

ACCION DE TUTELA - Naturaleza y finalidad / ACCION POPULAR - Naturaleza y finalidad

El artículo 86 de la Constitución Política, establece la acción de tutela para reclamar ante los Jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos fundamentales en los casos en que éstos resultaren vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, siempre y cuando el afectado, conforme lo establece el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que la acción se utilice como mecanismo transitorio, en aras de evitar un perjuicio irremediable. Por su parte, la acción popular consagrada en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política, desarrollada por la Ley 472 de 1998, tiene como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados, exista peligro o agravio o un daño contingente por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares cuando actúen en desarrollo de funciones administrativas. Dicha acción busca que la comunidad afectada pueda disponer de un mecanismo jurídico de forma rápida y sencilla para la protección de sus derechos. Se trata pues de acciones que comparten la misma naturaleza constitucional, pero se orientan a proteger derechos de distinta clase, por un procedimiento previsto en norma especial para cada una de ellas.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 86 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 88 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 6 / LEY 472 DE 1998

ACCION DE TUTELA - Regla general: improcedente para la protección de derechos e intereses colectivos / ACCION DE TUTELA ES UN MECANISMO JUDICIAL IDONEO DE PROTECCION DE DERECHOS COLECTIVOS CUANDO SE PRETENDE SALVAGUARDAR DERECHOS FUNDAMENTALES - Requisitos de procedencia

Por regla general, la acción de tutela no procede para la protección de derechos colectivos, frente a los cuales el ordenamiento jurídico tiene previsto otros mecanismos como la acción popular. Sin embargo, existen casos en los que la línea divisoria de ambas acciones deja de ser clara, cuando el hecho generador de la vulneración afecta derechos de una y otra clase, por ejemplo, cuando por la violación o amenaza del derecho al medio ambiente o a la salubridad pública, derechos éstos de carácter colectivo, resultan afectados derechos de rango fundamental, tales como la vida, la salud, la intimidad y la dignidad humana, entre otros. (Corte Constitucional, sentencia T-082 de 2013). En tales casos, la Jurisprudencia Constitucional ha sostenido que la acción de tutela puede ser un mecanismo judicial idóneo de protección de derechos colectivos, cuando se pretenda salvaguardar derechos fundamentales, siempre que se den los siguientes requisitos: - Que exista conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la violación o amenaza de un derecho fundamental, de tal forma que el daño o amenaza del mencionado derecho sea consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo. - El demandante debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental, pues la acción de tutela es de carácter subjetivo. - La vulneración o la amenaza del derecho fundamental debe estar plenamente acreditada. - La orden judicial que se imparta en estos casos debe orientarse al restablecimiento del derecho de carácter fundamental y no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente un derecho de esa naturaleza. - Adicionalmente, es necesario la comprobación de la falta de idoneidad de la acción popular en el caso concreto.

NOTA DE RELATORIA: Sobre los requisitos para la procedencia de la acción de tutela cuando el hecho generador de la vulneración afecta derechos fundamentales y colectivos, ver: sentencia T-041 de 2011 de la Corte Constitucional.

RUIDO DE BUSES DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE - Inicio de ruta en sector residencial / DERECHO A LA SALUD - Inexistencia de vulneración / DERECHO FUNDAMENTAL A LA TRANQUILIDAD E INTIMIDAD PERSONAL - Vulneración por ruido de los buses del SITP / ACCION DE TUTELA QUE INVOLUCRA DERECHOS FUNDAMENTALES Y COLECTIVOS - No cumple con el requisito sobre la prueba de la falta de idoneidad de la acción popular

Existe conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la violación o amenaza de derechos fundamentales, que en este caso son la tranquilidad e intimidad personal de la demandante, ocasionada por el ruido de los buses del SITP que tienen su punto de partida de ruta cercano a su residencia. Respecto de la alegada violación del derecho a la salud, las pruebas aportadas no determinan claramente un quebranto que amerite su declaración por esta vía judicial. La demandante es la persona directamente afectada en sus derechos fundamentales, es decir, es la legitimada para promover la presente acción. La orden judicial que se pretende está encaminada a que se adopten medidas que restablezcan el derecho de carácter fundamental y no exclusivamente los derechos colectivos. Ahora bien, pese a que la vulneración o la amenaza del derecho fundamental está acreditada, puesto que la actividad de inicio de ruta del SITP en el Barrio Tibabita ha afectado el derecho fundamental a la tranquilidad e intimidad personal de la peticionaria, no puede obviar la Sala que la protección invocada no resulta ineficaz a través del medio judicial que el ordenamiento jurídico ha previsto para salvaguardar derechos colectivos, esto es, la acción popular. En efecto, en el caso sub examine, la causa que motiva la solicitud de amparo es generalizada para todos los residentes y de ahí que una orden judicial declarada por el Juez Popular resulte óptima para la defensa y protección no sólo de los derechos colectivos que puedan estar en juego, sino también de los derechos fundamentales de cada uno de los afectados, como consecuencia de las medidas que se impartan. Ello aunado al hecho de que no se evidencia la necesidad de la intervención urgente e inmediata del Juez de Tutela, porque se haya alegado un perjuicio irremediable, o del plenario se evidencie su inminente ocurrencia.

TRANSMUTACION DE LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES - Prevalencia del derecho sustancial y de la efectividad de los derechos / ACCION DE TUTELA - Adecuación a acción popular

Cuando el Juez que conoce de una acción constitucional que persigue la protección de derechos colectivos o fundamentales advierta que el interesado ha invocado un mecanismo distinto al consagrado para proteger los derechos que estima conculcados, tiene la facultad de adecuar el trámite a la acción que resulte procedente, en aras de la prevalencia del derecho sustancial y de la efectividad de los derechos... si el Juez advierte que el interesado invoca una acción constitucional para perseguir el amparo de derechos cuya protección está prevista por medio de otra diferente, está facultado, si se trata de la primera instancia, para adecuarla al trámite correspondiente, bajo la normativa que la desarrolla, o también, en tratándose de la segunda instancia, puede ordenarse retrotraer la actuación para que se garantice el cumplimiento de todas las etapas procesales. Todo ello con observancia de las normas de competencia pertinentes. Con ello se persigue, por una parte, no imponer a la peticionaria la obligación de incoar una nueva acción para obtener la protección de los derechos invocados como vulnerados, y por otra, no rechazar la acción impetrada por improcedente, sino tramitarla por el canal adecuado, garantizando la prevalencia de lo sustancial

sobre las formas. En este orden de ideas, estima la Sala que la solución que consulta los principios de prevalencia del derecho sustancial y de la efectividad de los derechos, en el caso concreto, es la de adecuar la presente acción al procedimiento previsto en la Ley 472 de 1998 y artículo 144 del C.P.A.C.A., y, por competencia, remitirla a la Oficina de Reparto de los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Bogotá, para que agotadas las etapas procesales correspondientes, con observancia del principio de celeridad, se examine la amenaza o violación de los derechos colectivos objeto de la presente controversia.

FUENTE FORMAL: LEY 393 DE 1997 - ARTICULO 9 / LEY 1437 DE 2014 - ARTICULO 144 / LEY 1437 DE 2014 - ARTICULO 155 NUMERAL 10 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 228

NOTA DE RELATORIA: En diferentes ocasiones, las Secciones de la Corporación han tenido la oportunidad de analizar la procedencia de la transmutación de las acciones, al respecto consultar: sentencia del 15 de enero de 2008, Sección Segunda -Subsección A-, exp. 2007-00596-01(AC), actor: Carlos Fernando Idarraga Amado, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; sentencia del 19 de septiembre de 2013 de la Sección Primera, exp. 2013-00416-01, C.P. María Elizabeth García González; de igual modo, en sentencia del 6 de junio de 2013, exp. 2011-00036, C.P. María Elizabeth García González.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-41-000-2014-00858-01(AC)

Actor: JAZMIN AGUDELO

Demandado: TRANSMILENIO S.A.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia de 6 de junio de 2014, mediante la cual la Sección Primera -Subsección B- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declaró improcedente la presente solicitud de tutela.

I.- ANTECEDENTES.

I.1. La ciudadana **JAZMÍN AGUDELO**, actuando en nombre propio y en ejercicio de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, solicitó la protección de los derechos a *“un adecuado nivel de vida, salud, convivencia ciudadana, seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad pública”*, presuntamente vulnerados por **TRANSMILENIO S.A., CONSORCIO EXPRESS S.A.S., ETIB S.A.S., EEMB S.A.S, ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DE MOVILIDAD - ALCALDÍA LOCAL DE USAQUÉN Y POLICÍA NACIONAL - DIRECCIÓN DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE.**

I.2. Hechos.

Alega la actora que hace aproximadamente 4 meses, los buses del Sistema Integrado de Transporte SITP parquean en la calle 193 con carrera 7ª, en el Barrio Tibabita en Bogotá D.C., invadiendo el espacio público y perturbando su tranquilidad y la de los habitantes del sector, debido a los ruidos de los motores que permanecen encendidos todo el día, para evadir la acción de la policía de tránsito.

Pone de presente diversas circunstancias que le *“han robado la tranquilidad”* y le *“han perturbado su sueño”*, como la presencia permanente de los conductores de los buses del SITP que se dedican a juegos de ocio en los que expresan un vocabulario inapropiado para los niños, además de que no utilizan los lugares adecuados para sus necesidades fisiológicas.

Afirma que esta situación ha afectado su salud, debido al alto estrés que le produce.

Manifiesta que ha solicitado a las diferentes autoridades competentes controlar esta problemática, pero no ha obtenido respuesta de ninguna de ellas.

I.3. Con fundamento en lo anterior, solicita que se reubique el paradero de los buses del SITP, se instale una cámara de foto comparendo, reductores de velocidad y señales de prohibido parquear.

I.4. Las contestaciones.

I.4.1. TRANSMILENIO S.A., expresa que ha obrado dentro de las competencias y finalidades que le ha fijado la Ley y, por tanto, no ha incurrido en la violación de los derechos invocados por la parte actora.

Agrega que dentro del marco del contrato núm. 201 de 2013 solicitó al Consorcio GBJ verificar 28 puntos donde presumiblemente se presentan situaciones anómalas de estacionamiento de vehículos y que con base en tales resultados se dará inicio a las acciones establecidas en el contrato de concesión, para que sean los concesionarios los que asuman la responsabilidad por tales hechos.

Propone la falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto no le corresponde la prestación del servicio público de transporte ni la adquisición de predios para parqueadero de los buses del SITP.

I.4.2. El CONSORCIO EXPRESS S.A.S., asegura que los buses del SITP no se estacionan permanentemente en la vía objeto de controversia y que los ruidos que se generan en la prestación del servicio de transporte se encuentran por debajo de los niveles máximos de contaminación auditiva.

Afirma que los Puntos de Inicio de Ruta se encuentran ubicados en corredores de movilidad para minimizar la incomodidad de los vecinos de dichos puntos.

I.4.3. La EMPRESA DE TRANSPORTE INTEGRADO DE BOGOTÁ – ETIB S.A.S., solicita que se deniegue el amparo de tutela porque para la protección de los derechos invocados en la demanda, la actora cuenta con la acción popular y, además, no se acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

I.4.4. ESTE ES MI BUS -EEMB S.A.S., asevera que el lugar señalado en la demanda no es un parqueadero de buses sino un Punto de Inicio de Ruta, es decir, de parada transitoria.

I.4.5. La ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARÍA DE MOVILIDAD, advierte que la acción de tutela resulta improcedente, pues se trata de una acción de carácter residual que solo puede intentarse cuando no existen otros mecanismos idóneos de defensa judicial, o para evitar un perjuicio irremediable, pero que en el caso concreto, el asunto debatido corresponde a derechos para cuya protección el ordenamiento tiene prevista la acción popular.

Que consultada la página de la entidad, se evidenció que mediante Oficios SDQS 1155300 y SDQS 1116142, se allegó queja presentada por los habitantes del Barrio Tibatita, por lo que se desplegaron acciones conjuntas con la Policía Metropolitana de Tránsito, que arrojaron como resultado órdenes de comparendos a los conductores de los buses del SITP.

I.4.6. La DIRECCIÓN DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE LA POLICÍA NACIONAL, indica que en respuesta al convenio de cooperación con la Alcaldía Local de Usaquén, ha realizado las respectivas verificaciones de invasión al espacio público del sector, no encontrando irregularidades.

I.4.7. La SECRETARÍA DISTRITAL DE GOBIERNO – ALCALDÍA LOCAL DE USAQUÉN, destaca que los hechos alegados en la demanda son del resorte de

las Secretarías de Ambiente, Movilidad y Salud, por lo que solicita ser desvinculada de la presente acción.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO.

La Sección Primera -Subsección B- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 6 de junio de 2014, declaró improcedente el amparo solicitado, con fundamento en las siguientes razones:

- La demandante pretende la protección de los derechos de todos los habitantes del Barrio Tibabita en Bogotá D.C., sin que haya acreditado la legitimación en la causa para ello.
- Las pretensiones de la demanda se encaminan a proteger derechos colectivos, más que subjetivos, por lo que lo procedente es la acción popular.
- No se cumplen los requisitos que la Corte Constitucional ha señalado para avalar el ejercicio de la acción de tutela cuando se invoca la vulneración de derechos colectivos, por cuanto: i) no existe conexión entre la vulneración de los derechos colectivos enunciados y la violación de derechos fundamentales de la demandante, por la prestación del servicio público de transporte; ii) una eventual orden de amparo en la manera en que fue solicitada (reubicación del paradero, construcción de un parqueadero, e instalación de señalización) salvaguardaría los derechos de toda la comunidad y no solo de la peticionaria; y iii) no se desvirtuó la idoneidad de la acción popular para proteger los derechos que se estiman conculcados.

- La acción de tutela no está prevista para sustituir otros medios de defensa ni para reemplazar procedimientos judiciales especiales para solucionar determinadas situaciones.

- La demandante dispone de otro medio de defensa judicial, por lo cual la acción de tutela se torna improcedente, amén de que no se acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

III. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN.

La actora está inconforme con la decisión porque asegura que al plenario se aportaron las pruebas que acreditan la problemática presentada en el sector utilizado por la empresa TRANSMILENIO S.A., como paradero de buses, lo que altera la tranquilidad de sus habitantes. Que entre los afectados se encuentran personas de la tercera edad y niños, así como residentes que, al igual que ella, no pueden disfrutar de un descanso tranquilo, debido al ruido que la actividad censurada ocasiona.

Señala que la Jurisprudencia ha admitido que excepcionalmente se tramiten pretensiones de carácter colectivo por la vía de las acciones de tutela, bien sea porque se acredite la amenaza de un perjuicio irremediable, caso en el cual cabe el amparo transitorio, o porque logra establecerse que el medio de defensa judicial preferente es inadecuado para la protección del derecho a la luz del caso concreto.

Los demás argumentos aducidos en la impugnación, se refieren a transcripciones de sentencias de tutela que no guardan relación con los hechos materia de discusión.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Problema jurídico.

De la lectura de los hechos de la demanda, es posible inferir que la actora estima conculcados sus derechos a la salud, tranquilidad e intimidad personal, en razón de la ocupación de la calle 193 con carrera 7ª del Barrio Tibabita en Bogotá D.C, con buses pertenecientes al Sistema Integrado de Transporte SITP, lo que evidentemente revela la presunta amenaza o vulneración de los derechos colectivos al goce del ambiente sano, espacio público, y seguridad y salubridad públicas de los habitantes de dicho sector.

La Sección Primera -Subsección B- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró improcedente el amparo solicitado, por cuanto no se acreditaron los requisitos establecidos por la Jurisprudencia Constitucional para la viabilidad de la acción de tutela cuando se invoca la protección de derechos colectivos.

Para resolver sobre la vulneración de los derechos alegada por la actora, la Sala se referirá a los siguientes asuntos: **i)** naturaleza de las acciones de tutela y popular; **ii)** acción de tutela para la protección de derechos colectivos; y **iii)** transmutación de las acciones constitucionales.

i) NATURALEZA DE LAS ACCIONES DE TUTELA Y POPULAR.

El artículo 86 de la Constitución Política, establece la acción de tutela para reclamar ante los Jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de **los derechos fundamentales** en los casos en que éstos resultaren vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, siempre y cuando el afectado, conforme lo establece el artículo 6º del **Decreto 2591**

de 1991, no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que la acción se utilice como mecanismo transitorio, en aras de evitar un perjuicio irremediable.

Por su parte, la acción popular consagrada en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política, desarrollada por la **Ley 472 de 1998**, tiene como finalidad la **protección de los derechos e intereses colectivos**, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados, exista peligro o agravio o un daño contingente por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares cuando actúen en desarrollo de funciones administrativas. Dicha acción busca que la **comunidad afectada** pueda disponer de un mecanismo jurídico de forma rápida y sencilla para la protección de sus derechos.

Se trata pues de acciones que comparten la misma naturaleza constitucional, pero se orientan a proteger derechos de distinta clase, por un procedimiento previsto en norma especial para cada una de ellas.

ii) ***ACCIÓN DE TUTELA PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS.***

Como ya se indicó, por regla general, la acción de tutela no procede para la protección de derechos colectivos, frente a los cuales el ordenamiento jurídico tiene previsto otros mecanismos como la acción popular. Sin embargo, existen casos en los que la línea divisoria de ambas acciones deja de ser clara, cuando el hecho generador de la vulneración afecta derechos de una y otra clase, por ejemplo, cuando por la violación o amenaza del derecho al medio ambiente o a la salubridad pública, derechos éstos de carácter colectivo, resultan afectados derechos de rango fundamental, tales como la vida, la salud, la intimidad y la dignidad humana, entre otros. (Corte Constitucional, sentencia T-082 de 2013).

En tales casos, la Jurisprudencia Constitucional ha sostenido que la acción de tutela puede ser un mecanismo judicial idóneo de protección de derechos colectivos, cuando se pretenda salvaguardar derechos fundamentales, siempre que se den los siguientes requisitos¹:

“- Que exista conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la violación o amenaza de un derecho fundamental, de tal forma que el daño o amenaza del mencionado derecho sea consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo.

- El demandante debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental, pues la acción de tutela es de carácter subjetivo.

- La vulneración o la amenaza del derecho fundamental debe estar plenamente acreditada.

- La orden judicial que se imparta en estos casos debe orientarse al restablecimiento del derecho de carácter fundamental y ‘no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente un derecho de esa naturaleza’.

- Adicionalmente, es necesario la comprobación de la falta de idoneidad de la acción popular en el caso concreto.”

Conforme a lo anterior, corresponde en el *sub lite* determinar si se reúnen los mencionados requisitos para la protección de los derechos a la salud, tranquilidad e intimidad personal de la actora, que estima vulnerados en razón de la ocupación de la calle 193 con carrera 7ª con buses pertenecientes al Sistema Integrado de Transporte SITP, lo que a su vez, origina la presunta amenaza o violación de los derechos colectivos al goce del ambiente sano, del espacio público, y a la seguridad y salubridad pública de los habitantes de dicho sector.

Consta en el plenario que la Señora **JAZMÍN AGUDELO**, en compañía de otros residentes del Edificio Santa Cecilia ubicado en la calle 193 con carrera 8ª de Bogotá D.C., elevaron sendos derechos de petición a cada una de las entidades demandadas en el presente proceso (folios 16 a 41), con el fin de solucionar la afectación de los derechos al goce del espacio público y la tranquilidad ciudadana,

¹ Ver, entre otras, sentencia T-041 de 2011 de la Corte Constitucional.

originada en la presencia permanente de buses del Sistema Integrado de Transporte en ese punto de la Capital.

Como prueba de lo anterior, se aportaron, además de las respectivas respuestas, material fotográfico visible a folios 42 a 55.

Igualmente, de la solicitud de tutela se infiere que la actora estima vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, tranquilidad e intimidad personal, debido a que el ruido de los motores de los vehículos de transporte público y el comportamiento de sus conductores le impiden residir tranquilamente en su vivienda e, incluso, interrumpen su sueño en horas de la madrugada.

En respaldo de lo anterior, aporta copia simple de su historia clínica de 23 de abril de 2014 (folio 15) en la que la IPS Javesalud hace constar que la paciente consulta por problemas de ansiedad *“por unos buses que se parquean frente a su casa y producen mucho ruido”*. No consta en dicho documento tratamiento farmacológico ni anterior ni posterior a la consulta.

También a folios 28 a 30, reposa informe del Gerente del Hospital de Usaquén sobre la visita al sector y a la vivienda de la actora, en la que identificó como principal problemática *“el ruido generado por la puesta en marcha del Sistema Integrado de Transporte”*.

Visto lo anterior, respecto de los requisitos aludidos, fijados por la Jurisprudencia para la procedencia del amparo, se tiene que:

Existe conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la violación o amenaza de derechos fundamentales, que en este caso son la tranquilidad e intimidad personal de la demandante, ocasionada por el ruido de los buses del

SITP que tienen su punto de partida de ruta cercano a su residencia. Respecto de la alegada violación del derecho a la salud, las pruebas aportadas no determinan claramente un quebranto que amerite su declaración por esta vía judicial.

La demandante es *la persona directamente afectada en sus derechos fundamentales*, es decir, es la legitimada para promover la presente acción.

La orden judicial que se pretende *está encaminada a que se adopten medidas que restablezcan el derecho de carácter fundamental y no exclusivamente los derechos colectivos*.

Ahora bien, pese a que la *vulneración o la amenaza del derecho fundamental está acreditada*, puesto que la actividad de inicio de ruta del SITP en el Barrio Tibabita ha afectado el derecho fundamental a la tranquilidad e intimidad personal de la peticionaria, no puede obviar la Sala que la protección invocada no resulta ineficaz a través del medio judicial que el ordenamiento jurídico ha previsto para salvaguardar derechos colectivos, esto es, **la acción popular**.

En efecto, en el caso *sub examine*, la causa que motiva la solicitud de amparo es generalizada para todos los residentes y de ahí que una orden judicial declarada por el Juez Popular resulte óptima para la defensa y protección no sólo de los derechos colectivos que puedan estar en juego, sino también de los derechos fundamentales de cada uno de los afectados, como consecuencia de las medidas que se impartan. Ello aunado al hecho de que no se evidencia la necesidad de la intervención urgente e inmediata del Juez de Tutela, porque se haya alegado un perjuicio irremediable, o del plenario se evidencie su inminente ocurrencia.

Lo expuesto en precedencia, conlleva declarar que no se cumple con el requisito relacionado con la prueba de la *falta de idoneidad de la acción popular*, pues

según lo ha declarado la Corte Constitucional “en principio la Ley 472 de 1998 es un instrumento idóneo y eficaz para enfrentar las vulneraciones o amenazas a los derechos colectivos.(...) En tales circunstancias, la entrada en vigor de una regulación completa y eficaz sobre acciones populares implica que, fuera de los cuatro requisitos señalados (...) para que la tutela proceda en caso de afectación de un derecho colectivo, es además necesario, teniendo en cuenta el carácter subsidiario y residual de la tutela (CP art. 86), **que en el expediente aparezca claro que la acción popular no es idónea, en concreto, para amparar específicamente el derecho fundamental vulnerado en conexidad con el derecho colectivo**, por ejemplo porque sea necesaria una orden judicial individual en relación con el peticionario. En efecto, en determinados casos puede suceder que la acción popular resulta adecuada para enfrentar la afectación del derecho colectivo vulnerado, pero ella no es suficiente para amparar el derecho fundamental que ha sido afectado en conexidad con el interés colectivo. En tal evento, la tutela es procedente de manera directa, por cuanto la acción popular no resulta idónea para proteger el derecho fundamental. Pero **si no existen razones para suponer que la acción popular sea inadecuada, entonces la tutela no es procedente**, salvo que el actor recurra a ella ‘como mecanismo transitorio, mientras la Jurisdicción competente resuelve la acción popular en curso y cuando ello resulte indispensable para la protección de un derecho fundamental’². (Resaltado fuera del texto).

Siendo ello así, sería del caso confirmar la sentencia impugnada que declaró improcedente el amparo, de no ser porque, según lo ha señalado la Jurisprudencia de esta Corporación, cuando el Juez que conoce de una acción constitucional que persigue la protección de derechos colectivos o fundamentales advierta que el interesado ha invocado un mecanismo distinto al consagrado para proteger los derechos que estima conculcados, tiene la facultad de adecuar el trámite a la

² Ídem.

acción que resulte procedente, en aras de la prevalencia del derecho sustancial y de la efectividad de los derechos.

iii) **TRANSMUTACIÓN DE LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES.**

Esta construcción conceptual de la Jurisprudencia, encuentra inspiración en el artículo 9° de la Ley 393 de 1997, *“Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política”*, que preceptúa: *“La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela.”*.

Con fundamento en esta norma, la Jurisprudencia de esta Corporación entendió que si el Legislador previó que la acción de cumplimiento no procede para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la acción de tutela, *mutatis mutandis*, la acción de tutela no procede para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la acción de cumplimiento y, en esa medida, el Juez está facultado para adecuar el trámite correspondiente, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental (C.P., art. 228) y de la efectividad de los derechos (art. 2°, ídem). Así lo sostuvo la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia de 15 de enero de 2008, de la cual se resalta principalmente lo siguiente:

*“Una aplicación clara de este principio [prevalencia del derecho sustancial] al caso concreto, se vislumbra en dos aspectos: primero, no imponiéndole al actor la obligación de incoar una nueva acción para obtener el cumplimiento de sus derechos, y segundo, **no rechazando la acción impetrada por improcedente con fundamento en una norma procesal, sino tramitándola por el canal adecuado garantizando normas de derecho sustancial que le favorecen.***

Por otra parte, puede indicarse que el principio de la prevalencia del derecho sustancial está íntimamente ligado con el de la efectividad de los derechos... consagrado en el artículo 2° de nuestra Carta Política,

como el principio mediante el cual el Juez debe definir, dentro del proceso, el medio más eficaz para promover la defensa y el cumplimiento de los derechos de los administrados, de la ley y de un orden justo.

*Este principio, para el caso concreto, faculta al Juez, frente a una petición de amparo constitucional improcedente por acción de tutela, y ante la apreciación de una acción constitucional de igual naturaleza y alcance, **ajustar el procedimiento al de dicha acción, a preferencia de rechazar la pretensión por improcedente, para garantizar así, la efectividad de dicha solicitud de amparo.***

Dicha adecuación además, estaría garantizando al actor la efectividad de sus derechos y la aplicación de tres principios de imperativo cumplimiento para el operador judicial: i) principio de acceso a la administración de justicia contenido en el artículo 229 de la Constitución Nacional, ii) principio de la economía procesal, entendido como una garantía del debido proceso, iii) y finalmente se materializa el deber del juez de lograr que los derechos transiten por los canales constitucionales adecuados.³ (Resaltado fuera del texto).

En esa ocasión, bajo las consideraciones transcritas, la Sala le ordenó al Juez de primera instancia adecuar el procedimiento invocado como acción de tutela a una acción de cumplimiento, con la finalidad de no rechazar el amparo solicitado, sino tramitarlo bajo el principio de celeridad, con miras a garantizarle al peticionario el acceso a la Justicia⁴.

También, la Sección Primera del Consejo de Estado, en una acción popular en la que se perseguía la protección de los derechos colectivos de los reclusos del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Girón - Santander, avaló la decisión del Tribunal de transmutarla en una acción de tutela. Al respecto, indicó:

“En ese orden de ideas, aun cuando las pretensiones de la demanda se dirigían a obtener la protección de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la salubridad pública y al acceso a los

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda -Subsección A-, Expediente núm. 2007-00596-01 (AC), Actor: Carlos Fernando Idarraga Amado, Consejero ponente: doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁴ En ese caso, el actor había incoado la acción de tutela para que se protegieran sus derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso, a la igualdad, a la libre creación de empresa y a la confianza legítima, presuntamente desconocidos por INGEOMINAS, por la omisión de inscripción en el Registro Minero Nacional de una licencia de explotación minera. Por lo que allí se consideró que la acción procedente era la de cumplimiento (Ley 393 de 1997) y se ordenó al Juez *a quo* que adecuara el trámite y la resolviera por dicho procedimiento, habida cuenta de que en tratándose del caso contrario, el legislador permite *transmutar* la acción de cumplimiento en acción de tutela.

servicios públicos de los internos del EPAMS Girón, **bien podía el juez de primera instancia transmutar la acción popular en tutela, en aras de dar protección inmediata no solo al derecho fundamental a la salud, sino también a otros derechos de la misma naturaleza, de los cuales son titulares los internos del citado Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Girón, tales como la dignidad humana y el mínimo vital, concretamente, en lo relativo a la alimentación.**⁵ (Resaltado fuera del texto).

De igual modo, en sentencia de 6 de junio de 2013 (Expediente núm. 2011-00036, Consejera ponente: doctora María Elizabeth García González), la Sala estimó que había lugar a ordenarle al Juez de primera instancia adecuar la acción popular interpuesta a una acción de tutela. Sin embargo, dadas las particularidades de ese caso, resultaba innecesario, porque el asunto debatido ya había hecho tránsito a cosa juzgada⁶.

A manera de conclusión, conviene puntualizar que si el Juez advierte que el interesado invoca una acción constitucional para perseguir el amparo de derechos cuya protección está prevista por medio de otra diferente, está facultado, si se trata de la primera instancia, para adecuarla al trámite correspondiente, bajo la normativa que la desarrolla, o también, en tratándose de la segunda instancia, puede ordenarse retrotraer la actuación para que se garantice el cumplimiento de todas las etapas procesales. Todo ello con observancia de las normas de competencia pertinentes.

Con ello se persigue, por una parte, no imponer a la peticionaria la obligación de incoar una nueva acción para obtener la protección de los derechos invocados

⁵ Sentencia de 19 de septiembre de 2013, Expediente núm. 2013-00416-01, Consejera ponente: doctora María Elizabeth García González. En esa oportunidad, aunque el Juez de primera instancia había transmutado la acción popular interpuesta, en acción de tutela, no había examinado el fondo del asunto, por lo que la Sala consideró que correspondía en la impugnación analizar las pruebas con miras a determinar si se configuraba o no la vulneración de derechos fundamentales en cabeza del grupo de personas que conformaban los internos.

⁶ Sostuvo la Sala que: "(...) para garantizar la prevalencia del derecho sustancial, la tutela judicial efectiva y el acceso a la Administración de Justicia, sería del caso ordenarle al juez de primera instancia darle a la presente el trámite de acción de tutela -ya que no son los intereses colectivos los que resultaron amenazados o vulnerados con el proceder del INPEC, y el actor pone de presente una situación que se puede predicar individualmente respecto de cada uno de los reclusos-, de no ser porque en su decisión el Tribunal tendrá que estarse a lo resulto mediante la aludida sentencia de la Sección Segunda de esta Corporación, lo cual resultaría un desgaste innecesario para la Administración de Justicia."

como vulnerados, y por otra, no rechazar la acción impetrada por improcedente, sino tramitarla por el canal adecuado, garantizando la prevalencia de lo sustancial sobre las formas.

En este orden de ideas, estima la Sala que la solución que consulta los principios de prevalencia del derecho sustancial y de la efectividad de los derechos, en el caso concreto, es la de adecuar la presente acción al procedimiento previsto en la Ley 472 de 1998 y artículo 144 del C.P.A.C.A., y, por competencia, remitirla a la Oficina de Reparto de los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Bogotá⁷, para que agotadas las etapas procesales correspondientes, con observancia del principio de celeridad, se examine la amenaza o violación de los derechos colectivos objeto de la presente controversia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia impugnada. En su lugar, **TRAMÍTESE** la presente acción por el procedimiento previsto en la Ley 472 de 1998 y artículo 144 del C.P.A.C.A., y, en consecuencia, remítase a la Oficina de Reparto de los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Bogotá, con el fin de que agotadas las etapas procesales correspondientes, con observancia del principio de celeridad, se examine la amenaza o violación de los derechos colectivos objeto de la presente controversia.

⁷ Competentes para conocer acciones populares contra Autoridades Distritales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 155, numeral 10, del C.P.A.C.A.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 31 de julio de 2014.

GUILLERMO VARGAS AYALA
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Ausente con permiso