Rodríguez, Yolanda del Carmen Pacheco Campuzano, Angelina Rosa Cabrera Castellar, Luz Meris Pacheco Campuzano, Manuela Campuzano Zayas, Félix Alberto Quintana Villegas, Luis Alfonso Madera Torregrosa, Ernedys Jiménez García, Silvano Manuel Quintana Requena, Antonio Adolfo Simanca Núñez, José Luis Rodríguez Ospino, Luis Hernán Cañavera Martínez, Alberto Antonio Palencia Herrera, Walter Francisco Tafur, Luis Fernando Díaz Amaris, Tomas Alberto Yepes Ospino, Remilton Yepes Ospino, Ever Enrique Lara Arrieta, Yovanis Meza Ospino, Pablo Antonio Mendoza Betin, Argemiro de Jesús Meza Ospino, Feliz Daniel Pacheco Rojas, Wilder Enrique Yequez Vanegas, Manuel Ordulio López Ruth y José Luis Rodríguez Ruedas.



en especial, en el complejo de ciénagas de Montecristo y Achí en el departamento de Bolívar.

5. Los demandantes, en escrito separado, solicitaron como medida cautelar, lo siguiente:

“PRIMERA. - Se ordenará que los demandados: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN; HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. ESP; y AGENCIA NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES (ANLA), por intermedio de sus respectivos representantes legales, consignen en la cuenta de Depósitos Judiciales del Honorable Tribunal Administrativo de Bolívar, la cantidad de un salario mínimo legal mensual vigente por doce (12) meses, o por el espacio de tiempo que el Honorable Tribunal considere razonable, destinado a la protección del ingreso que a título del lucro cesante cada núcleo familiar accionante dejó de percibir, como consecuencia de la pérdida del recurso pesquero, imputable de manera directa por acción a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN ejecutora del proyecto; HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. ESP, dueña del mismo y por omisión a la AGENCIA NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES (ANLA), al no impedir la causación de perjuicios sufrido por los actores.

Con la medida cautelar que se solicita se evita se siga extendiendo las consecuencias del perjuicio sufrido; se previenen nuevos daños para los actores por la falta de mínimo vital y se asegura la efectividad del ingreso hoy pedido, que como sustento por faenas de pesca percibían los demandantes antes de la causación del daño imputable especialmente a estos demandados” (Sic a toda la transcripción)

6. El proceso le correspondió al Tribunal Administrativo de Bolívar que, a través de auto del 12 de agosto de 2021, decretó la medida cautelar solicitada por los demandantes y, en consecuencia, le ordenó a Empresas Públicas de Medellín E.S.P. que entregara a cada uno de los demandantes 1 salario mínimo legal mensual vigente durante 12 meses, al concluir que:

“En consecuencia, considera esta Sala, que efectivamente no desapareció el recurso pesquero de la zona, como lo afirman los demandados, pero la solicitud de medida cautelar, no va a un daño consumando (sic), sino a uno de los requisitos que debe tener en cuenta el Juez como es la apariencia de buen derecho. En este caso, esa apariencia de buen derecho está fundamentada en que la alteración de la cuenca del Rio Cauca por el proyecto Hidroeléctrico y la construcción de la presa Hidroituango, que llevó a que en el año 2018 se cerraran las compuertas de los túneles que obligaron a {la} evacuación de algunos municipios y a la sequía parcial de dicho afluente, efectivamente afectó el ciclo de reproducción de las diferentes especies de peces en el mismo, y con ello, el ciclo de alimentación y modo de vida de los pescadores de la Ciénaga de Montecristo y Achí, que hace necesario que para volver a obtener los niveles de reproducción anteriores al mencionado suceso, se requiera el paso de un determinado tiempo, lo que hace que la medida cautelar solicitada sea necesaria, y proporcional con el objeto de no agravar la situación de estas familias.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que la pandemia generada por el virus SARS-COV-2, mejor conocido como Covid 19, ha disminuido los ingresos de este tipo de familia (sic), que la mayoría son de escasos recursos económicos, y al verse impedidos, en el mismo para realizar su actividad, la misma se ha visto agravada y la justicia no le ha dado una respuesta efectiva desde el momento de presentación de la demanda por la misma pandemia, y naturaleza del proceso, lo cual hace



procedente, la medida cautelar solicitada; además esta también es necesaria para garantizar una subsistencia en condiciones dignas para estos pescadores. En cuanto al estudio Presentado por la Universidad de Córdoba, no puede perderse de vista, que el tiempo que duró en cuarentena el pueblo colombiano, mejoró las condiciones ambientales, lo que favoreció la fauna y la flora, porque no fueron objeto de la depredación, ni utilización por parte del hombre. Por eso, los estudios de la Universidad de Córdoba deberán ser analizados en el momento procesal correspondiente, pero en todo ello, deberá tenerse en cuenta las condiciones que cambiaron, en virtud de la denominada pandemia; ello será objeto de debate en su momento.

Otra razón para decretar la medida, es que, como se dijo en párrafos anteriores, es un hecho notorio que el fenómeno ocurrido en el 2018, llevó la desocupación de pueblos ubicados en las cercanías al proyecto de Hidroituango, por el cierre de las compuertas, lo que generó una sequía río abajo que afectó a las poblaciones de río abajo, que solo se recupera con el tiempo, pero que produce un impacto inmediato del modo de vivir de los actores, que la justicia debe tratar de mitigar. Todo esto sin perjuicio de que con el tiempo se recuperen el recurso ictológico de la región, pero, no por ello, debe desconocer que existió un impacto sobre la vida de los actores.

Los derechos fundamentales que se protegen con esta medida cautelar, son el derecho al trabajo en condiciones dignas en esas comunidades pesqueras de Montecristo y Achí, que garanticen las condiciones mínimas de subsistencia de esas personas, contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificados por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, la cual establece lo siguiente:

(...)

7. Contra la anterior decisión el apoderado de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. presentó solicitud de aclaración y adición² la cual fue resuelta, mediante proveído del 4 de noviembre de 2021, en los siguientes términos:

“PRIMERO: NEGAR la solicitud de aclaración {de} EPM en relación con la palabra “pago” contenida en el numeral primero de la parte resolutive del auto del 12 de agosto de 2021, conforme con lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: ACLARAR que el dinero reconocido a través de la medida cautelar decretada el 12 de agosto de 2021, debe ser entregado a cada familia de manera mensual por EPM, por término de 12 meses; y deberá ser consignado a los beneficiarios directos de la medida (1 representante por núcleo familiar, con forme (sic) con el listado de demandantes anexo en la demanda), en las cuentas bancarias que para ello autoricen expresamente los mismo (sic) o a través del medio de que se convenga entre EPM y los afectados o su representante.

PARÁGRAFO: Se INSTA a las partes involucradas en esta medida, a que, cualquiera que sea el medio escogido para la entrega de los recursos, este debe

² La solicitud de aclaración y adición, se erigió sobre los siguientes argumentos: (i) la acción de grupo era un mecanismo resarcitorio y eminentemente patrimonial, razón por la cual la medida cautelar decretada no podía sustentarse en la protección de derechos fundamentales como el trabajo y el mínimo vital; (ii) no podía imponerse a Empresas Públicas de Medellín E.S.P. el pago de una suma de dinero a favor de los demandantes, porque no existía una obligación clara, expresa y exigible, así como que en esa etapa procesal no se había establecido si se había causado un daño antijurídico; (iii) no existía claridad sobre la manera como se debía realizar el pago; y (iv) no se había constituido la caución equivalente al 20 % de las pretensiones, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 590 de la Ley 1564 de 2012.



propender por no hacer más gravosa la situación de los demandantes, para efectos de recibir la ayuda económica decretada, dada su condición de pobreza.

TERCERO: NEGAR la solicitud de adición presentada por EPM en relación con la imposición de una caución a los demandantes, por las razones expuestas.

CUARTO: NEGAR la solicitud de reconsideración presentada por EPM conforme con lo indicado en esta providencia.”

8. Para llegar a esta resolutive el Tribunal Administrativo de Bolívar consideró, entre otras cosas, lo siguiente:

“Sobre este aspecto, considera el Despacho, que la palabra “pago” en este evento se usa de manera genérica para indicar que EPM debe hacer la entrega de 1 smlmv, durante 12 meses, a cada una de las familias afectadas con la sequía (sic) del Río Cauca, y que son demandantes en esta acción. Este hecho es evidente si se tiene en cuenta el contexto en el que se profiere la decisión, puesto que, con el auto del 12 de agosto de 2021 lo que se decide es acceder a una medida cautelar para evitar un perjuicio mayor a los accionantes, bajo las condiciones y argumentos expuestos en dicha providencia.

Bajo este entendido, la palabra “pago” no ofrece ninguna duda en su interpretación, comoquiera que estamos ante una acción de grupo y no frente a un proceso ejecutivo en el que se este exigiendo el pago de una obligación clara, expresa y exigible. Por ello, se denegará la petición en comento.

(...)

En esta oportunidad, EPM solicita que se adicione la providencia el 12 de agosto de 2021, ordenándose el pago de una caución del 20% de las pretensiones en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 292 (sic) del CGP. Sin embargo, no es posible acceder a esa petición toda vez que los actores se encuentra cobijados por el amparo de pobreza decretado mediante providencia del 2 de octubre de 2020.

(...)

En el memorial presentado por EPM se solicita a este Tribunal reconsiderar la decisión frente a la medida cautelar decretada, manifestando que la misma tiene una finalidad netamente patrimonial y no la protección de derechos fundamentales, por lo que no es procedente el decreto de una medida cautelar para el amparo de un derecho al trabajo.

El Despacho se abstendrá de pronunciarse de fondo sobre este aspecto, toda vez que lo presentado por EPM es una solicitud de aclaración y adición de la providencia, no una impugnación, por lo que a través de este medio no es procedente presentar inconformidades frente a la decisión adoptada por el Despacho”.

9. Inconforme con los autos del 12 de agosto de 2021 y 4 de noviembre de 2021, el 10 de noviembre de 2021 el apoderado de Empresas Públicas de Medellín interpuso recurso de apelación y el 17 de marzo de 2022 el proceso le fue repartido al magistrado Jaime Enrique Rodríguez Navas, integrante de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado.



10. El Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante auto del 12 de noviembre de 2021, aceptó la adhesión a la demanda de 1223 personas y contra esta decisión Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la Hidroeléctrica de Ituango S.A. E.S.P. interpusieron recursos de reposición, los cuales fueron rechazados a través del proveído del 9 de marzo de 2022.

1.3. Sustento de la vulneración

11. La parte actora aseguró que el Tribunal Administrativo de Bolívar vulneró su derecho fundamental al debido proceso, por las razones que se exponen a continuación:

12. De manera preliminar, afirmó que la solicitud de amparo cumplía con todos los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela contra providencias judiciales y en relación con el de la subsidiariedad, precisó:

“El presupuesto de la subsidiariedad también se cumple en el presente caso, puesto que –como se dijo en el acápite precedente–, esta acción de tutela se ejerce como medida transitoria para la protección del derecho fundamental al debido proceso de la empresa accionante mientras se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 12 de agosto de 2021. No existe, entonces, otro medio legalmente válido que evite la causación de un perjuicio irremediable distinto a la presente acción de tutela, pues, como el recurso de apelación que actualmente está en curso se concede en el efecto devolutivo, nada garantiza que el daño se concrete con el pago o la entrega de los dineros de que trata la medida cautelar y lo que sí es seguro es su difícil o imposible recuperación posteriormente.”

13. Aunado a lo anterior, manifestó que el recurso de apelación que interpuso “puede tomar un lapso considerable” en resolverse o “incluso puede llegar a cumplirse todo el tiempo de la medida decretada” sin que se emita una decisión al respecto.

14. Al argumentar el fondo de la vulneración, sostuvo que la autoridad judicial accionada incurrió en los siguientes defectos:

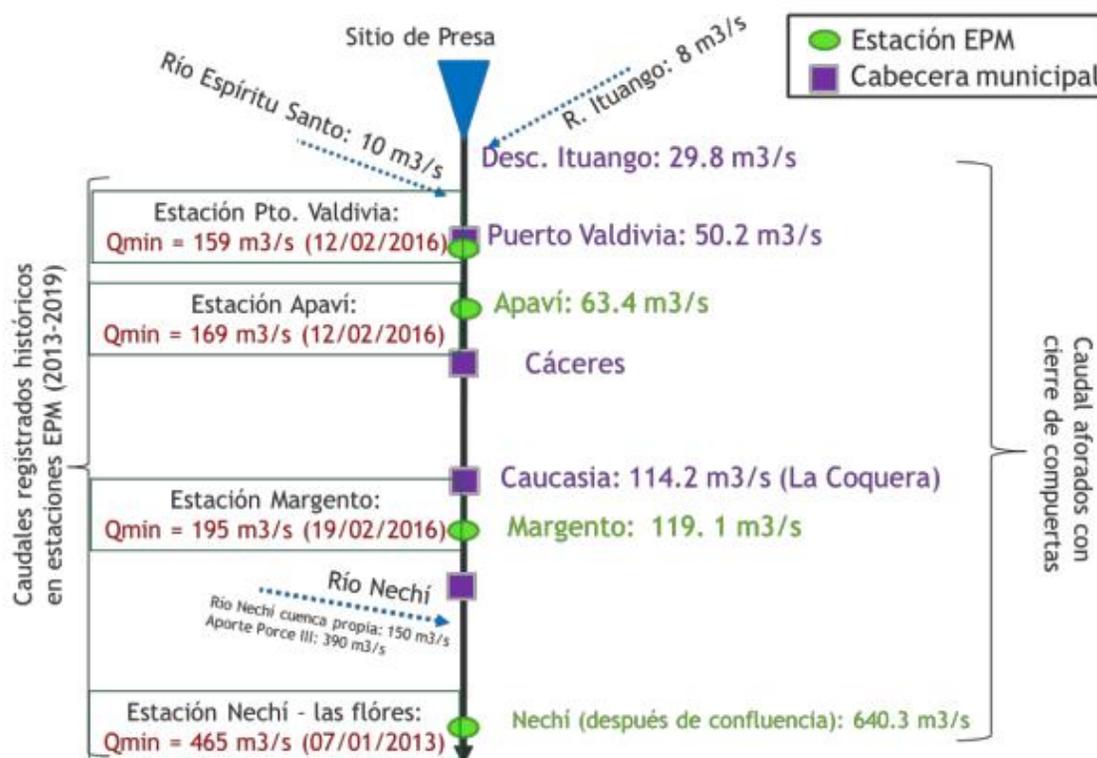
- Defecto fáctico por “ausencia de sustento probatorio para el decreto de la medida cautelar”

15. Indicó que este yerro se configuró, por cuanto el Tribunal Administrativo de Bolívar decretó la medida cautelar sin sustento probatorio y basándose únicamente en su “conocimiento privado” y lo manifestado por los demandantes, sin desvirtuar las razones de defensa que esgrimió Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

16. Agregó que tampoco se tuvieron en cuenta las conclusiones a las que llegaron los “distintos informes periciales aportados con la contestación” que demostraban que no se causó un daño antijurídico y que hubo una grave contradicción al momento de decretar la medida cautelar, porque la autoridad judicial accionada aseguró expresamente que el recurso pesquero de la zona no desapareció.

17. Aclaró que el municipio de Montecristo está ubicado a una distancia superior a 200 kilómetros del sitio en donde se construyó la presa del proyecto hidroeléctrico de Ituango y que en ese trayecto hay varios afluentes que desembocan en el río Cauca, razón por la cual el lugar en donde los demandantes pescan se ha mantenido con un “caudal normal” y, por ello, los hechos y las pretensiones de aquellos carecen de sustento probatorio.

18. En este punto, describió las acciones realizadas para hacer frente a la contingencia que se presentó con el referido proyecto de infraestructura y reiteró que los demandantes no resultaron afectados, porque están asentados luego de la desembocadura del río Nechí y se compensó cualquier reducción que se hubiere podido causar al caudal por “el cierre de las compuertas”. Para explicar esto, expuso esta gráfica:



19. Resaltó que la Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, a través de la comunicación N° 2019EE10010 del 1 de octubre de 2019, indicó que “los departamentos y municipios de la Región de la Mojana no reportaron afectaciones asociadas a los eventos de emergencia generados con la contingencia”.

20. Agregó que de acuerdo con las “Circulares 034 del 19 de mayo de 2018, 042 del 14 de junio de 2018 y 032 del 26 de julio de 2019” los centros poblados de la ciénaga de Montecristo nunca fueron evacuados y tampoco se presentó en ese sector una disminución del caudal del río Cauca.



21. En ese sentido, insistió en que no existía una prueba que acreditara la existencia de un daño antijurídico y que soportara la carga impuesta a Empresas Públicas de Medellín E.S.P. de pagarle un salario mínimo mensual vigente a cada grupo familiar que fue reconocido como demandante.

22. Agregó que sin sustento probatorio se consideró como *“un hecho notorio lo ocurrido en el año 2018 con el proyecto Hidroituango”* y se desconoció el largo tramo que hay desde la presa y el lugar en donde habitan los demandantes, en donde no existe *“afectación actual”*.

23. Señaló que para garantizar el pago de una eventual indemnización se debió adoptar otra decisión y que *“sí es un hecho notorio”* que Empresas Públicas de Medellín E.S.P. es una empresa con solidez y robustez económica suficiente para cumplir un fallo condenatorio, por lo que no se cumple con el propósito de la medida cautelar.

- Defecto sustantivo por *“indebida aplicación de las normas que sustentan la medida cautelar. Confusión de la naturaleza de acción medio de control ejercido en el caso concreto y las consideradas como sustento al adoptar la medida cautelar”*

24. Indicó que este yerro se configuró, por cuanto se desconoció que el medio de control de reparación de los perjuicios ocasionados a un grupo es eminentemente resarcitorio y su finalidad es reparar el daño antijurídico que presuntamente se ocasionó a las víctimas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 472 de 1998.

25. Expresó que para decretar la medida cautelar no se observó el derecho objeto de litigio y la manera como podía asegurarse la efectividad de las pretensiones, en consonancia con el artículo 590 de la Ley 1564 de 2012, y por esa razón la carga que se le impuso a Empresas Públicas de Medellín E.S.P. era ajena a la controversia suscitada en el proceso ordinario.

26. Precisó que la autoridad judicial accionada fundamentó la decisión cuestionada en la necesidad de proteger derechos colectivos y fundamentales, sin tener en cuenta que el objeto de la demanda no era la protección de este tipo de garantías, pues, no se trataba de una acción popular o de tutela.

27. Aclaró que, desde la perspectiva del medio de control de reparación de los perjuicios ocasionados al grupo, el Tribunal Administrativo de Bolívar debe hacer un análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución y establecer si se configuró un daño antijurídico que deba ser reparado por el Estado, y ello no se argumentó para sustentar la medida cautelar decretada.

28. Señaló que el derecho objeto de litigio o la efectividad de la pretensión no están en riesgo y que lo pretendido por la autoridad judicial accionada era conceder



un “auxilio o ayuda” económica a los demandantes para garantizar su mínimo vital, obviando que ello escapa a la naturaleza de la acción que se promovió.

29. En ese orden de ideas, manifestó que se transgredió el principio de congruencia y sostuvo que (i) el dinero que se pague en cumplimiento de la medida cautelar no podrá recuperarse en el evento de que las pretensiones de la demanda se nieguen; y (ii) la decisión cuestionada se pronunció “por fuera y más allá de lo pedido”.

30. Resaltó que la pandemia ocasionada por el contagio a gran escala del covid -19 y las afectaciones económicas que ello produjo no podía ser un argumento para fundamentar el decreto de la medida cautelar, porque este hecho era ajeno y posterior a la interposición de la demanda y, además, Empresas Públicas de Medellín E.S.P. no era responsable de esa situación.

31. Así las cosas, concluyó:

“Lo anterior pone de presente que el tribunal excedió por completo su competencia en el asunto de la referencia, al adoptar decisiones que no son cautelares; que tienen el carácter de irreversibles; que afectan y producen un daño antijurídico en cabeza de la empresa porque generan un prejuzgamiento; que traslada una ayuda social a la demandada en virtud de hechos y ajenos como la pandemia generada por el Covid-19, entre otros aspectos.”

1.4. Trámite de la acción de tutela

32. El magistrado ponente de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante auto del 16 de diciembre de 2021, admitió la demanda de tutela y dispuso su notificación a la parte actora, así como al Tribunal Administrativo de Bolívar en calidad de autoridad judicial accionada.

33. Igualmente, vinculó como terceros con interés a la Hidroeléctrica de Ituango S.A. E.S.P., al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, al Ministerio de Minas y Energía, a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, al Departamento de Antioquia, a la Corporación Autónoma Regional de Antioquia, al Instituto para el Desarrollo de Antioquia y a todos los grupos familiares reconocidos como demandantes dentro del medio de control de reparación de los perjuicios ocasionados a un grupo con radicado N° 13001-23-33-000-2019-00352-00.

34. Además, ordenó notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en los términos y para los fines establecidos en el artículo 610 de la Ley 1564 de 2012, y publicar el auto admisorio de la demanda en la página web del Consejo de Estado.



1.5. Intervenciones

Realizadas las notificaciones ordenadas, de conformidad con las constancias visibles en la copia digital del expediente de la acción de tutela, se presentaron las siguientes intervenciones:

1.5.1. Isidro Antonio Argota Amaris, Antonio Adolfo Simanca Núñez y Yair Eduardo Romero Castro

35. Con escrito enviado por correo electrónico el 18 de enero de 2022 al buzón web de la Secretaría General del Consejo de Estado, 3 de los integrantes del extremo demandante del proceso ordinario, a través de apoderado, sostuvieron que la acción de tutela era improcedente, debido a que no se cumplía con el requisito de procedibilidad adjetiva de la subsidiariedad.

36. Ello, por cuanto estaba en trámite el recurso de apelación que la accionante interpuso contra la decisión que decretó la medida cautelar y, en consecuencia, debía esperar a que el mecanismo judicial idóneo que utilizó fuera resuelto por el superior funcional del Tribunal Administrativo de Bolívar.

37. Indicaron que la justificación de la parte actora para interponer la acción de tutela, es decir, que la alzada “*seguramente tardará un tiempo considerable en decidirse*”, no era suficiente para que procediera la solicitud de amparo y, además, advirtió que omitió controvertir la providencia judicial cuestionada mediante el recurso de reposición y de esa forma obtener un pronunciamiento más expedito por parte del mismo Tribunal Administrativo de Bolívar, de conformidad con el numeral 2 del artículo 322 de la Ley 1564 de 2012.

38. Por otra parte, aseguraron que es “*un hecho notorio*” que, con ocasión del cierre de compuertas de la presa para mitigar la contingencia que se presentó en el año 2018, se afectó el recurso pesquero en el río Cauca y aportaron al proceso ordinario varias pruebas que demostraban ello.

39. Aclararon que las pretensiones de la demanda ordinaria están dirigidas a que se indemnice el perjuicio causado en la modalidad de lucro cesante desde el 5 de febrero de 2019 “*cuando fue secado el río Cauca del que derivaban su sustento los demandantes*”.

40. Pusieron de presente que la Agencia Nacional de Licencias Ambientales inició un procedimiento sancionatorio en contra de la accionante y de la Hidroeléctrica de Ituango S.A. E.S.P., por haber permitido que el caudal del río Cauca disminuyera por debajo del límite establecido en la licencia ambiental que se concedió para el referido proyecto de infraestructura.



41. Describieron en qué consiste el fenómeno denominado la “*subienda*” y reiteraron que cuando bajó el caudal del río Cauca el recurso pesquero se afectó y junto con ello su fuente de ingresos.
42. Agregaron que la accionante suscribió varios contratos de transacción con pescadores que resultaron afectados por la contingencia ocasionada con la construcción de la presa, lo que equivalía a una “*confesión plena que ellos si afectaron el recurso pesquero*”.
43. Así las cosas, solicitaron que se declarara improcedente la acción de tutela.
44. Posteriormente, con escrito enviado por correo electrónico el 24 de enero de 2022, reiteraron lo expuesto en su intervención y, además, pidieron que se aplicaran los “*principios constitucionales establecidos*” en la sentencia de unificación del 10 de junio de 2021³, proferida por la Sala Especial de Decisión N° 1 del Consejo de Estado en la acción de grupo que promovió el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra del Río Anchicayá y otros contra la Empresa de Energía del Pacífico y otros.

1.5.2. Tribunal Administrativo de Bolívar

45. Con escrito enviado por correo electrónico el 18 de enero de 2022 al buzón web de la Secretaría General del Consejo de Estado, el magistrado ponente de las decisiones cuestionadas sostuvo que la acción de tutela era improcedente, debido a que con cumplía con el requisito de procedibilidad adjetiva de la subsidiariedad.
46. Indicó que la supuesta “*demora*” que va a tardar la resolución del recurso de apelación que interpuso la accionante se basa en supuestos hipotéticos que no han sido demostrados y es “*una falacia para no esperar que sea resuelto*”.
47. Por otra parte, aseguró que para decretar la medida cautelar se valoraron las pruebas que se aportaron para respaldar esta solicitud procesal y precisó que “*las demás tendrán que ser valoradas en la etapa correspondiente*” y “*solo al final se decidirá de acuerdo con el material recaudado si hay o no una responsabilidad patrimonial*”.
48. Aclaró que no desconoció la naturaleza resarcitoria de la acción de grupo y que utilizó “*semánticamente*” la expresión derechos colectivos para no repetir que la parte actora está compuesta por una pluralidad de personas.
49. Agregó que los artículos 4 de la Constitución y 103 de la Ley 1437 de 2011 determinan que los procesos ordinarios son medios para hacer efectivos derechos fundamentales y en el medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo los demandantes fundamentaron sus pretensiones en la afectación a sus

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión N° 1, Sentencia del 10.06.21., M.P. María Adriana Marín, Rad. 76001-23-31-000-2002-04584-02.



ingresos económicos por la disminución del recurso pesquero en el río Cauca, es decir, la transgresión de su garantía constitucional al trabajo.

50. Señaló que tampoco se cumplía con el requisito de procedibilidad de la relevancia constitucional, comoquiera que la accionante no argumentó con suficiencia la razón por la cual consideró que se le vulneró su derecho fundamental al debido proceso y la controversia que planteó es eminentemente económica, teniendo en cuenta que su inconformidad radica en que debe pagarle una suma de dinero a los demandantes y que no tendría la oportunidad de recuperar ese rubro en el evento de que se nieguen las pretensiones de la demanda.

51. Indicó que no se configuraba un perjuicio irremediable que hiciera necesaria la intervención del juez constitucional, comoquiera que el legislador había establecido el procedimiento para controvertir las decisiones de las autoridades judiciales y no podía permitirse que, a través de la solicitud de amparo, se desconociera ello con el fin de *“obtener una respuesta más pronta”*.

52. Transcribió apartes de la sentencia de la Corte Constitucional T-016 de 2019, respecto de la improcedencia de la acción de tutela cuando no se han agotado todos los mecanismos de defensa judicial, y precisó que actualmente se encontraba en trámite el recurso de apelación que interpuso la parte actora.

53. En ese orden de ideas, pidió que se declarara improcedente la acción de tutela o, en su defecto, se negara el amparo deprecado.

1.5.3. Ministerio de Minas y Energía

54. Con escrito enviado por correo electrónico el 18 de enero de 2022 al buzón web de la Secretaría General del Consejo de Estado, el coordinador del Grupo de Defensa Judicial, Extrajudicial y Asuntos Constitucionales de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad, a través de apoderado, sostuvo que no vulneró algún derecho fundamental de la accionante y, por ello, carecía de legitimación en la causa por pasiva.

55. Sin embargo, indicó que coadyuvaba las pretensiones de la parte actora, debido a que con las providencias judiciales cuestionadas se le vulneró su derecho fundamental al debido proceso y se le puede causar un perjuicio irremediable *“dada la desproporción de la medida cautelar interpuesta”*.

56. En ese orden de ideas, solicitó que se accediera a las pretensiones de la demanda de tutela y se dejaran sin efectos los autos del 12 de agosto y 4 de noviembre de 2021.



1.5.4. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

57. Con escrito enviado por correo electrónico el 19 de enero de 2022 al buzón web de la Secretaría General del Consejo de Estado, el jefe de la Oficina Jurídica de la entidad sostuvo que esa cartera ministerial no tenía injerencia en las decisiones que adoptó el Tribunal Administrativo de Bolívar.

58. Manifestó que se atendería a lo que se demostrara y se decidiera en el trámite de la acción de tutela, y advirtió que no vulneró algún derecho fundamental de la accionante.

59. Expuso la naturaleza jurídica del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y describió las funciones que le fueron asignadas a través de la Ley 99 de 1993 y el Decreto 3570 de 2011.

60. Así las cosas, advirtió que carecía de legitimación en la causa por pasiva y solicitó que se le desvinculara del trámite constitucional del vocativo de la referencia.

1.5.5. La Hidroeléctrica de Ituango S.A. E.S.P., la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, el departamento de Antioquia, la Corporación Autónoma Regional de Antioquia y el Instituto para el Desarrollo de Antioquia, a pesar de haber sido notificados en debida forma, guardaron silencio

1.6. Sentencia de primera instancia

61. La Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁴, mediante sentencia del 28 de febrero de 2022, amparó transitoriamente el derecho fundamental al debido proceso de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y ordenó suspender los efectos de la medida cautelar decretada por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

62. Para llegar a esta decisión, de manera preliminar indicó que se cumplían con todos los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela contra providencias judiciales y precisó que se satisfacían los presupuestos para conceder un amparo transitorio.

63. Sobre esto último, indicó que:

“13.1.- En efecto, la Sala advierte que el efecto devolutivo de la apelación hace actual (más que inminente) la amenaza de los derechos fundamentales de la accionante al debido proceso. Además, la naturaleza pública de los recursos implicados, su monto (teniendo en cuenta que mediante auto del 12 de noviembre de 2021 se aceptó la adhesión de 1223 personas, que se suman a las 43 familias reconocidas desde la admisión de la acción de grupo), la inexistencia de una caución

⁴ Esta Sala de Decisión estuvo compuesta por los magistrados Martín Bermúdez Muñoz y Fredy Ibarra Martínez, y el conjuuez Julio Roberto Nieto. Igualmente, se pone de presente que el magistrado Fredy Ibarra Martínez salvó el voto.



(dado el amparo de pobreza concedido a los demandantes) y la imposible recuperación de los recursos en el caso de que no prosperen las pretensiones de la acción de grupo, aportan la gravedad suficiente para que se justifique la adopción de medidas urgentes e impostergables.”

64. Aunado a lo anterior, sostuvo que la suspensión de la medida cautelar mientras se resolvía la apelación no interfería con las competencias del juez ordinario, debido a que este *“podrá tomar la decisión que en derecho y según las pruebas corresponda”* y, por ello, no se condicionaba la decisión que se adoptaría en el medio de control de reparación de perjuicios ocasionados a un grupo.

65. Así mismo, transcribió apartes de la sentencia de la Corte Constitucional T-230 de 2011 en la que se concedió un amparo transitorio hasta que el Consejo de Estado resolviera la revisión eventual que se interpuso contra un fallo dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en una acción popular.

66. Al pronunciarse sobre el fondo del asunto, expuso la diferencia entre las medidas cautelares decretadas en los procesos declarativos y ejecutivos, y describió la naturaleza resarcitoria del medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo. Igualmente, aclaró que existen medidas encaminadas a garantizar el cumplimiento de la sentencia y las denominadas innominadas que suponen *“adelantar el reconocimiento del derecho de demandante”*.

67. Lo anterior, para afirmar que en la medida cautelar adoptada por el Tribunal Administrativo de Bolívar no observaba un estudio *“minucioso del material probatorio y de las condiciones legales”* para tomar ese tipo de decisiones. En este punto, transcribió apartes del auto del 12 de agosto de 2021 y advirtió que *“no es posible concluir la existencia, siquiera sumaria, de un daño”*, porque la misma autoridad accionada reconoció que los 2 medios de convicción estudiados arrojaban conclusiones distintas.

68. Indicó que el Tribunal Administrativo de Bolívar, en su intervención, manifestó que las pruebas se valorarían integralmente en la etapa procesal correspondiente y, por ello, en la sede en la que se adoptó la decisión cuestionada no se valoraron de *“forma exhaustiva”* los medios de convicción, por lo que esta explicación no se adecuaba a la naturaleza de la medida cautelar que se decretó en la que se *“anticipa los efectos de una condena”* y que implica *“una valoración rigurosa del daño”*.

69. En ese orden de ideas, concluyó que:

“15.8.- El tribunal funda su decisión en afirmaciones generales sin que obre mayor explicación respecto a su sustento probatorio y a la existencia del posible daño. Lo anterior evidencia la violación del derecho fundamental al debido proceso invocado por la accionante y justifica que como medida transitoria se disponga la suspensión de los efectos de la medida mientras se resuelve la apelación contra el auto que la decretó”.



70. Finalmente, negó la solicitud de desvinculación presentada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

1.7. Impugnación

71. Con escrito enviado por correo electrónico el viernes 11 de marzo de 2022 a las 3:28 p.m.⁵ al buzón web de la Secretaría General del Consejo de Estado, los señores Isidro Antonio Argota Amaris, Antonio Adolfo Simanca Núñez y Yair Eduardo Romero Castro, en calidad de terceros con interés y a través de apoderado, impugnaron la decisión de primera instancia, para lo cual expusieron las siguientes razones:

72. Precisaron que compartían lo manifestado por el magistrado Fredy Ibarra Martínez en su salvamento de voto, debido que la sentencia de primera instancia desconoció el requisito de procedibilidad adjetiva de la subsidiariedad e invadió la esfera de competencia del juez natural, por cuanto se pronunció anticipadamente sobre el recurso de apelación que interpuso la accionante.

73. Transcribieron las consideraciones expuestas en la referida providencia y agregaron que la controversia planteada por la parte actora era eminentemente económica, porque solo buscaba que no se le obligara a realizar el pago ordenado en la medida cautelar, y la “demora” en la resolución del recurso de apelación no era una justificación válida para acudir al juez de tutela.

74. Indicaron que la Corte Constitucional en el auto 132 de 2015 insistió en que la acción de tutela es improcedente como mecanismo transitorio cuando el argumento esencial de la solicitud de amparo es la tardanza para resolverse los mecanismos judiciales ordinarios.

75. Manifestaron que con el fallo de primera instancia se desconoció el efecto que le otorgó el legislador a la apelación de los autos y el cumplimiento inmediato de las medidas cautelares que impone el artículo 590 de la Ley 1564 de 2012.

76. Señalaron que se creó una “prohibición grosera y discriminatoria”, porque en su caso se advirtió que por no prestar caución se ponían en riesgo recursos públicos y ello significaba que únicamente las personas con solvencia económica podían verse beneficiadas de una medida cautelar, transgrediendo la institución del amparo de pobreza consagrada en el artículo 154 de la Ley 1564 de 2012.

⁵ La impugnación se presentó dentro del término establecido en el artículo 31 del Decreto Ley 2591 de 1991, comoquiera que la sentencia de primera instancia se notificó el martes 8 de marzo de 2022 a las 7:28 a.m. y el viernes 11 de marzo de 2022 a las 3:28 p.m. el apoderado de los demandantes del proceso ordinario envió al buzón web de la Secretaría General del Consejo de Estado el documento que contiene el escrito de oposición contra el fallo 28 de febrero de 2022.



77. Reiteraron lo expuesto en sus intervenciones sobre el fondo de la controversia ordinaria y solicitaron que se revocara la sentencia de primera instancia para, en su lugar, declarar la improcedencia de la acción de tutela.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

78. Esta Sala es competente para resolver la impugnación interpuesta por los señores Isidro Antonio Argota Maris, Antonio Adolfo Simanca Núñez y Yair Eduardo Romero Castro contra la sentencia de primera instancia proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de febrero de 2022, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, 37 del Decreto Ley 2591 de 1991, en el Decreto 1069 de 2015, modificado por los Decretos 1983 de 2017 y 333 de 2021, así como en el artículo 13 del Acuerdo 80 de 2019 de la Sala Plena de esta Corporación.

2.2. Legitimación en la causa

79. El inciso 1º del artículo 86 Constitucional consagra el derecho que tiene toda persona de reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados, mediante un procedimiento preferente y sumario.

80. Igualmente, el artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991 establece que toda persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales podrá ejercer la acción descrita por sí mismo o por representante, o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos vulnerados o amenazados no esté en condiciones de promover su propia defensa.

81. Desde el proferimiento por parte de la Corte Constitucional de la sentencia T-416 de 1997⁶, se estableció que la legitimación en la causa por activa constituye un presupuesto de la sentencia de fondo, en la medida en que se analiza la calidad subjetiva de las partes respecto del interés sustancial que se discute en el proceso de tutela.

82. En la sentencia T-086 de 2010⁷, la Alta Corporación reiteró que *“Esta exigencia significa que el derecho para cuya protección se interpone la acción sea un derecho fundamental propio del demandante y no de otra persona. Lo anterior no se opone a que la defensa de los derechos fundamentales no pueda lograrse a través de representante legal, apoderado judicial o aun de agente oficioso”*.

⁶ Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-416, 28.08.97., M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁷ Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-083, 15.02.10., M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



83. Con posterioridad, en la sentencia T-176 de 2011⁸, indicó que la legitimación en la causa por activa constituye una garantía de que la persona que ejerce la acción de tutela tenga un interés directo y particular respecto del amparo que se solicita al juez constitucional, “*de tal forma que fácilmente el fallador pueda establecer que el derecho fundamental reclamado es propio del demandante*”.

84. En la sentencia T-435 de 2016⁹, la Corte estableció las condiciones que deben concurrir para superar este presupuesto procesal, dentro de los cuales hizo especial énfasis en la titularidad de los derechos fundamentales reclamados, lo cual quedó reiterado en la SU-454 de 2016¹⁰, en la que, adicionalmente, señaló que el estudio de la legitimación en la causa de las partes es un deber de los jueces constitucionales y constituye un presupuesto procesal de la demanda.¹¹

85. Con fundamento en el marco conceptual expuesto, la Sala advierte que Empresas Públicas de Medellín E.S.P. es la titular del derecho fundamental que reclama, en consideración a que es la entidad a la que se le impuso cumplir con la orden dada en la medida cautelar cuestionada.

86. En consecuencia, la accionante goza de legitimación en la causa por activa, presupuesto procesal que al superarse permite el estudio sobre los requisitos de procedibilidad y el núcleo esencial del derecho fundamental presuntamente vulnerado.

87. En relación con la autoridad accionada, se advierte que la demanda se dirigió contra el Tribunal Administrativo de Bolívar que profirió la decisión que, a juicio de la parte actora, vulneró sus derechos fundamentales, por lo que se encuentra legitimado por pasiva.

2.3. Problemas jurídicos

88. Corresponde a la Sala determinar si revoca, modifica o confirma la decisión de primera instancia proferida el 28 de febrero de 2022 por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado que amparó transitoriamente el derecho fundamental al debido proceso de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., para lo cual se deberán resolver los siguientes interrogantes:

⁸ Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, Sentencia T-176, 14.03.11., M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁹ Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-435, 12.08.16., M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁰ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-454, 25.08.16., M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹¹ Sobre el mismo tema, ver Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-511, 08.08.17., M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Así mismo, Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-318, 19.09.18., M.P. Luis Guillermo Guerrero López, en la cual se señaló: “*En el marco de los procesos de amparo, previo al estudio del fondo del caso planteado, el juez constitucional debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, que al tenor del artículo 86 de la Carta Política y del Decreto 2591 de 1991, se sintetizan en: (i) la existencia de legitimación en la causa por activa y por pasiva; (ii) la instauración del recurso de protección de manera oportuna (inmediatez); y (iii) el agotamiento de los mecanismos judiciales existentes, salvo que tales vías no sean eficaces o idóneas, o en su defecto se configure la ocurrencia de un perjuicio irremediable (subsidiariedad)*”. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.



- ¿Se superan en el caso concreto los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela contra providencia judicial?

89. De ser positiva la respuesta a la pregunta anterior, la Sala analizará lo siguiente:

- ¿El Tribunal Administrativo de Bolívar vulneró el derecho fundamental al debido proceso de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., por presuntamente incurrir en los defectos fáctico y sustantivo al proferir los autos del 12 de agosto de 2021, mediante el cual se decretó una medida cautelar, y 4 de noviembre de 2021, que resolvió las solicitudes de aclaración y adición que se presentaron contra la anterior decisión, en el trámite del medio de control de reparación de perjuicios ocasionados a un grupo que promovió el señor Maikol Arenales Chávez y otros contra Empresas Públicas de Medellín E.S.P., la Hidroeléctrica de Ituango S.A. E.S.P., el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Minas y Energía, la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, el departamento de Antioquia, la Corporación Autónoma Regional de Antioquia y el Instituto para el Desarrollo de Antioquia?

90. Para resolver los interrogantes planteados, se analizarán los siguientes temas: **(i)** el criterio de la Sección sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y su improcedencia cuando existen otras vías judiciales disponibles y eficaces; **(iii)** el estudio de los requisitos de procedibilidad adjetiva; y **(iv)** el análisis del caso concreto.

2.4. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial

91. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012¹² unificó la diversidad de criterios que esta Corporación tenía sobre la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema¹³ y declaró su procedencia.¹⁴

92. Así pues, esta Sección de manera reiterada ha establecido como parámetros para realizar su estudio, que cumpla con los siguientes requisitos: *i)* relevancia constitucional *ii)* que no se trate de tutela contra tutela; *iii)* inmediatez; *iv)* subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios,

¹² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 31.07.12., M.P. María Elizabeth García González, Rad. 11001-03-15-000-2009-01328-01.

¹³ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

¹⁴ Se dijo en la mencionada sentencia **“DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expresado a folios 2 a 50 de esta providencia.”



siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado. De modo que, de no observarse el cumplimiento de uno de estos presupuestos, se declara la improcedencia del amparo solicitado, sin que se analice el fondo del asunto.

93. Por el contrario, cumplidos esos parámetros, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o negación del amparo impetrado, se requerirá: *i)* que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y *ii)* que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

94. Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural. Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

2.5. La naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y su improcedencia cuando existen otras vías judiciales disponibles y eficaces

95. En consideración a la subsidiariedad, el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución consagra este requisito como presupuesto de procedencia de la acción de tutela y determina que “[*e*]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”, precepto reglamentado por el numeral 1º del artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991.

96. Del texto de la norma referida se evidencia que, existiendo otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a estos y no a la tutela.

97. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que conoce de un determinado asunto radicado bajo su competencia¹⁵.

¹⁵ En sentencia T-313 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño se estableció: “*En efecto, la Constitución y la ley estipulan un dispositivo complejo de competencias y procesos judiciales que tienen como objetivo común garantizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales, en consonancia con el cumplimiento de los demás fines del Estado previstos en el artículo 2 Superior. Por tanto, una comprensión ampliada de la acción de tutela, que desconozca el requisito de subsidiariedad, vacía el contenido de las mencionadas competencias y, en consecuencia, es contraria a las disposiciones de la Carta Política que regulan los instrumentos de protección de los derechos dispuestos al interior de cada una de las jurisdicciones.*”



98. Lo anterior tiene asidero en la propia Constitución de 1991, de donde se colige que la protección de los derechos constitucionales fundamentales no es un asunto reservado exclusivamente a la acción de tutela, pues todos los mecanismos judiciales deben buscar la defensa de aquellos.

2.6. Estudio sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva

2.6.1. Relevancia constitucional

99. Para la Sala es necesario precisar que, este requisito se encuentra superado por cuanto en primer lugar, la parte actora cuestiona la razonabilidad de los autos del 12 de agosto y 4 de noviembre de 2021, debido a que, a su juicio, incurrieron en los defectos fáctico y sustantivo, por cuanto la medida cautelar decretada no tuvo sustento probatorio y no se tuvieron en cuenta las normas que regulan ese tipo de decisiones, así como las del medio de control de reparación de los perjuicios ocasionados a un grupo.

100. En segundo lugar, se observa que no se trata de un debate de orden exclusivamente legal, el cual basado en la tutela judicial efectiva no admite que el titular del derecho o el interesado legítimo quede en un estado de indefensión, pues en efecto, la accionante considera vulnerada su garantía constitucional al debido proceso, por cuanto una vez el Tribunal Administrativo de Bolívar decretó la medida cautelar solicitada por los demandantes, no valoró las pruebas que aportó y tampoco aplicó las normas necesarias para adoptar esa determinación.

101. En ese sentido, el argumento que a juicio de la tutelante es irrazonable y contrario al ordenamiento jurídico, concretamente, considerar que le causó un daño antijurídico a los demandantes del medio de control de reparación de los perjuicios ocasionados a un grupo, por presuntamente producir una disminución en el caudal del río Cauca; habría transgredido el alcance y la aplicación de su derecho fundamental, lo que conllevó a que se omitiera el deber del juez contencioso administrativo de actuar tanto como juez de legalidad, de constitucionalidad y de convencionalidad en la causa ordinaria.

102. Así las cosas, es evidente la tensión alegada por la parte actora entre la razonabilidad de la decisión que, al acceder a la medida cautelar solicitada por los demandantes y, en consecuencia, ordenarle pagar 1 salario mínimo legal mensual vigente a cada uno de ellos durante 12 meses, vulneró su prerrogativa superior al debido proceso.

103. Luego, es de relevancia constitucional cuando subsiste violación o amenaza a los derechos fundamentales, después de haber agotado el procedimiento legal o judicial establecido en la ley para su protección, como lo alega la parte actora en el caso objeto de estudio, lo que implica que el mecanismo constitucional no fue utilizado como una instancia adicional que busque reabrir el debate procesal.



104. Ello quiere significar que el asunto de la acción de tutela de la referencia tiene importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación, para su eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales y libertades públicas, concretamente al debido proceso.

2.6.2. Tutela contra tutela

105. La Sala observa que no existe reparo alguno en relación con este juicio de procedibilidad, toda vez que no se trata de una tutela contra una decisión de la misma naturaleza, pues, las providencias judiciales cuestionadas fueron proferidas en el trámite del medio de control de reparación de los perjuicios ocasionados a un grupo con radicado N° 13001-23-33-000-2019-00352-00, que promovió el señor el señor Maikol Arenales Chávez y otros contra las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., la Hidroeléctrica de Ituango S.A. E.S.P., el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Minas y Energía, la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, el departamento de Antioquia, la Corporación Autónoma Regional de Antioquia y el Instituto para el Desarrollo de Antioquia.

2.6.3. Inmediatez

106. En relación con el acatamiento del requisito de inmediatez, no se advierte ningún reproche, toda vez que la parte actora considera vulnerado su derecho fundamental al debido proceso con ocasión de los autos proferidos por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 12 de agosto y 4 de noviembre de 2021, y la acción de tutela se ejerció el 13 de diciembre de 2021, lo que para la Sala es un término razonable para el uso del mecanismo de amparo constitucional.

107. Lo anterior, a la luz de la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014¹⁶, en la que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado adoptó los criterios fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que seis (6) meses es el término razonable para acudir y solicitar el amparo de los derechos fundamentales que se estimen vulnerados con ocasión de providencias judiciales.

2.6.4. Subsidiariedad

108. Empresas Públicas de Medellín E.S.P. aseguró que la acción de tutela que ejerció cumplía el requisito de procedibilidad adjetiva de la subsidiariedad, por lo siguiente:

“El presupuesto de la subsidiariedad también se cumple en el presente caso, puesto que –como se dijo en el acápite precedente–, esta acción de tutela se ejerce como medida transitoria para la protección del derecho fundamental al debido proceso de

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 05.08.14., M.P. Jorge Octavio Ramírez, Rad: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ).



Demandante: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Tribunal Administrativo de Bolívar
Radicado: 11001-03-15-000-2021-11573-01

la empresa accionante mientras se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 12 de agosto de 2021. No existe, entonces, otro medio legalmente válido que evite la causación de un perjuicio irremediable distinto a la presente acción de tutela, pues, como el recurso de apelación que actualmente está en curso se concede en el efecto devolutivo, nada garantiza que el daño se concrete con el pago o la entrega de los dineros de que trata la medida cautelar y lo que sí es seguro es su difícil o imposible recuperación posteriormente.”

109. Aunado a lo anterior, manifestó que el recurso de apelación que interpuso “puede tomar un lapso considerable” en resolverse o “incluso puede llegar a cumplirse todo el tiempo de la medida decretada” sin que se emita una decisión al respecto.

110. Sin embargo, la Sala advierte que, contrario a lo manifestado por la accionante y lo decidido por el juez de tutela de primera instancia, no se cumple con el requisito de subsidiariedad y tampoco hay lugar a conceder un amparo transitorio, por las razones que se exponen a continuación:

111. **Primero**, Empresas Públicas de Medellín E.S.P. tiene la posibilidad de impedir la práctica o solicitar el levantamiento o modificación de la medida cautelar que se decretó y no lo ha hecho.

112. Al respecto, el inciso tercero del literal c del artículo 590 de la Ley 1564 de 2012, determina:

*“Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, **el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución** para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo”* (Negrita y subrayado fuera del texto)

113. No obstante, la accionante no ha utilizado este mecanismo, a pesar de que el Tribunal Administrativo de Bolívar en el auto del 12 de agosto de 2021 indicó expresamente que la medida cautelar “no va a un daño consumando (sic)”, es decir, que no se procuraba anticipar materialmente el fallo, sino que su objeto era el “no agravar la situación de estas familias”.

114. Se pone de presente que cuando no se agotan los mecanismos judiciales dispuestos en el ordenamiento jurídico para que una persona ejerza la defensa de sus intereses, se excluye la posibilidad que la solicitud de amparo constitucional pueda operar. Ello, de conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional C-543 de 1992¹⁷, en la que se indicó:

*“Se comprende, en consecuencia, que **cuando se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario** y, más aún, cuando ese medio se ha agotado y se ha adelantado un proceso, no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido una acción de*

¹⁷ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-543 del 01.10.92., M.P. José Gregorio Hernández Galindo.



tutela, pues al tenor del artículo 86 de la Constitución, **dicho mecanismo es improcedente por la sola existencia de otra posibilidad judicial de protección**, aún sin que ella haya culminado en un pronunciamiento definitivo del derecho. Bien puede afirmarse que, **tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso**, tal como lo acreditan sus remotos orígenes (...).” (Negrita y subrayado fuera del texto).

115. **Segundo**, la tardanza en la resolución del recurso de apelación que invocó Empresas Públicas de Medellín E.S.P. para justificar el ejercicio de la acción de tutela, no tiene sustento probatorio o normativo.

116. Al respecto, la accionante se limitó a afirmar que el recurso que interpuso podía tardar “*un lapso considerable*” y no demostró que, en realidad, la decisión del juez ordinario de segunda instancia se dictará después del término de vigencia de la medida cautelar, esto es, 12 meses.

117. Por el contrario, en relación con la jurisdicción contencioso administrativa y con el trámite de los recursos que se interponen contra providencias que deciden sobre medidas cautelares, existe una presunción legal que consiste en que los medios de impugnación deberán resolverse en un término considerablemente menor al indicado por la parte actora. Al respecto, el artículo 236 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 59 de la Ley 2080 de 2021, dispone:

“Artículo 236. Término para resolver los recursos. Los recursos procedentes contra el auto que decida sobre medidas cautelares **deberán ser resueltos en un término máximo de veinte (20) días.**” (Negrita y subrayado fuera del texto)

118. Igualmente, conviene precisar que la parte que interponga un recurso de apelación debe asumir la carga temporal que implica que el superior funcional se pronuncie sobre sus argumentos de inconformidad con la decisión que le fue adversa o con la que no está conforme. Es decir, no puede suponer que su causa sea resuelta inmediatamente, sino en un plazo razonable, como lo previó el legislador.

119. Por otra parte, en caso de tardanza, la accionante puede presentar solicitudes de impulso procesal y, eventualmente, ejercer el mecanismo de protección constitucional si considera que se configura una mora judicial injustificada.

120. **Tercero**, el perjuicio indicado por Empresas Públicas de Medellín E.S.P. es hipotético y, en todo caso, es remediable.

121. En efecto, el perjuicio al que hizo referencia la parte actora únicamente se configuraría si se niegan las pretensiones del medio de control de reparación de perjuicios ocasionados a un grupo, comoquiera que solo en ese evento el pago del dinero que se le ordenó, en cumplimiento de la medida cautelar que se decretó, no tendría justificación.



122. Lo anterior significa que, el presunto perjuicio que indicó la accionante está condicionado a lo que resuelva el juez natural de la causa ordinaria en la sentencia que ponga fin al referido medio de control y, por ello, actualmente esa afectación no puede advertirse como real, grave e inminente.

123. Ahora bien, si posteriormente se presenta esa hipótesis, Empresas Públicas de Medellín E.S.P. puede remediar el presunto perjuicio que se le causaría acudiendo a la jurisdicción contencioso administrativa a través del medio de control de reparación directa para que se declare responsable a la Rama Judicial y se le indemnice por el dinero que se le obligó a pagar en cumplimiento de la medida cautelar que, a su juicio, le produce “*un daño antijurídico*”.

124. Igualmente, atendiendo a la “*suficiente solidez y robustez económica*” que afirmó tener la parte actora en la demanda de tutela y que en el primer semestre del 2021 reportó una utilidad neta de \$ 1.9 billones de pesos¹⁸, no se observa que el cumplimiento de la orden dada en la medida cautelar le cause un perjuicio de tal magnitud que comprometa su existencia, operación y actividad comercial.

125. Esto quiere decir que el presunto perjuicio que se le ocasionaría a la accionante no es grave, atendiendo objetivamente a su capacidad financiera y al monto de la obligación impuesta en la medida cautelar. Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia T-956 de 2013¹⁹, advirtió:

*“6.3. No basta cualquier perjuicio, **se requiere que éste sea grave**, lo que equivale a la **gran intensidad del daño o menoscabo material** o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. **Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable**, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.”* (Negrita y subrayado fuera del texto)

126. Desde ese panorama, no se configura un perjuicio irremediable que haga necesaria la intervención del juez constitucional mientras se resuelve el recurso de apelación que interpuso la accionante contra la decisión del Tribunal Administrativo de Bolívar que decretó la medida cautelar, en el medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo con radicado N° 13001-23-33-000-2019-00352-00.

¹⁸ Cifra consultada de la página web de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., en el link: <https://www.epm.com.co/site/utilidad-neta-de-1-9-billones-positivos-resultados-financieros-del-grupo-epm-en-el-primer-semester-de-2021>

¹⁹ Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, Sentencia T-956 del 19.12.13., M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



127. En este punto, es pertinente exponer lo que precisó la Corte Constitucional en la sentencia T-053 de 2022²⁰, sobre el requisito de subsidiariedad, a saber:

*“En atención a su naturaleza excepcional y residual, la acción de tutela **no fue creada para ser utilizada en reemplazo de los medios judiciales disponibles en el ordenamiento jurídico, ni para desplazar al juez natural de una determinada causa o invadir su órbita decisional.** Por tanto, salvo los casos en que se utilice como mecanismo transitorio para prevenir un perjuicio irremediable, la decisión forzosa del juez de tutela será la de declarar improcedente la acción si se advierte que se está recurriendo a este mecanismo preferente y sumario como **estrategia para eludir los procedimientos y recursos ordinarios propios de cada proceso, o para reparar la incuria en su interposición.**” (Negrita y subrayado fuera del texto)*

128. En ese orden de ideas, los argumentos expuestos por la parte actora para que se supere el requisito de procedibilidad adjetiva de la subsidiariedad y se estudie de fondo la controversia, no tienen fundamento.

129. Así las cosas, en la parte resolutive de esta providencia se revocará la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado y, en su lugar, se declarará la improcedencia de la acción de tutela.

2.7. Conclusión

130. La acción de tutela que ejerció Empresas Públicas de Medellín E.S.P. contra el Tribunal Administrativo de Bolívar es improcedente, comoquiera que no cumple con el requisito de procedibilidad adjetiva de la subsidiariedad.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de febrero de 2022 y, en su lugar, **DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela que ejerció Empresas Públicas de Medellín E.S.P., de conformidad con los argumentos expuestos en el numeral 2.6.4. de la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes y terceros intervinientes, en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto Ley 2591 de 1991.

²⁰ Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, Sentencia T-053 del 18.02.22., M.P. Alberto Rojas Ríos.



Demandante: Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
Demandado: Tribunal Administrativo de Bolívar
Radicado: 11001-03-15-000-2021-11573-01

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PEDRO PABLO VANEGAS GIL
Presidente

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

Esta decisión fue generada con firma electrónica, la cual tiene plena validez y efectos jurídicos, conforme a lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 y el Decreto 2364 de 2012.