

desproporcionado e inequitativo que reciban suman superiores a la indemnización reconocida a cada víctima directa del daño / RECONOCIMIENTO EXCESIVO DE HONORARIOS – Afecta la reparación integral de las víctimas

Fundamentalmente, mi desacuerdo radica con el reconocimiento de honorarios, dispuesto en el ordinal décimo primero de la parte resolutive [...]. Por fortuna, la sentencia examinó la conducta del abogado coordinador para concluir que sus prácticas desleales y contrarias a la lealtad procesal impedían el reconocimiento de honorarios del 10 % de la indemnización que obtuvo cada miembro del grupo que no haya sido representado judicialmente. Que, por el contrario, procedía la reducción de honorarios, del 10 % al 3 %. Aunque comparto los anteriores argumentos, considero que la ponderación e interpretación del numeral 6 del artículo 65 de la Ley 472 de 1998, debió utilizarse para limitar, en sus justas proporciones, el reconocimiento de honorarios. [...] A mi juicio, es desproporcionado e inequitativo que los abogados del grupo demandante reciban suman superiores a la indemnización reconocida a cada víctima directa del daño. Desde luego, reconozco que el problema está en el artículo 65-6 de la Ley 472, cuya aplicación trae este tipo de consecuencias, que se revelan inequitativas e injustas. Empero, el Consejo de Estado, como cualquier otro juez, tiene potestades para prevenir este tipo de situaciones y lograr que sea real la justicia de la sentencia y, por ejemplo, en el caso, pudo inaplicar esa norma para reconocer los honorarios merecidos, que, como se sabe, necesariamente deben atender a la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por los abogados demandantes, tal como lo prevé el artículo 393 CPC, cuyo contenido es similar al artículo 366 CGP. Es más, como los honorarios hacen parte del concepto de agencias en derecho, la sentencia también pudo aplicar las tarifas del Consejo Superior de la Judicatura (Acuerdo PSAA 16-101554 del 5 de agosto de 2016). Por último, considero que la sentencia debió tener en cuenta que, en materia de responsabilidad extracontractual, rige el principio de reparación integral del daño, según el cual se debe indemnizar el daño causado, solamente el daño causado y nada más que el daño causado. El reconocimiento excesivo de honorarios afecta la reparación integral de las víctimas, pues la suma reconocida de más a los abogados podría hacer parte del monto dispuesto para la indemnización individual de quienes sufrieron el daño, como consecuencia del vertimiento de sedimentos al río Anchicayá.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA PRIMERA ESPECIAL DE DECISIÓN

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL CONSEJERO JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Bogotá D.C., diez (10) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 76001-23-31-000-2002-04584-02(AG)REV-SU

Actor: CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DEL RÍO ANCHICAYÁ Y OTROS

Demandado: EMPRESA DE ENERGÍA DEL PACÍFICO (EPSA) Y OTROS

Temas: Reconocimiento de honorarios en favor de los abogados de las víctimas demandantes

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la mayoría, enseguida presento las razones por las que he decidido salvar parcialmente el voto en la sentencia del 10 de junio de 2021, proferida por la sala especial uno.

Fundamentalmente, mi desacuerdo radica con el reconocimiento de honorarios, dispuesto en el ordinal décimo primero de la parte resolutive⁴⁶⁸, a partir del siguiente razonamiento:

Con respecto a la fijación de los honorarios de los abogados que intervinieron en el proceso⁴⁶⁹, según lo establecido en el numeral 6 del artículo 65 de la Ley 472 de 1998, correspondería *reconocer el 10% de la indemnización que obtengan cada uno de los miembros del grupo que no hayan sido representados judicialmente.*

Sin embargo, la Sala considera que no es procedente reconocer ese porcentaje por concepto de honorarios, dado que, a lo largo del proceso se evidenció una conducta contraria a la buena fe y a la lealtad procesal por parte del abogado coordinador, la cual, no se manifestó en un solo episodio, sino que se tornó sistemática.

En ese sentido, y, sin ánimo de reabrir el debate sobre la legalidad de los dictámenes periciales, no se puede olvidar que el abogado coordinador promovió una práctica paralela de pruebas, dado que, interpuso la demanda de acción de grupo el 1º de octubre de 2002⁴⁷⁰, y, en lugar de advertir al juez del proceso de acción de grupo que el trámite de prueba anticipada ya se encontraba en curso desde el 26 de junio de 2002⁴⁷¹, continuó con el mismo, con el fin de lograr la producción del dictamen pericial.

Durante el trámite de prueba anticipada, luego de que el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Buenaventura advirtiera su falta de competencia, dado que ya existía un trámite de acción de grupo, interpuso un recurso de reposición y, en subsidio, apelación⁴⁷², en el que su principal argumento para continuar con el trámite fue que el dictamen pericial que se elaborara, no haría parte del acervo probatorio de este proceso de acción de grupo, sino que se haría valer en una hipotética acción popular, lo que indujo al Juez Civil a continuar con el trámite.

Esta conducta tuvo como consecuencia la dilatación del proceso, puesto que de ella se derivaron varios incidentes de nulidad, el segundo dictamen pericial, que dado su estrecho vínculo con el primero resultó ser imposible de valorar, la imposibilidad de contar con una prueba en el acervo probatorio que permitiera determinar la cuantificación de los perjuicios sufridos por los demandantes, y, el error que llevó a que estos dictámenes fueran valorados en primera y segunda instancia.

⁴⁶⁸ DÉCIMO PRIMERO: LIQUIDAR los honorarios de los dos abogados que intervinieron en el proceso en una suma equivalente al tres por ciento (3%) de la indemnización que obtenga cada uno de los miembros del grupo que no haya sido representado judicialmente.

⁴⁶⁹ Cita original: Los abogados Germán Ospina Muñoz, en calidad de coordinador, y, el abogado Gilberto Gutiérrez Zuluaga.

⁴⁷⁰ Cita original : Folio 235 del cuaderno 1 principal.

⁴⁷¹ Cita original : Solicitud que fue modificada el 14 de febrero de 2003, cuando la demanda de acción de grupo ya había sido interpuesta.

⁴⁷² Cita original : Folios 65 a 66 del cuaderno 2 de prueba anticipada.

Además, el trámite de la acción de tutela interpuesta en contra de la valoración de estos dictámenes implicó que se profiriera la sentencia T 274 de 2012, la anulación de la sentencia de segunda instancia, la suspensión del trámite de revisión eventual ante esta Corporación, y, con posterioridad, se profirió el auto A 132 de 2015, la sentencia SU-686 de 2015, lo cual claramente implicó un desgaste procesal y retrasó la expedición de esta providencia que resuelve el mecanismo de revisión eventual.

Finalmente, el 4 de agosto de 2020 (índice 514, Samai), el abogado coordinador allegó un memorial que consta de 420 folios, en el cual, so pretexto de interponer una solicitud probatoria, aportó varios documentos con los que pretendió introducir un nuevo dictamen pericial al proceso, cuando, para este momento procesal, el debate probatorio ya se encontraba cerrado.

De esta forma, se hace evidente la conducta censurable, contraria a la buena fe y la lealtad procesal adoptada por el abogado coordinador a lo largo del proceso, por lo que, a pesar de que la Sala no desconoce su trabajo realizado como apoderado de algunos de los demandantes, dadas las consecuencias de su conducta, no es posible liquidar los honorarios del abogado coordinador en un diez por ciento (10%) de la indemnización que obtenga cada miembro del grupo que no haya sido representado judicialmente; en su lugar, este valor disminuirá al tres por ciento (3%) de estas indemnizaciones, y, dado que en el proceso actuaron dos apoderados, de este tres por ciento (3%), el abogado coordinador⁴⁷³ deberá entregar al otro abogado⁴⁷⁴ el uno por ciento (1%) de los honorarios liquidados.

Por fortuna, la sentencia examinó la conducta del abogado coordinador para concluir que sus prácticas desleales y contrarias a la lealtad procesal impedían el reconocimiento de honorarios del 10 % de la indemnización que obtuvo cada miembro del grupo que no haya sido representado judicialmente. Que, por el contrario, procedía la reducción de honorarios, del 10 % al 3 %.

Aunque comparto los anteriores argumentos, considero que la ponderación e interpretación del numeral 6 del artículo 65 de la Ley 472 de 1998, debió utilizarse para limitar, en sus justas proporciones, el reconocimiento de honorarios.

En efecto, por cuenta del reconocimiento dispuesto en la sentencia de la referencia, los abogados del grupo demandante recibirían \$ 2.704.417.017,48, suma que corresponde al 3 % de la indemnización que obtuvo cada uno de los miembros del grupo que no haya sido representado judicialmente y que probablemente solicitarán hacerse parte del grupo en sede administrativa. De dicha suma, el abogado coordinador recibirá \$ 1.802.944.678,32 (2 % de los honorarios) y el otro recibirá el \$ 901.472.339,16 (1 %). Mientras tanto, cada víctima recibirá \$ 66.480.261, suma considerablemente inferior frente a los honorarios de los abogados demandantes.

A mi juicio, es desproporcionado e inequitativo que los abogados del grupo demandante reciban sumas superiores a la indemnización reconocida a cada víctima directa del daño.

⁴⁷³ Cita original : El abogado Germán Ospina Muñoz.

⁴⁷⁴ Cita original : El abogado Gilberto Gutiérrez Zuluaga.

Desde luego, reconozco que el problema está en el artículo 65-6 de la Ley 472, cuya aplicación trae este tipo de consecuencias, que se revelan inequitativas e injustas. Empero, el Consejo de Estado, como cualquier otro juez, tiene potestades para prevenir este tipo de situaciones y lograr que sea real la justicia de la sentencia y, por ejemplo, en el caso, pudo inaplicar esa norma para reconocer los honorarios merecidos, que, como se sabe, necesariamente deben atender a la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por los abogados demandantes, tal como lo prevé el artículo 393 CPC, cuyo contenido es similar al artículo 366 CGP.

Es más, como los honorarios hacen parte del concepto de agencias en derecho, la sentencia también pudo aplicar las tarifas del Consejo Superior de la Judicatura (Acuerdo PSAA 16-101554 del 5 de agosto de 2016)⁴⁷⁵.

Por último, considero que la sentencia debió tener en cuenta que, en materia de responsabilidad extracontractual, rige el principio de reparación integral del daño, según el cual *se debe indemnizar el daño causado, solamente el daño causado y nada más que el daño causado*. El reconocimiento excesivo de honorarios afecta la reparación integral de las víctimas, pues la suma reconocida de más a los abogados podría hacer parte del monto dispuesto para la indemnización individual de quienes sufrieron el daño, como consecuencia del vertimiento de sedimentos al río Anchicayá.

En esos términos, dejo expuestas las razones de la salvedad parcial de voto.

Atentamente,

(Firmado electrónicamente)
Julio Roberto Piza Rodríguez

Fecha *ut supra*.

ACLARACIÓN DE VOTO / CRITERIOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN

⁴⁷⁵ Sobre el particular, resulta ilustrativo el salvamento de voto presentado por el ex magistrado Hugo Bastidas Bárcenas (Expediente N° 1999-0002-05, M.P. Enrique Gil Botero, auto del 2 noviembre de 2014, dictado en el incidente de impacto fiscal), que sobre los honorarios en la acción de grupo explica:

Como se sabe, las agencias en derecho hacen parte del concepto de costas procesales. El concepto de agencias en derecho abarca los gastos judiciales en que incurre la parte beneficiada por la condena, tales como los honorarios de abogado o auxiliares de la justicia.

La fijación de los honorarios debe atender, además, a la naturaleza, la calidad y duración de la gestión realizada por el abogado coordinador, tal y como lo prevé el artículo 393 CPC, cuyo contenido es similar al que adoptó el artículo 366 CGP. De hecho, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura es la encargada de fijar las tarifas de las agencias en derecho, tal y como lo hizo por medio del Acuerdo 1887 de 2003. Ese acuerdo, por ejemplo, prevé que en las acciones de grupo que se siguen ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo las agencias en derecho se fijarán hasta en 4 salarios mínimos mensuales legales vigentes, si el proceso se tramita en primera instancia, y hasta en un salario mínimo mensual legal vigente, cuando el asunto es de segunda instancia.

Es más, en materia de honorarios existe una regla básica y de sencilla aplicación: las tarifas por porcentaje se aplicarán de manera inversamente proporcional al valor de las pretensiones. Esto es, entre más alta la pretensión más bajo es el honorario que debe fijar el juez.

Empero, la fijación de los honorarios del abogado no puede resultar de la aplicación mecánica de las normas que los regulan. Conforme con las normas antes mencionadas, el juez es autónomo para establecer las sumas que remuneren de manera razonable y proporcional la gestión del abogado.

RELACIÓN CON LA ACCIÓN DE GRUPO DEL CASO CONCRETO – La sentencia no los delimitó con la especificidad requerida / IDENTIFICACIÓN POR PARTE DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LOS MIEMBROS DEL GRUPO QUE PRESENTEN RECLAMACIONES – Reglas

Si bien se concluyó que “[...] Todas las personas asentadas en la ribera del río Anchicayá durante los años 2001 y 2002, que demuestren haber sufrido un perjuicio por cuenta del vertimiento de sedimentos realizado por la EPSA [...]”, son beneficiarias de la indemnización de perjuicios declarada, tal determinación no delimitó, con la especificidad requerida, los criterios para el cumplimiento de las funciones administrativas que le corresponden a la Defensoría del Pueblo, cuando acudan las personas que se sumen al grupo y deban acreditar que padecieron los daños antijurídicos comprobados y reconocidos mediante el fallo. En efecto, si bien es cierto, se estableció que quienes presenten reclamaciones para hacerse parte del grupo “deberán demostrar por cualquier medio idóneo que durante los años 2001 y 2002 residieron o laboraron en la zona afectada por el vertimiento de lodos y que se vieron perjudicados por el mismo. Por tanto, es posible aportar facturas de algún servicio público domiciliario, contrato que demuestre la condición de arrendatario, permiso de pesca comercial artesanal, permiso de comercialización de productos pesqueros, certificado de afiliación o desafiliación de embarcaciones, títulos de propiedad individual o colectiva, facturas de venta de pescado, facturas de compra de elementos idóneos para realizar la actividad pesquera y contratos de alquiler de lancha o algún otro medio de transporte fluvial idóneo para realizar la actividad pesquera”, también lo es que esta alusión fue a título de ejemplo, y respecto de diversas situaciones fácticas para el reclamo de la condena, no así, para el señalamiento de las reglas que incluyeran: i) la delimitación del área de afectación, esto es, frente a la franja del río que sufrió el vertimiento; ii) las condiciones de la prueba para acreditar la “RESIDENCIA” o la situación “LABORAL” en la zona, pues si bien es válido la libertad probatoria, debieron establecerse las características de concurrir en una de estas condiciones, y iii) el plazo para aportar las pruebas a efectos de ser cobijado con la indemnización. Ante estas determinaciones, resultaba necesario establecer tales reglas para no dejar en manos de la Defensoría del Pueblo la identificación de las mismas, las que debían constituir la definición “clara y explícita de todos los elementos de la obligación indemnizatoria” como referente y marco de la decisión que se unificó.

DETERMINACIÓN DE LOS PORCENTAJES EN QUE DEBEN CONCURRIR LAS ENTIDADES CONDENADAS SOLIDARIAMENTE PARA EL GIRO DE RECURSOS – Debió incluirse en la parte resolutive de la sentencia / RESPONSABILIDAD SOLIDARIA – Alcance / CONCURRENCIA DE DOS O MÁS RESPONSABLES DEL DAÑO – Necesidad de distinguir y materializar el porcentaje de la condena

Finalmente, si bien el fallo en la parte motiva aludió a que la condena es solidaria, también procedió a fijar los porcentajes en que debe concurrir la empresa accionada y las entidades condenadas para el giro de los recursos que constituirán el fondo que administrará los recursos, siendo necesario que estas determinaciones, por técnica jurídica, se estableciesen en la parte resolutive de la sentencia. Sumado a ello, era oportuno identificar que de conformidad con los artículos 1568 y 2344 del Código Civil, la obligación y la responsabilidad solidarias se caracterizan por el derecho que tiene el acreedor de cobrar la totalidad de la condena a cualquiera de los deudores. En el caso de la condena judicial, se traduce en el hecho de que la empresa como las entidades que concurren en la causación de daño son responsables de manera solidaria. Además, como complemento de la declaratoria de responsabilidad, el fallo fijó el porcentaje del monto de la condena impuesta para lo cual consideró la injerencia de las accionadas en la causación del daño, motivo por el cual delimitó su nivel de participación y el grado de influencia en éste. Esta evidencia justifica la competencia

que tiene el juez para identificar la proporción de la condena que les corresponde cubrir a cada una de las responsables. Cabe destacar que esta habilitación se encuentra prevista en el CPACA, y aunque no es una norma que resulte aplicable al asunto bajo examen, impone al fallador el deber de establecer cuando existen dos o más responsables la proporción por la cual deben responder. [...] En estos términos, considero que era indispensable que se precisara que en eventos en los que concurren dos o más responsables en el daño, el juez debe distinguir y materializar el porcentaje de la condena que le es atribuible, sin que ello desvirtúe la solidaridad, pues es necesario no solo la certeza sobre la concurrencia en el daño sino su participación porcentual, y todo ello reflejarse en la parte resolutive de la decisión.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA PRIMERA ESPECIAL DE DECISIÓN

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Bogotá D.C., diez (10) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 76001-23-31-000-2002-04584-02(AG)REV-SU

Actor: CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DEL RÍO ANCHICAYÁ Y OTROS

Demandado: EMPRESA DE ENERGÍA DEL PACÍFICO (EPSA) Y OTROS

Con el debido respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, manifiesto que aunque compartí la decisión adoptada en la sentencia de 10 de junio de 2021, mediante la cual se unificó jurisprudencia en las materias⁴⁷⁶ que fueron objeto de

⁴⁷⁶ “[...] QUINTO: UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto a los criterios para determinar el grupo afectado y la individualización de sus miembros, en el sentido de señalar que para determinar un grupo se debe identificar el hecho generador del daño para establecer si este hecho tuvo una relación causal con los daños sufridos por los miembros del grupo. Con respecto al establecimiento de criterios uniformes para la individualización de los miembros de cada grupo, la Sala considera que no es posible fijar una taxonomía de los mismos dadas las circunstancias específicas de cada caso concreto.

SEXTO: UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto al tratamiento de la indemnización colectiva prevista en la Ley 472 de 1998, en el sentido de acoger el criterio señalado por la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia del 29 de octubre de 2015, exp. 2002-00351, C.P Ramiro Pazos Guerrero, según la cual la indemnización colectiva corresponde a la sumatoria de los perjuicios que individualmente se tasen para cada miembro del grupo.

SÉPTIMO: UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto de las Competencias de la Defensoría del Pueblo en calidad de administradora del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, en el sentido de reiterar que las competencias de esta entidad son eminentemente administrativas, y que el juez de acción de grupo, con el fin de preservar la naturaleza tanto de la función administrativa como de la función judicial, debe cumplir con todos los requisitos exigidos por el artículo 65 de la Ley 472 de 1998 respecto del contenido de la sentencia, y, definir clara y explícitamente todos los elementos de la obligación indemnizatoria que nace luego de proferirse una sentencia de acción de grupo condenatoria.

OCTAVO: UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto a los criterios que permiten el reconocimiento de perjuicios morales a favor de sujetos de especial protección constitucional, en el sentido de señalar que la intervención de un sujeto de especial protección constitucional no será un criterio determinante al momento de reconocer daños morales y daños a la salud, debido a que en todo caso, las características de cierto, personal y directo deben quedar probadas, pero, por otro lado, la situación de vulnerabilidad sí resultará determinante al momento de reconocer daños a otros bienes constitucional y convencionalmente protegidos, debido a que el juez competente deberá evaluar si se violó un interés

pronunciamiento y de los demás aspectos que se abordaron en el fallo, aclaro mi voto por las siguientes razones:

1. Si bien se concluyó que “[...] Todas las personas **asentadas** en la ribera del río Anchicayá durante los años 2001 y 2002, que demuestren haber sufrido un perjuicio por cuenta del vertimiento de sedimentos realizado por la EPSA [...]”, son beneficiarias de la indemnización de perjuicios declarada, tal determinación no delimitó, con la especificidad requerida, los criterios para el cumplimiento de las funciones administrativas que le corresponden a la Defensoría del Pueblo, cuando acudan las personas que se sumen al grupo y deban acreditar que padecieron los daños antijurídicos comprobados y reconocidos mediante el fallo.

En efecto, si bien es cierto, se estableció que quienes presenten reclamaciones para hacerse parte del grupo “deberán demostrar por **cualquier medio idóneo** que durante los años 2001 y 2002 **residieron o laboraron** en la **zona afectada por el vertimiento de lodos** y que se vieron perjudicados por el mismo. Por tanto, **es posible** aportar facturas de algún servicio público domiciliario, contrato que demuestre la condición de arrendatario, permiso de pesca comercial artesanal, permiso de comercialización de productos pesqueros, certificado de afiliación o desafiliación de embarcaciones, títulos de propiedad individual o colectiva, facturas de venta de pescado, facturas de compra de elementos idóneos para realizar la actividad pesquera y contratos de alquiler de lancha o algún otro medio de transporte fluvial idóneo para realizar la actividad pesquera”, también lo es que esta alusión fue a título de ejemplo, y respecto de diversas situaciones fácticas para el reclamo de la condena, no así, para el señalamiento de las reglas que incluyeran: **i)** la delimitación del área de afectación, esto es, frente a la franja del río que sufrió el vertimiento; **ii)** las condiciones de la prueba para acreditar la “RESIDENCIA” o la situación

“LABORAL” en la zona, pues si bien es válido la libertad probatoria, debieron establecerse las características de concurrir en una de estas condiciones, y **iii)** el plazo para aportar las pruebas a efectos de ser cobijado con la indemnización.

Ante estas determinaciones, resultaba necesario establecer tales reglas para no dejar en manos de la Defensoría del Pueblo la identificación de las mismas, las que debían constituir la definición “**clara y explícita de todos los elementos de la obligación indemnizatoria**” como referente y marco de la decisión que se unificó.

2. En lo que se refiere al porcentaje de honorarios de los abogados que intervinieron en el proceso en una suma equivalente al tres por ciento (3%) de la indemnización “*que obtenga cada uno de los miembros del grupo que **no haya sido representado judicialmente***”, estimo que el fallo si bien se centró en el examen de la conducta desleal analizada, dejó de lado el hecho de que los perjuicios reconocidos por la Sala se sustentaron en razones de equidad, ante la ausencia probatoria que impidió la cuantificación de los mismos, lo que demuestra que, en este caso, la actividad de los togados no estuvo orientada a este fin, situación que ameritaba también considerarse para la asignación del porcentaje reconocido.

3. Finalmente, si bien el fallo en la parte motiva aludió a que la condena es solidaria, también procedió a fijar los porcentajes en que debe concurrir la empresa accionada y las entidades condenadas para el giro de los recursos que constituirán el fondo que administrará los recursos, siendo necesario que estas determinaciones, por técnica jurídica, se estableciesen en la parte resolutive de la sentencia.

Sumado a ello, era oportuno identificar que de conformidad con los artículos 1568⁴⁷⁷ y 2344⁴⁷⁸ del Código Civil, la obligación y la responsabilidad solidarias se caracterizan por el derecho que tiene el acreedor de cobrar la totalidad de la condena a cualquiera de los deudores. En el caso de la condena judicial, se traduce en el hecho de que la empresa como las entidades que concurrieron en la causación de daño son responsables de manera solidaria⁴⁷⁹.

Además, como complemento de la declaratoria de responsabilidad, el fallo fijó el porcentaje⁴⁸⁰ del monto de la condena impuesta para lo cual consideró la injerencia de las accionadas en la causación del daño, motivo por el cual delimitó su nivel de participación y el grado de influencia en éste. Esta evidencia justifica la competencia que tiene el juez para identificar la proporción de la condena que les corresponde cubrir a cada una de las responsables.

Cabe destacar que esta habilitación se encuentra prevista en el CPACA, y aunque no es una norma que resulte aplicable al asunto bajo examen, impone al fallador el deber de establecer cuando existen dos o más responsables la proporción por la cual deben responder. Así lo prevé el inciso 4° del artículo 140 del CPACA:

⁴⁷⁷ “[...] **ARTICULO 1568. <DEFINICION DE OBLIGACIONES SOLIDARIAS>**. En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.

Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.

La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley [...]”

⁴⁷⁸ “[...] **ARTICULO 2344. <RESPONSABILIDAD SOLIDARIA>**. Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos [2350](#) y [2355](#).

Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.

⁴⁷⁹ En relación con el tema la Sección Tercera de la Corporación precisó: “[...] Sobre el particular, advierte la Sala que según los dictados del artículo 2.344 del Código Civil⁴⁷⁹, hay lugar a predicar la responsabilidad solidaria entre las entidades públicas demandadas dentro del presente asunto (Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional y Municipio de San Lorenzo), **comoquiera que dicha figura se halla instituida para aquellos casos en los cuales si en la producción del hecho dañoso demandado hubieren participado dos o más personas**, el demandante queda facultado por la ley para hacer exigible la obligación indemnizatoria respecto del daño irrogado a cualquiera de aquellas personas que hubieren participado en su producción y, comoquiera que tal y como se acreditó en el presente caso, ambas entidades participaron en la producción del mismo [...]” CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. C.P. MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia de 7 de abril de 2011. Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750)

⁴⁸⁰ Al respecto el fallo determinó: “[...] A pesar de que la obligación que surge como consecuencia de esta condena es solidaria, la Sala considera que la acción de la EPSA consistente en la apertura de compuertas y vertimiento de sedimentos en el río Anchicayá **tuvo una mayor injerencia en la producción del daño, por lo que será responsable por el setenta por ciento (70%) del total de la indemnización colectiva**. Por otro lado, la omisión en la que incurrieron la CVC y la Nación - Ministerio de Ambiente y Desarrollo sostenible, a pesar de que también contribuyó a la causación del daño, no es equiparable al grado de injerencia de las acciones de la EPSA, y, por tanto, cada una de estas entidades será responsable por el quince por ciento (15%) del monto total de la indemnización colectiva [...]”

“[...] REPARACIÓN DIRECTA. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

*“[...] En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, **en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas**, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño [...]”*

En estos términos, considero que era indispensable que se precisara que en eventos en los que concurren dos o más responsables en el daño, el juez debe distinguir y materializar el porcentaje de la condena que le es atribuible, sin que ello desvirtúe la solidaridad, pues es necesario no solo la certeza sobre la concurrencia en el daño sino su participación porcentual, y todo ello reflejarse en la parte resolutive de la decisión.

Fecha ut supra,

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera

ACLARACIÓN DE VOTO / CRITERIOS QUE DEBERÍA TENER EN CUENTA LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO AL MOMENTO DE EXPEDIR EL ACTO QUE RECONOCE EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN – Requería mayor profundización y claridad

Si bien dentro de la sentencia se alude de los criterios que se deben tener en cuenta para que la Defensoría del Pueblo pueda expedir el acto que reconoce el pago de la indemnización tratándose de la acción de grupo, considero que debió especificarse cómo el juez puede individualizar a los beneficiarios de las indemnizaciones, cuáles criterios se tendrán en cuenta para ello, cuál es la oportunidad para acreditarlo, pues, de lo contrario, en realidad no se estaría unificando jurisprudencia sino haciendo una clarificación del contenido de diferentes sentencias en los que se han analizado los mencionados criterios a la luz de la particularidad de los respectivos casos. En esa línea, estimé útil que la entonces ponencia de fallo señalara: (a) los elementos probatorios básicos con los que la Defensoría del Pueblo se puede guiar para la emisión de su acto ante solicitudes de sujetos que no fueron parte dentro de la acción de grupo; (b) el tiempo que se tiene para que estos sujetos puedan acreditar su legitimación. Todo ello no implica, per se, una limitación al ámbito de competencia que tiene la Defensoría en

esa materia, y aunque el artículo 65 de la Ley 472 de 1998 establece que una vez efectuada la publicación de la sentencia y ejecutoriado el auto de obedécese y cúmplase, los interesados disponen de un plazo de 20 días para solicitar la correspondiente indemnización ante dicha autoridad, no hubiera estado de más que en la providencia se aludiera este término.

CRITERIOS QUE PERMITEN EL RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MORALES A FAVOR DE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL – Requería mayor profundización y claridad

Aunque la providencia cuenta con un apartado propio en relación con el eje temático aquí señalado, no puede perderse de vista que las comunidades indígenas, raizales y negras, cuentan con una cosmovisión propia sobre su territorio, por lo que, respetuosamente solicité se tuviera en cuenta que, tratándose de daños ambientales, esto guarda una intrínseca relación con las citas evocadas en el hoy fallo y, ese criterio diferenciador es lo que permitiría al juez de la acción de grupo tener un punto de inflexión con asuntos dictados dentro de supuestos generales poblacionales y grupales, para dar viabilidad a la aplicación de presunciones del daño moral inmaterial al provenir de una afectación o vulneración de sus derechos constitucionales especiales, en razón a la etnia. Así las cosas, los ejemplos referidos por los que no se accedió a ello, considero que no guardaban relación con la particularidad de este caso y es que, en ninguno de esos casos, aun cuando hubo una afectación al medio ambiente, los directamente vulnerados con esta situación pertenecían a las mentadas comunidades. [...] debe entenderse que el arraigo a su identidad cultural a través de su autorreconocimiento, cuya manifestación se puede ver reflejada en pertenecer a determinada comunidad dentro de los grupos especiales reseñados, siempre que se hubiere demostrado su constitución de manera previa al acaecimiento del suceso catastrófico, podría otorgarle la presunción de este perjuicio sin que ello desnaturalice la figura de la acción de grupo pues, incluso en la misma sentencia refiere, lo que se busca es un resarcimiento colectivo a los afectados, y con ello la jurisprudencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo esté alineada armónicamente con los preceptos constitucionales planteados tanto en la Carta Política como en su juez natural supremo, de cara a la protección constitucional de la diversidad étnica y cultural.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA PRIMERA ESPECIAL DE DECISIÓN

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., quince (15) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 76001-23-31-000-2002-04584-02(AG)REV-SU

Actor: CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DEL RÍO ANCHICAYÁ Y OTROS

Demandado: EMPRESA DE ENERGÍA DEL PACÍFICO (EPSA) Y OTROS

Temas: Criterios para el reconocimiento de perjuicios en acción de grupo. Comunidades étnicas.

AUTO - ACLARACIÓN DE VOTO

Con el acostumbrado respeto, manifiesto que, aunque comparto en su integridad la decisión adoptada mediante sentencia de 8 de marzo de 2021 por medio de la cual, entre otras, se unificó la jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto a que se tenga como elemento estructural del hecho generador del daño en acción de grupo la relación causal con los daños sufridos por los miembros del grupo, dos aspectos considero requerían una mayor profundización y claridad, a saber:: **(i)** los criterios que debería tener en cuenta la Defensoría del Pueblo al momento de expedir el acto que reconoce el pago de la indemnización; **(ii)** los criterios que permiten el reconocimiento de perjuicios morales a favor de sujetos de especial protección constitucional y son estos dos ejes temáticos los que fundamentan mi disidencia en modalidad de aclaración de voto, los cuales paso a explicar.

(i) Los criterios que debería tener en cuenta la Defensoría del Pueblo al momento de expedir el acto que reconoce el pago de la indemnización

Si bien dentro de la sentencia se alude de los criterios que se deben tener en cuenta para que la Defensoría del Pueblo pueda expedir el acto que reconoce el pago de la indemnización tratándose de la acción de grupo, considero que debió especificarse cómo el juez puede individualizar a los beneficiarios de las indemnizaciones, cuáles criterios se tendrán en cuenta para ello, cuál es la oportunidad para acreditarlo, pues, de lo contrario, en realidad no se estaría unificando jurisprudencia sino haciendo una clarificación del contenido de diferentes sentencias en los que se han analizado los mentados criterios a la luz de la particularidad de los respectivos casos.

En esa línea, estimé útil que la entonces ponencia de fallo señalare: **(a)** los elementos probatorios básicos con los que la Defensoría del Pueblo se puede guiar para la emisión de su acto ante solicitudes de sujetos que no fueron parte dentro de la acción de grupo; **(b)** el tiempo que se tiene para que estos sujetos puedan acreditar su legitimación.

Todo ello no implica, *per se*, una limitación al ámbito de competencia que tiene la Defensoría en esa materia, y aunque el artículo 65 de la Ley 472 de 1998 establece que una vez efectuada la publicación de la sentencia y ejecutoriado el auto de obedécese y cúmplase, los interesados disponen de un plazo de 20 días para solicitar la correspondiente indemnización ante dicha autoridad, no hubiera estado de más que en la providencia se aludiera este término.

(ii) Los criterios que permiten el reconocimiento de perjuicios morales a favor de sujetos de especial protección constitucional

Aunque la providencia cuenta con un apartado propio en relación con el eje temático aquí señalado, no puede perderse de vista que las comunidades indígenas, raizales y negras, cuentan con una cosmovisión propia sobre su territorio, por lo que, respetuosamente solicité se tuviera en cuenta que, tratándose de daños ambientales, esto guarda una intrínseca relación con las citas evocadas en el hoy fallo y, ese criterio diferenciador es lo que permitiría al juez de la acción de grupo tener un punto de inflexión con asuntos dictados dentro de supuestos generales poblacionales y grupales, para dar viabilidad a la aplicación de presunciones del daño moral inmaterial al provenir de una afectación o vulneración de sus derechos constitucionales especiales, en razón a la etnia.

Así las cosas, los ejemplos referidos por los que no se accedió a ello, considero que no guardaban relación con la particularidad de este caso y es que, en ninguno de esos casos, aun cuando hubo una afectación al medio ambiente, los directamente vulnerados con esta situación pertenecían a las mentadas comunidades.

Debe recordarse que la Corte Constitucional en sentencia T-622 de 2016 señaló que el principio de diversidad étnica y cultural de la nación responde a una nueva visión del Estado *“en la que ya no se concibe a la persona humana como un individuo abstracto, sino como un sujeto de características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia ética”*, contando con un listado no taxativo de derechos fundamentales propios de las comunidades étnicas tales como el derecho a la subsistencia, devenido de la protección constitucional a la vida (artículo 11); el derecho a la integridad étnica, cultural y social, que a su vez se deriva no solo del mandato de protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación (artículos 1º y 7º) sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición y desplazamiento forzado (artículo 12); el derecho a la propiedad colectiva de la tierra (artículos 58, 63 y 329); y, el derecho a participar y a ser consultados de las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios, es decir, el derecho a una consulta previa, libre e informada.

De esta manera debe entenderse que el arraigo a su identidad cultural a través de su autorreconocimiento, cuya manifestación se puede ver reflejada en pertenecer a determinada comunidad dentro de los grupos especiales reseñados, siempre que se hubiere demostrado su constitución de manera previa al acaecimiento del suceso catastrófico, podría otorgarle la presunción de este perjuicio sin que ello desnaturalice la figura de la acción de grupo pues, incluso en la misma sentencia refiere, lo que se busca es un resarcimiento colectivo a los afectados, y con ello la jurisprudencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo esté alineada armónicamente con los preceptos constitucionales planteados tanto en la Carta Política como en su juez natural supremo, de cara a la protección constitucional de la diversidad étnica y cultural.

En los anteriores términos dejo expuestas las razones que me llevaron a aclarar mi voto.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ.
Magistrada

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”