



Radicado: 11001-03-15-000-2019-05036-01
Demandante: Rodrigo de Jesús Cano Elorza

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

CONSEJERA PONENTE: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación: 11001-03-15-000-2019-05036-01
Demandante: RODRIGO DE JESÚS CANO ELORZA
Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN PRIMERA

Temas: Tutela contra providencia judicial. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Defectos sustantivo, fáctico y violación directa de la constitución

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sección Cuarta del Consejo de Estado procede a decidir la impugnación presentada por el señor Rodrigo de Jesús Cano Elorza contra la sentencia de 22 de febrero de 2021¹, dictada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, dentro de la acción de tutela en la que declaró su improcedencia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El accionante afirmó que es propietario de un inmueble situado en la carrera 41D No. 73-46 en el Distrito de Barranquilla, en el que ha funcionado un establecimiento de comercio denominado “*El Triángulo Deportivo*”, por más de 20 años.

Sostuvo que mediante radicación M-050 de 3 de mayo de 2004, solicitó a la Curaduría Urbana 1 de Barranquilla la licencia para realizar una reforma y adición de la segunda y tercera planta en el mencionado inmueble, la cual fue resuelta por Resolución N°. 257 de 2005, en el sentido de conceder la mencionada licencia.

Relató que el 14 de junio de 2006, el Instituto Distrital de Urbanismo y Control, IDUC, ordenó la suspensión de la obra por “*i) ocupar indebidamente el espacio público con actividades propias de las obras constructivas mediante las que se ejecutaba la licencia mencionada y, ii) ejecutar obras en contravención de la licencia otorgada*”.

Señaló que el 2 de agosto de 2006, el IDUC expidió la Resolución N°. 572-06 en la que se resolvió “*i) declarar contraventor urbanístico al titular de licencia de construcción por las razones expuestas en el hecho anterior; ii) imponer una sanción de cien (100) SMLMV al titular de la licencia de construcción; iii) ratificar la Orden de Suspensión de Obra No. 003 del 14 de junio de 2006; iv) requerir al titular de la licencia de construcción para el cumplimiento de las normas relativas al uso del suelo; v) ordenar ‘el cierre definitivo del establecimiento del comercio El Triángulo Deportivo’ si pasados dos (2) meses posteriores a la medida de*

¹ El expediente ingresó al despacho para fallo el 6 de mayo de 2021.



suspensión no cumple con las disposiciones contenidas en tal resolución; y, vi) ordenar a las empresas prestadoras la suspensión de los servicios públicos”.

Indicó que presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Distrito de Barranquilla², en la que solicitó la nulidad del acto administrativo que ordenó la suspensión de las obras que realizaba el ahora accionante en su inmueble.

Afirmó que el Tribunal Administrativo del Atlántico mediante sentencia de 26 de noviembre de 2008, accedió a las pretensiones de la demanda, así:

“PRIMERO: Declárase la nulidad del acto administrativo ORDEN DE SUSPENSIÓN DE OBRAS No 003 DE 14 DE JUNIO DE 2006, expedida por el profesional Universitario del IDUC Wilson Vergara Meriño, por medio de la cual se resolvió ordenar ‘La suspensión inmediata y el sellamiento de la obra de ampliación y modificación en el inmueble ubicado en la carrera 41 D # 73-40 de Barranquilla.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, los propietarios de la obra en construcción del establecimiento comercial Restaurante – Estadero El Triángulo Deportivo, quedan habilitados para ejercer los derechos y asumir las correlativas obligaciones que emanan de la licencia de construcción contenida en la Resolución No 257 del 21 de julio de 2005, expedida por la Curaduría Urbana 1 de Barranquilla.

TERCERO: Condénase al Instituto Distrital de Urbanismo y Control IDUC, a pagar a título de perjuicios las siguientes cantidades de la manera como pasa a determinarse (...).”.

Sostuvo que contra la anterior decisión las partes interpusieron recurso de apelación. La Sección Primera del Consejo de Estado en fallo de 16 de mayo de 2019³, la revocó y declaró probada la excepción de inepta demanda, toda vez que el acto demandado no era enjuiciable ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Finalmente, manifestó que decisión de segunda instancia se notificó mediante edicto desfijado el 31 de mayo de 2019.

2. Fundamentos de la acción

El accionante presentó acción de tutela con el objeto de que se amparen los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, así como los principios de legalidad y favorabilidad, supuestamente vulnerados por la Sección Primera del Consejo de Estado, al revocar la decisión de primera instancia y declarar probada la excepción de inepta demanda.

En primer lugar, manifestó que se cumplió con el requisito de la relevancia constitucional por la vulneración en que incurrió la autoridad judicial accionada, además que la solicitud de amparo no la presenta como una tercera instancia. Igualmente, señaló que no cuenta con otro medio de defensa, que la acción de amparo se interpuso dentro de los seis (6) meses siguientes a la notificación y que se señalaron en debida forma las irregularidades procesales en la sentencia objetada, la cual no se profirió en el marco de otro mecanismo constitucional.

² La demanda se radicó en vigencia del Decreto 01 de 1984.

³ El Consejero Oswaldo Giraldo López presentó salvamento de voto en el sentido de que el acto administrativo de suspensión inmediata de obras no puede considerarse como un acto de trámite, “*toda vez que no se presenta como una condición o etapa propia se la actuación administrativa en el régimen de control de obras de construcción y urbanismo; dicho acto administrativo no es propio ni necesario para la realización del procedimiento indicado, así las cosas, en unas situaciones puede darse lugar a la imposición de la suspensión inmediata y en otras no, por lo que la suspensión y sellamiento no depende de la actuación administrativa que culmina con la imposición de una sanción, sino que es una actuación administrativa autónoma que crea una situación jurídica y particular concreta susceptible de control judicial*”.



De otro parte, afirmó que la Sección Primera del Consejo de Estado incurrió en **defecto sustantivo**, pues consideró que se desconocieron los artículos 67⁴ de la Ley 9 de 1989 y 103⁵ de la Ley 388 de 1997, de las cuales se desprende que la orden de suspensión de obras podía ser demandada, toda vez que constituye una clara manifestación de la voluntad de la administración que produjo efectos jurídicos particulares y concretos al demandante, por lo que el asunto debió resolverse fondo.

Sostuvo que la Resolución N°. 572-06, es un acto independiente al demandado por expresa disposición legal, pues la orden de suspensión de obras no es un acto de trámite previo a la resolución de la sanción, ni hace parte de ese procedimiento administrativo.

Señaló que la decisión de suspensión de la obra y la que impuso la sanción son actos administrativos independientes y autónomos, para lo cual precisó que el acto de suspensión de la obra se expidió en ejercicio de la función policiva de la que goza la Alcaldía de Barranquilla, mientras que las sanciones urbanísticas obedecen al cumplimiento de un procedimiento administrativo sancionatorio de control urbanístico.

Afirmó que la autoridad judicial accionada confundió los actos administrativos y los relacionó equivocadamente, más aún cuando el artículo 105 de la Ley 388 de 1997, modificado por el artículo 3 de la Ley 810 de 2003, prevé que en el mismo acto que impone la sanción se debe ratificar la medida policiva de suspensión y sellamiento de las obras, pues se reconoce su carácter independiente y autónomo, sin que esto se deba entender como subsunción de los efectos generados por la mencionada medida, pues el legislador le otorgó la naturaleza de acto definitivo y, en ese orden de ideas, es susceptible de ser demandado ante la jurisdicción.

Asimismo, señaló que se desconocieron los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 810 de 2003, los cuales desarrollan en qué casos se puede imponer la sanción de suspensión de las obras, supuestos que no se configuraron en el presente asunto.

Resaltó que la obra no se pudo suspender, toda vez que esta se ejecutó al amparo de una licencia de construcción que no fue revocada ni reprochada en el curso del proceso administrativo, ni en sede judicial.

Así mismo, indicó que la autoridad judicial accionada incurrió en **defecto fáctico**, en razón a que no se valoró el contenido de la Orden de Suspensión de Obras N°. 003 de 2006, por lo que la sentencia objeto de reproche constitucional carece de apoyo probatorio.

⁴ Artículo 67º.- Los actos de los alcaldes y del intendente a los cuales se refiere el artículo anterior, así como aquellos mediante los cuales se ordene la suspensión de obra, y la restitución de vías públicas de que trata el Código Nacional de Policía, serán susceptibles de las acciones contencioso administrativas previstas en el respectivo código, en primera instancia ante los Tribunales Administrativos, y en segunda instancia ante el Consejo de Estado. Estas acciones no suspenderán los efectos de los actos administrativos demandados, salvo el caso de la suspensión provisional.

⁵ ARTÍCULO 103. Toda actuación de parcelación, urbanización, construcción, reforma o demolición que contravenga los planes de ordenamiento territorial o sus normas urbanísticas, dará lugar a la imposición de sanciones urbanísticas a los responsables, incluyendo la demolición de las obras, según sea el caso, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades civiles y penales de los infractores. Para efectos de la aplicación de las sanciones estas infracciones se considerarán graves o leves, según se afecte el interés tutelado por dichas normas. Se considera igualmente infracción urbanística, la localización de establecimientos comerciales, industriales y de servicios en contravención a las normas de usos del suelo, lo mismo que la ocupación temporal o permanente del espacio público con cualquier tipo de amoblamiento o instalaciones, sin la respectiva licencia. En todos los casos de actuaciones que se efectúen sin licencia o sin ajustarse a la misma, el alcalde, de oficio o a petición de parte, dispondrá la medida policiva de suspensión inmediata de dichas actuaciones, de conformidad con el procedimiento a que se refiere el artículo 108 de la presente ley. En el caso del Distrito Capital esta función corresponde a los alcaldes menores, de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Distrito Capital.



Finalmente, manifestó que se configuró la **violación directa de la Constitución**, pues la Sección Primera del Consejo de Estado vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, así como los principios de legalidad y favorabilidad.

3. Pretensiones

En el escrito de tutela se formularon las siguientes:

“PRIMERA: Que se declare que la Rama Judicial – Sección Primera del Consejo de Estado, mediante sentencia de segunda instancia de fecha 16 de mayo de 2019 proferida en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con número de radicación 08001-23-31-000-2006-02035-01, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia del señor RODRIGO DE JESÚS CANO ELORZA.

SEGUNDA: Que, en consecuencia, se tutelen los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia del señor RODRIGO DE JESÚS CANO ELORZA y se deje sin efectos la sentencia de segunda instancia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado de fecha 16 de mayo de 2019 proferida en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con número de radicación 08001-23-31-000-2006-02035-01.

TERCERA: Que se ordene estudiar nuevamente el proceso a la Sección Primera del Consejo de Estado y proferir fallo de fondo en sede de segunda instancia teniendo en cuenta la totalidad de lo actuado y el recaudo probatorio que obra en el expediente. En su defecto, que se estudie de fondo los argumentos de la apelación por esta vía constitucional”.

4. Pruebas relevantes

El accionante aportó con la acción de tutela copia de: i) la Orden de Suspensión de Obras N°. 003 de 2006, ii) la Resolución N°. 572-06, iii) la Resolución N°. 257 de 2005, por medio de la cual se concede una licencia de construcción y iv) la sentencia de 16 de mayo de 2019, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado N°. 08001-23-31-000-2006-02035-01.

5. Trámite procesal

El magistrado sustanciador de primera instancia, en escrito de 6 de diciembre de 2019 manifestó estar impedido para conocer el asunto, en virtud de la causal 6^o del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal.

La manifestación de impedimento fue remitida al siguiente magistrado en turno, quien en proveído de 22 de mayo de 2020, ordenó sortear un conjuer para conformar el *quórum* requerido para decidir el impedimento.

Posteriormente, en auto de 15 de julio de 2020 negó el impedimento, razón por la cual se devolvió el expediente al despacho del magistrado sustanciador, quien en providencia de 9 de diciembre de 2020 admitió la acción de tutela y ordenó notificar a las partes, con el fin de que allegaran un informe sobre los hechos y pretensiones de la acción de tutela.

⁶ 6. Que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso, o sea cónyuge o compañero o compañera permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, del funcionario que dictó la providencia a revisar.



6. Oposición

6.1. Respuesta del Consejo de Estado, Sección Primera

En escrito de 12 de enero de 2021, el magistrado ponente de la decisión objeto de tutela solicitó que se denieguen las pretensiones de la solicitud, pues no se evidencia vulneración del derecho fundamental al debido proceso, toda vez que las actuaciones se ajustaron a las normas procesales.

Afirmó que la solicitud de amparo no cumple con el requisito de la inmediatez, toda vez que la decisión atacada se dictó el 16 de mayo de 2019 mientras que la acción de tutela se radicó el 29 de noviembre de 2019, es decir, por fuera del término de los seis (6) meses que ha precisado la jurisprudencia.

Agregó que no se encuentran reunidos los requisitos para que el amparo constitucional proceda de manera transitoria, pues el demandante además de omitir los presupuestos generales para la procedencia de la tutela tampoco se refirió a estos en la demanda.

Resaltó que la decisión cuestionada se limitó a estudiar la naturaleza del acta de suspensión de obra para efectos de determinar si era o no susceptible de control ante la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que no analizó el fondo de asunto y, muchos menos, abordó las cuestiones que ahora se plantean por la parte actora en sede de tutela, esto es, las relacionadas con las razones que sustentaron la orden de suspensión de obra y si las mismas se ajustan al ordenamiento jurídico.

Indicó que en el caso bajo estudio el IDUC expidió una orden de suspensión y sellamiento de una obra que el ahora accionante desarrollaba en un terreno de su propiedad, con fundamento en el informe técnico rendido por el profesional universitario de dicha entidad, que llevó a cabo la diligencia de sellamiento y suspensión de la obra.

Relató que la actuación administrativa resolvió mediante Resolución N°. 572-06 de 2 de agosto de 2006, declarar contraventor urbanístico al señor Luis Alberto Cano Elorza, sancionarlo con multa de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes, *“ratificar en todas sus partes la Orden de Suspensión de Obra No. 0032 del 14 de junio de 2006”*, concediéndole un plazo de dos (2) meses al señor Cano Elorza para que se adecuará a las normas, obteniendo la licencia correspondiente. Dicha decisión fue confirmada en todas sus partes a través de la Resolución N°. 946 de 18 de diciembre de 2006.

Señaló que resulta evidente que la orden de sellamiento y suspensión de la obra N°. 003 de 2006 y que se cuestionó en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho fue una medida provisional cuyos efectos se mantuvieron hasta el momento en que se decidió de fondo la actuación administrativa mediante las Resoluciones N°. 572 de 2006 y 946 de diciembre del mismo año.

Afirmó que la Resolución N°. 572 de 2006 quedó en firme el 14 de junio de ese mismo año, decisión en la que de manera definitiva y al tenor de lo dispuesto en los artículos 67 de la Ley 9 de 1989 y 104 de la Ley 388 de 1998, se adoptó como medida definitiva la suspensión y sellamiento de la obra desarrollada por los actores.

Adujo que no le asiste razón al actor cuando argumenta que el acta de suspensión de obra N°. 003 de 2006 es un acto administrativo definitivo y, mucho menos, que era susceptible de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues si se acepta dicha consideración no solo desconocería la jurisprudencia de



esta Corporación sino también la estructura del proceso administrativo por infracción de normas urbanísticas y, además, habilitaría con ello la posibilidad de demandar dos actos por los mismos hechos, desconociendo así el principio de seguridad jurídica.

Finalmente, manifestó que al no haberse demandado los actos definitivos que pusieron fin a la actuación administrativa por la infracción urbanística, esto es, las Resoluciones Nos. 572 de 2006 y 946 de 18 de diciembre de 2006, no podía pronunciarse de fondo respecto de la legalidad del acto de trámite acusado y, en consecuencia, le correspondía declarar la inepta demanda por haberse demandado un acto no enjuiciable ante esta jurisdicción, sin que se hubiera desconocido garantía fundamental alguna.

6.2. Respuesta del Distrito de Barranquilla

En escrito de 17 de diciembre de 2020, el Secretario Jurídico Distrital de la entidad territorial pidió que se declare la improcedencia de la acción de tutela, y que se desvincule del trámite constitucional, toda vez que dicha entidad no vulneró los derechos fundamentales invocados por el accionante, además que no cumplió con la carga de probar los requisitos para la procedencia de la solicitud de amparo.

Afirmó que se requiere que medie un nexo causal entre la vulneración del derecho fundamental y la acción u omisión que supuestamente alega el demandante, sin embargo, dicha relación causal no se evidencia por parte del Distrito de Barranquilla.

Sostuvo que las autoridades judiciales accionadas que intervinieron en el proceso profirieron sus decisiones en cumplimiento de la Constitución y la ley, en el marco de la independencia judicial y autonomía de la que gozan, por ello el permitir la procedencia de la acción de tutela atentaría contra dichos principios.

Por último, adujo que la solicitud de amparo se interpuso como una tercera instancia, más aún cuando los argumentos que propone en el escrito de tutela corresponden a un asunto meramente legal que debieron proponerse en el proceso ordinario.

7. Sentencia de tutela impugnada

El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, en sentencia de 22 de febrero de 2021, declaró la improcedencia de la acción de tutela por utilizarse como una instancia adicional.

Afirmó que la tutela contra providencia judicial tiene un carácter excepcional, por ello, no le corresponde al juez del amparo revisar, ni evaluar la interpretación y el alcance dado por el juez natural del asunto a los preceptos aplicados al resolver la controversia. Agregó que este recurso judicial tampoco constituye una instancia adicional al proceso ordinario, ni es un escenario para refutar la valoración probatoria del juez de conocimiento o para que la parte desfavorecida por una decisión proponga “una mejor solución” al caso.

Con todo, indicó, como no se advierte que el fallo cuestionado sea caprichoso o arbitrario y los argumentos expuestos por el solicitante están encaminados a volver sobre la controversia decidida por el juez natural, la tutela es improcedente.

8. Escrito de impugnación

Dentro del término previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, el accionante impugnó la sentencia y pidió su revocatoria, con el fin de que se



estudiara de fondo el asunto a partir de los fundamentos y las pretensiones desarrollados en el escrito de tutela.

Sostuvo que en el escrito de tutela se presentaron de manera detallada y juiciosa los argumentos de derecho que fundamentan las razones por las que la sentencia objetada vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, sin embargo, los mismos no fueron analizados en la sentencia impugnada.

Afirmó que la única razón expuesta en el fallo de tutela para declarar la improcedencia de la acción consistió en afirmar el carácter subsidiario de la solicitud de amparo contra sentencias judiciales justificando en un párrafo que no se advirtieron caprichos o arbitrariedades en la sentencia contra la que se elevó la acción.

Indicó que no se analizaron los argumentos presentados en el escrito de tutela, lo que agrava la situación de vulneración de derechos fundamentales a la que se encuentra sometido el accionante, toda vez que de acuerdo a lo manifestado en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, la acción de tutela contra sentencias busca garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Finalmente, manifestó que en aras de la brevedad y la economía procesal, se remite a los argumentos expuestos en el escrito de tutela para impugnar la sentencia de primera instancia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política, 29 del Decreto 2591 de 1991 y 25 del Reglamento Interno (Acuerdo 080 de 2019), la Sección Cuarta del Consejo de Estado es competente para decidir la presente impugnación.

2. Verificación del requisito de la relevancia constitucional y planteamiento del problema jurídico

2.1. De manera previa, a diferencia de la conclusión a la que arribó el *a quo*, la Sala evidencia que la acción de tutela cumple con el requisito de la relevancia constitucional, en tanto el escrito ofrece una carga mínima argumentativa que permite identificar que la inconformidad del demandante con la sentencia de 16 de mayo de 2019, radica en que la Sección Primera del Consejo de Estado revocó el fallo favorable de primera instancia y declaró la excepción de inepta demanda porque, a su juicio, el acto administrativo demandado no es un acto definitivo, razón por la cual no es susceptible de control ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En tal virtud, para el demandante esa decisión desconoció los artículos 1, 2, 3, 105 y 133 de la Ley 388 de 1997 y el artículo 67 de la Ley 9 de 1989, en tanto la Orden de Suspensión de Obras N°. 003 de 2006 era un acto administrativo demandable ante la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que se debió garantizar el análisis de fondo de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada contra esa decisión proferida por el Distrito de Barranquilla.

Así las cosas, para la Sala la acción de tutela cumple con el presupuesto de la relevancia constitucional, en tanto cuenta con una carga mínima argumentativa e



identifica de manera clara la discusión superior que se pretende proponer ante el juez constitucional, es decir, no se trata de un debate de mera legalidad o en la que se pretenda dar continuidad al debate ordinario que, valga indicar, en primera instancia contó con decisión favorable para el accionante.

También se encuentran cumplidos los restantes requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, en tanto la decisión censurada se dictó en el marco del recurso de apelación y los cargos alegados no se encuadran en las causales del recurso extraordinario de revisión, por lo que la accionante no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, se instauró dentro de los seis (6) meses⁷ establecidos como plazo razonable precisado por esta Corporación y la Corte Constitucional⁸, los hechos y las pretensiones fueron desarrollados de manera clara y la solicitud no es contra un fallo de la misma naturaleza.

2.2. En esas condiciones, le corresponde a la Sala determinar si la sentencia emanada de la Sección Primera del Consejo de Estado el 16 de mayo de 2019, incurrió en los defectos sustantivo, fáctico y violación directa de la Constitución, al desconocer los artículos 1, 2, 3, 105 y 133 de la Ley 388 de 1997 y el artículo 67 de la Ley 9 de 1989, y al dejar de valorar la Orden de Suspensión de Obras N°. 003 de 2006 que, para el actor, era un acto administrativo susceptible de impugnación ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Como quiera que el demandante considera que la decisión objeto de reproche constitucional incurre en defecto sustantivo, fáctico y violación directa de la Constitución, por la falta de aplicación del precitado marco normativo, la no valoración de la Orden de Suspensión de Obras N°. 003 de 2006, lo que comprometió los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, así como los principios de legalidad y favorabilidad, con fines metodológicos el análisis se realizará de manera conjunta.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

El artículo 86 de la Constitución Política señala que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, “*cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*”, mandato que materializa las obligaciones internacionales contenidas en los artículos 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹ y 2.3 literal a) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos¹⁰, instrumentos que hacen parte de la legislación interna en virtud del bloque de constitucionalidad (art. 93 de la Carta).

Esta Corporación judicial en la sentencia de unificación emanada de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 31 de julio de 2012¹¹, acogió la tesis de admitir la procedencia excepcionalísima de la solicitud de tutela contra providencias judiciales, cuando se advierta una manifiesta vulneración *iusfundamental*.

Más adelante, la misma Sala en sentencia de unificación del 5 de agosto de

⁷ La providencia atacada se profirió el 16 de mayo de 2019, la cual se notificó mediante edicto desfijado el 31 de mayo de 2019, mientras que la solicitud de amparo se radicó el 29 de diciembre de 2019, es decir, dentro de los seis (6) meses.

⁸ Expediente: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A. Demandado: Consejo de Estado, Sección Primera. C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez y sentencia T-619 de 2019, Corte Constitucional, M.P.: Antonio José Lizarazo Ocampo.

⁹ Aprobada por medio de la Ley 16 de 1972.

¹⁰ Aprobado por medio de la Ley 74 de 1968.

¹¹ Expediente N° 2009-01328-01, C. P. María Elizabeth García González.



2014¹², precisó el ámbito de aplicación de la acción de tutela contra providencias judiciales, lo que llevó a concluir que su procedencia se debe predicar, también, respecto “*de sus máximos tribunales*”, en tanto se trata de *autoridades públicas* que “*pueden eventualmente vulnerar los derechos fundamentales de personas*”. En la misma decisión, el Consejo de Estado acogió las condiciones de aplicación que sistematizó la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005¹³.

Los requisitos generales de procedencia que deben ser verificados, son: **(i)** Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; **(ii)** Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada; **(iii)** Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración (...); **(iv)** Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora (...); **(v)** Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible (...) y **(vi)** Que no se trate de sentencias de tutela.

Ahora bien, los requisitos específicos de procedencia que ha precisado la jurisprudencia constitucional en la misma sentencia C-590 de 2005, son los siguientes: **(i)** Defecto orgánico¹⁴; **(ii)** Defecto procedimental absoluto¹⁵; **(iii)** Defecto fáctico¹⁶; **(iv)** Defecto material o sustantivo¹⁷; **(v)** Error inducido¹⁸; **(vi)** Decisión sin motivación¹⁹; **(vii)** Desconocimiento del precedente²⁰ y **(viii)** Violación directa de la Constitución.

Al juez de tutela le corresponde verificar el cumplimiento estricto de todos los requisitos generales de procedencia, de tal modo que una vez superado ese examen formal pueda constatar si se configura, por lo menos, uno de los defectos arriba mencionados, siempre y cuando, en principio, hayan sido alegados por el interesado. Estos presupuestos han sido acogidos en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo²¹ y de la Corte Constitucional²².

En definitiva, la acción de tutela contra providencias judiciales, como mecanismo excepcional, se justifica en el carácter prevalente que se debe dar a la cosa

¹² Expediente N° 2012-02201-01, C. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

¹³ M. P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁴ Se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

¹⁵ Que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

¹⁶ Que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

¹⁷ Como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

¹⁸ Que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

¹⁹ Que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

²⁰ Se presenta cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

²¹ Cfr., Sentencia del 7 de diciembre de 2016, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto (exp. 2016 00134-01), Sentencia del 7 de diciembre de 2016, C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio (exp. N° 2016-02213-01), Sentencia del 24 de noviembre de 2016, C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (exp. N° 2016-02568-01, Sentencia del 27 de noviembre de 2016, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés, entre otras.

²² Cfr., Sentencias SU-556 de 2016, M. P. María Victoria Calle Correa, SU-542 de 2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, SU-490 de 2016, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SU-659 de 2015, M. P. Alberto Rojas Ríos y SU-874 de 2014, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez, entre otras.

juzgada y a los principios constitucionales de autonomía e independencia del juez natural, atributos que debe tener en consideración el juez constitucional al momento de estudiar la constitucionalidad de cualquier fallo.

4. Estudio y solución del caso concreto

4.1. El Consejo de Estado, Sección Primera, como juez de tutela de primera instancia, declaró la improcedencia de la acción de tutela, bajo el argumento de que la solicitud se presentó como una instancia adicional.

En el escrito de impugnación, el accionante pidió que se revocara la decisión y que se analizara de fondo el asunto, para lo cual insistió en los argumentos expuestos en el escrito de tutela, es decir, que la autoridad judicial accionada incurrió en los defectos sustantivo, fáctico y violación directa de la Constitución, al desconocer los artículos 1, 2, 3, 105 y 133 de la Ley 388 de 1997 y el artículo 67 de la Ley 9 de 1989, que evidenciaban que la Orden de Suspensión de Obras N°. 003 de 2006 era un acto administrativo enjuiciable ante la jurisdicción contenciosa administrativa, el cual tampoco fue valorado por la autoridad judicial accionada.

4.2. El defecto sustantivo se materializa cuando la decisión que adopta el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconoce, lo cual, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional puede darse en los siguientes casos:

“(i) Cuando existe carencia absoluta de fundamento jurídico. En este caso la decisión se sustenta en una norma inexistente, derogada, o que ha sido declarada inconstitucional. (ii) La decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable por no ser pertinente. A pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, su aplicación no resulta adecuada a la situación fáctica objeto de estudio como, por ejemplo, cuando se le reconocen efectos distintos a los señalados por el legislador (iv) Cuando se aplica una norma cuya interpretación desconoce una sentencia con efectos erga omnes. En esta hipótesis se aplica una norma cuyo sentido contraría la ratio decidendi de una sentencia que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico. (v) La disposición aplicada se muestra injustificadamente regresiva o claramente contraria a la Constitución. (vi) Cuando un poder concedido al juez se utiliza para un fin no previsto en la disposición. (vii) La decisión se funda en una interpretación no sistemática del derecho, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso. (viii) El servidor judicial da una insuficiente sustentación o justificación de una actuación que afecta derechos fundamentales. (ix) Se desconoce el precedente judicial sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación. (x) Cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución. Se trata de la aplicación de normas abiertamente inconstitucionales, evento en el cual si bien el contenido normativo no ha sido declarado inexecutable, este es contrario a la constitución, o al ser aplicada al caso concreto vulnera derechos fundamentales, razón por lo que debe ser igualmente inaplicada. (xi) Cuando la providencia incurre en incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión. Esta situación se configura cuando la resolución del juez no corresponde con las motivaciones expuestas en la providencia”²³.

Además de las anteriores circunstancias, se ha señalado que una autoridad judicial puede incurrir en un defecto sustantivo por interpretación irrazonable en, al menos, dos hipótesis: **“(i) cuando le otorga a la disposición jurídica un sentido y alcance que esta no tiene (contraevidente –interpretación contra legem–), o de manera injustificada para los intereses legítimos de una de las partes;** y **(ii) cuando le confiere a la disposición infraconstitucional una interpretación que en principio resulta formalmente posible a partir de las varias opciones que ofrece, pero que en realidad contraviene postulados de rango constitucional o conduce a resultados desproporcionados, sacando la decisión del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable”²⁴** (Negrillas y subrayas de la Sala)..

²³ Corte Constitucional, sentencia SU-574 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

²⁴ *Ibíd.*

4.3. Descendiendo al *sub examine*, la Sala evidencia que la Sección Primera del Consejo de Estado, en el marco del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho revocó la decisión favorable de primera instancia para declarar probada la excepción de inepta demanda, con sustento en lo siguiente:

“(...) se tiene que el Instituto Distrital de Urbanismo y Control de Barranquilla profirió una orden de suspensión y sellamiento de una obra que los actores venían desarrollando en un terreno de su propiedad, de conformidad con lo establecido en los artículos 103 al 109 de la Ley 388 de 1997.

Con fundamento en el informe técnico rendido por el profesional universitario del IDUC, que llevó a cabo la diligencia de sellamiento y suspensión de la obra, se procedió a abrir investigación en contra del señor Luis Alberto Cano Elorza, a través del expediente 878-2006, la cual fue debidamente notificada al actor, quien procedió a rendir los descargos de ley²⁵ y dentro de la cual se profirieron una serie de decisiones como la cuestionada en el subjudice.

*La anterior actuación concluyó mediante Resolución 572 -06 del 2 de agosto de 2006, el Gerente del Instituto Distrital de Urbanismo y Control – IDUC – resolvió declarar contraventor urbanístico al señor Luis Alberto Cano Elorza, sancionarlo con multa de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes, “**ratificar en todas sus partes la Orden de Suspensión de Obra No. 0032 del 14 de junio de 2006**” y concederle un plazo de dos meses al señor Cano Elorza para que se adecue a las normas, obteniendo la licencia correspondiente. Dicha decisión fue confirmada en todas sus partes, a través de la Resolución 946 de 18 de diciembre de 2006.*

De lo expuesto, la Sala pone de presente que en el caso concreto, luego de la orden de sellamiento y suspensión de la obra realizada por los actores, continuó el proceso o actuación administrativa por la infracción urbanística, la cual concluyó en la Resolución 572 de 2006, posteriormente confirmada por la Resolución 946 de diciembre del mismo año. Por tanto, son estos actos definitivos que pusieron fin a la actuación los que debieron demandarse puesto que la decisión objeto de acusación en el presente caso solamente fue un trámite dentro el proceso seguido contra los actores por el supuesto desconocimiento a las normas urbanísticas establecidas en la Ley 388 de 1997.

Tal como se reseñó en párrafos precedentes a través de la Resolución 572 de 2006 quedó en firme la decisión adoptada el 14 de junio del mismo año respecto a la suspensión de sellamiento de la obra desarrollada por los actores conforme a lo establecido en los artículos 103 a 109 de la Ley 388 de 1997.

*En efecto, el artículo 103 de la Ley 388 de 1997, preceptúa que “en los casos de actuaciones urbanísticas, respecto de las cuales no se acredite la existencia de la licencia correspondiente o que no se ajuste a ella, el alcalde o su delegado, de oficio o a petición de parte, **dispondrá la medida policiva de suspensión inmediata de todas las obras respectivas, hasta cuando se acredite plenamente que han cesado las causas que hubieren dado lugar a la medida [...]**”.*

*De igual forma, el artículo 105 íbidem señala que “en los casos previstos en el numeral 4 del artículo 104²⁶ de la presente ley, en el mismo acto que impone la sanción se ordenará la suspensión de los servicios públicos domiciliarios y **se ratificará la medida policiva de suspensión y sellamiento de las obras**. El infractor dispondrá de sesenta (60) días para adecuar las obras a la licencia correspondiente o para tramitar su renovación, según sea del caso. Si vencido este plazo no se hubiere tramitado la licencia*

²⁵ Según consta en los antecedentes de la Resolución 572 de 2006, obrante a folios 20 al 31 del cuaderno 5.

²⁶ “**ARTICULO 104. SANCIONES URBANISTICAS.** El artículo 66 de la Ley 9ª de 1989, quedará así:

“Las infracciones urbanísticas darán lugar a la aplicación de las sanciones que a continuación se determinan, por parte de los alcaldes municipales y distritales y el gobernador del departamento especial de San Andrés y Providencia, quienes las graduarán de acuerdo con la gravedad de la infracción y la reiteración o reincidencia en la falta, si tales conductas se presentaren: [...]

4o. Multas sucesivas entre treinta (30) y doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales, para quienes ocupen en forma permanente los parques públicos, zonas verdes y demás bienes de uso público, o los encierren sin la debida autorización de las autoridades municipales o distritales, además de la demolición del cerramiento y la suspensión de servicios públicos, de conformidad con lo señalado por la Ley 142 de 1994. Esta autorización podrá darse únicamente para los parques y zonas verdes por razones de seguridad, siempre y cuando la transparencia del cerramiento sea de un 90% como mínimo, de suerte que se garantice a la ciudadanía el disfrute visual del parque o zona verde.

En la misma sanción incurrirán quienes realicen intervenciones en áreas que formen parte del espacio público, sin la debida licencia o contraviéndola, sin perjuicio de la obligación de restitución de elementos que más adelante se señala”.



o adecuado las obras a la misma, se procederá a ordenar, a costa del interesado, la demolición de las obras ejecutadas según la licencia caducada o en contravención a la misma, y a la imposición de las multas sucesivas, en la cuantía que corresponda, teniendo en cuenta la gravedad de la conducta infractora, además de la ratificación de la suspensión de los servicios públicos domiciliarios”.

Así las cosas al no haberse demandado los actos de carácter definitivos que pusieron fin a la actuación administrativa por la infracción urbanística, la Sala no puede pronunciarse de fondo respecto a la legalidad del acto de trámite acusado y, en consecuencia, deberá declarar la inepta demanda por haberse demandado un acto no enjuiciable ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Respecto a la excepción de inepta demanda en los casos en los que se demandan actos de trámite y no definitivos, esta Sección se ha pronunciado en los siguientes términos:

“Los demás proveídos son de forma más notoria actos de trámite mediante los cuales se le dio impulso a la actuación administrativa ordenada en el primero ya comentado, como quiera que con ellos se buscó recabar pruebas e información sobre los asuntos objeto del control fiscal. El último de ellos no es sino la reiteración del primero en lo concerniente a las implicaciones del ejercicio del control fiscal excepcional a cargo de la Contraloría General de la República, sobre la competencia para ejercer ese control en el caso concreto que ha sido objeto del mismo, que de suyo desplaza al organismo de control fiscal territorial respectivo. Así las cosas, la Sala coincide con la entidad demandada y la apreciación del Ministerio Público, en el sentido de que los actos demandados no contienen una manifestación de voluntad de la Administración que tenga la aptitud de producir efectos jurídicos definitivos o de fondo sobre el asunto de que tratan, en la medida en que solo corresponden a diligencias de trámite para el desarrollo de una actuación administrativa de control fiscal, por lo cual encuentra probada la excepción de inepta demanda por improcedencia de la acción, dada la inexistencia de objeto susceptible de su control mediante la acción incoada, y se habrá de inhibir de proferir decisión de fondo sobre la demanda, como en efecto lo hará [...]”.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 26 de noviembre de 2008 y, en su lugar, se declarará probada la excepción de inepta demanda por haberse demandado un acto de trámite, no enjuiciable ante la jurisdicción”.

De lo antes transcrito, se observa que la autoridad judicial accionada a partir del estudio de los artículos 103 a 109 de la Ley 388 de 1997, en conjunto con el precedente de la misma Sección Primera del Consejo de Estado, concluyó que el acto administrativo demandado, es decir, la Orden de Suspensión de Obra N°. 003 de 14 de junio de 2006, no era susceptible de control ante la jurisdicción contencioso administrativa, por tratarse de un acto de trámite, impugnabilidad que solo recaía en las Resoluciones N°. 572 de 2 de agosto de 2006 y 946 de 18 de diciembre de 2006, las cuales impusieron sanción al actor y ratificaron la orden de suspensión de la obra que se estaba ejecutando.

En efecto, en la sentencia objeto de tutela, al hacer referencia a la orden de suspensión y su naturaleza, se indicó que el artículo 103 de la Ley 388 de 1997, durante su vigencia, preceptuó que *“en los casos de actuaciones urbanísticas, respecto de las cuales no se acredite la existencia de la licencia correspondiente o que no se ajuste a ella, el alcalde o su delegado, de oficio o a petición de parte, dispondrá la medida policiva de suspensión inmediata de todas las obras respectivas, hasta cuando se acredite plenamente que han cesado las causas que hubieren dado lugar a la medida”.* Esto, con el fin de evidenciar que el acto administrativo de suspensión no era susceptible de control.

Para la Sala, en la misma línea argumentativa expuesta por la autoridad judicial demandada, es razonable concluir que la Orden de Suspensión de Obra N°. 003 de 14 de junio de 2006 no era un acto administrativo que creara, modificara o extinguiera una situación jurídica al accionante, toda vez que la finalidad de dicho acto corresponde a una medida provisional que se profiere en el trámite de una actuación administrativa. De hecho, el mencionado acto administrativo lo que hizo



fue ordenar la suspensión de la obra, más no revocó o anuló la licencia otorgada ni impuso alguna sanción al ahora accionante.

Adicionalmente, se observa que las Resoluciones N°. 572 de 2 de agosto de 2006 y 946 de 18 de diciembre de 2006, por medio de la cual se declaró contraventor de las normas urbanísticas al demandante, impuso sanción de 100 SMLMV y le ordenó ajustarse a las mencionadas normas, sí definieron la situación jurídica del señor Rodrigo de Jesús Cano Elorza, al declararlo contraventor e imponerle una sanción, lo que no ocurrió con la medida provisional de suspensión de la obra, pese a que en dichas resoluciones ratificaron la mencionada suspensión.

Por otra parte, se debe aclarar que la consecuencia de que se declarara probada la excepción de inepta demanda por demandar la nulidad de un acto que no era susceptible de control ante la jurisdicción, es que la autoridad judicial accionada limitó el estudio de las normas y de las pruebas frente a dicha situación, lo que comprende la valoración de la Orden de Suspensión de Obra N°. 003 de 2006, análisis que permitió concluir que se trataba de un acto de trámite no enjuiciable ante la jurisdicción, decisión razonable que no compromete los contenidos de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, ni los principios de legalidad y favorabilidad.

Aunado a lo anterior, se constató que el accionante en el escrito de tutela hizo alusión al artículo 67 de la Ley 9 de 1989, en el que establece que los actos de policía son susceptibles de control ante la jurisdicción, sin embargo, se debe precisar que dicha norma se circunscribe a los actos administrativos expedidos por el alcalde o autoridades de policía de San Andrés y Providencia de conformidad con el artículo 66 de la misma normativa, a quienes el legislador le otorgó facultades para expedir y realizar actos tendientes a la preservación del orden, la tranquilidad, la seguridad, la salubridad y las condiciones económicas de convivencia social, en ejercicio de funciones administrativas, lo cual no fue motivo de debate en el proceso ordinario.

Por las razones expuestas, la Sala revocará la decisión impugnada que declaró improcedente la acción de tutela y, en su lugar, se negarán las pretensiones de la solicitud, al considerar que no se demostró la configuración de los defectos sustantivo, fáctico y violación directa de la Constitución.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVÓCASE la sentencia de 22 de febrero de 2021, proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”. En su lugar,

Segundo.- NIÉGANSE las pretensiones de la acción de tutela promovida por el señor Rodrigo de Jesús Cano Elorza contra la Sección Primera del Consejo de Estado, por las razones expuestas.

Tercero.- NOTIFÍQUESE esta decisión por el medio más eficaz y expedito posible, como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Cuarto.- PUBLÍQUESE esta providencia en la página web del Consejo de Estado.



Radicado: 11001-03-15-000-2019-05036-01
Demandante: Rodrigo de Jesús Cano Elorza

Quinto.- REMÍTASE el expediente de tutela a la Corte Constitucional para que surta el trámite de eventual revisión previsto en el artículo 86 de la Constitución Política.

Notifíquese y cúmplase.

Esta sentencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.

(Firmado electrónicamente)
MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente de la Sección

(Firmado electrónicamente)
STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Consejera

(Firmado electrónicamente)
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO
Consejera

(Firmado electrónicamente)
JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Consejero