

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Ampara / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / DECLARATORIA DE NULIDAD DE LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / DEFECTO FÁCTICO - Inadecuada valoración probatoria / DECISIÓN SIN MOTIVACIÓN - Configuración / VULNERACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO

La [parte actora] (...) en el (...) escrito de tutela afirmó que el Tribunal “no tuvo en cuenta en el momento de decidir, los argumentos de defensa esgrimidos en diferentes momentos procesales, como tampoco tuvo en cuenta el material probatorio que aportó la firma constructora que evidencia que si es posible la existencia de edificaciones superiores a 10 pisos y más de 300 unidades de vivienda en un área inferior a una hectárea. Por lo tanto, el tribunal no solo está vulnerando el derecho a la igualdad, sino que además motivó falsamente su decisión (...)”. Al revisar la sentencia objeto de tutela, la Sala advierte que como la sentencia de primera instancia negó la nulidad del acto demandado, la constructora hoy accionante no apeló, el único que apeló fue el municipio de Piedecuesta. Sin embargo, la constructora presentó alegatos de conclusión de segunda instancia, precisando que para la misma fecha en la que fue concedida la licencia de construcción -acto demandado-, el municipio de Piedecuesta había otorgado licencias de urbanismo en el mismo sector para construir edificios con una altura de 10 pisos o más y con una densidad mayor o igual a la concedida en el acto demandado. De lo anterior allegó pruebas documentales y fotográficas, pruebas que aportó con la contestación de la demanda y durante la etapa probatoria dentro del proceso ordinario. (...) Sin embargo, el Tribunal no se pronunció al respecto y, por el contrario, solo refirió en los antecedentes de su decisión que la constructora había indicado como alegato que “la nulidad de la resolución demandada ocasionaría un perjuicio a 1280 familias, las cuales se encuentran actualmente materializando la posibilidad de tener vivienda de interés social de calidad, con la facilidad contar con subsidios de vivienda que son otorgados por el gobierno nacional, a lo que se añade el grave perjuicio económico que representaría para el titular de la licencia dicha declaratoria, al haberse consolidado dicho proyecto hace 5 años. Asimismo, expone que se acató la normatividad vigente para el otorgamiento de la licencia demandada”. (...) Lo anterior deja en evidencia que el Tribunal no se pronunció sobre lo expuesto por la constructora en los alegatos, ni respecto de las pruebas que esta aportó y refirió en escrito de tutela, y que fueron aportadas oportunamente al proceso. (...) Así, la Sala considera que en este caso se configuraron los defectos: i) fáctico, porque el Tribunal no valoró en su integridad el material probatorio y ii) decisión sin motivación, por motivación incompleta o deficiente, al omitir el Tribunal la realización de un análisis sobre los argumentos que expuso la constructora que, si bien no apeló la decisión porque le era favorable, sí presentó alegatos de conclusión en los que expuso los hechos y pruebas ya mencionados.

ACCIÓN DE LESIVIDAD - Procedencia / DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO - Configuración / INDEBIDA VALORACIÓN DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD SIMPLE - Al no ser la vía procesal adecuada

En relación con el defecto procedimental absoluto, la constructora sostuvo que la acción se tramitó por una vía procesal que no correspondía, pues no se tuvo en cuenta por parte del Tribunal que con ocasión de la nulidad se generaba un restablecimiento automático. Para la Sala en realidad no hubo un restablecimiento automático. Lo que ocurrió fue que con la decisión se afectaron derechos del particular y de terceros, a quienes debieron llamar al proceso. No obstante, la autoridad judicial fue quien, mediante auto del 29 de noviembre de 2016, ordenó al

municipio de Piedecuesta adecuar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho al de nulidad simple. (...) [Ahora bien, según observa la Sala,] la acción de lesividad procede cuando las autoridades administrativas expiden un acto administrativo que les resulta perjudicial, en razón a que contraviene el orden jurídico superior, y sin embargo, no pueden revocarlo directamente debido a que no reúne los requisitos para hacer cesar sus efectos mediante el mecanismo de la revocatoria directa, ya porque no se da alguna de las condiciones previstas en la norma, o porque no se puede obtener el consentimiento del particular. Así, el artículo 93 del CPACA habilita a las diferentes autoridades administrativas para que comparezcan en los procesos contenciosos administrativos como demandantes de sus propios actos por infringir las causales genéricas del artículo 137 del CPACA. (...) Para el caso, según las pretensiones de la demanda ordinaria, el municipio de Piedecuesta solicitó como restablecimiento del derecho “se ordene que DEJE DE SURTIR EFECTOS LA RESOLUCIÓN de la licencia de urbanismo de [construcción] y se ordene restablecer el orden jurídico vulnerado con la expedición de los actos administrativos señalados, a favor de la comunidad del Municipio de Piedecuesta.”. Esta pretensión, a luz de lo previsto en el artículo 99 de la Ley 388 de 1997, implicaba que una vez declarada la nulidad del acto que autorizó la construcción, este tendría que dejar de producir efectos jurídicos. Entonces, si la licencia urbanística le otorgó a la constructora la adquisición de derechos de desarrollo y construcción en los términos y condiciones contenidos en el acto administrativo respectivo, ello supone que la constructora, a partir de la anulación del acto no tendría ese derecho, y por tanto no tendría autorización para construir. (...) En ese sentido, era necesario que el Tribunal, en virtud de la Ley 388 de 1997, se pronunciara sobre los efectos de la anulación del acto, así como de la pretensión de restablecimiento del derecho presentada en la demanda, y no haberlo hecho, constituye una omisión que viola el debido proceso de las partes. De lo expuesto, para la Sala la vía procesal adecuada no era la de nulidad sino la de nulidad y restablecimiento del derecho, de ahí que se configure un defecto procedimental absoluto, y además se advierte que fue la misma autoridad judicial la que ordenó adecuar el medio de control. Ante las falencias sustanciales expuestas, la Sala [amparará] a favor de la accionante el derecho fundamental al debido proceso. **NOTA DE RELATORÍA:** Con salvamento de voto del doctor Ramiro Pazos Guerrero, sin medio magnético a la fecha.

FUENTE FORMAL: LEY 388 DE 1997 - ARTÍCULO 99 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 93 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 137

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá, D.C., primero (1º) de abril de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-04536-01(AC)

Actor: ALFREDO AMAYA H. CÍA. S.A.S.

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

Procede la Sala a decidir las impugnaciones interpuestas contra la sentencia del 20 de noviembre de 2019 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

La Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado es la competente para conocer del asunto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, Decretos 2591 de 1991, 1382 de 2000, 1069 de 2015 y 1983 de 2017 y, Acuerdo 377 de 2018 de esta Corporación, puesto que la impugnación se dirige contra una sentencia proferida por otra Sección de esta Corporación.

I. ANTECEDENTES

A.- Solicitud de amparo

1.- El 17 de octubre de 2019 la constructora Alfredo Amaya H. CIA. S.A.S., a través de apoderado, presentó solicitud de amparo para la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad en aplicación “del principio de neutralidad en materia urbana”, vulnerados, en su concepto, por la sentencia del 19 de septiembre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que revocó la decisión emitida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Bucaramanga y, en su lugar, declaró la nulidad de la Resolución P992 del 18 de diciembre de 2015 que concedió licencia urbanística para la construcción de viviendas de interés social mediante el proyecto denominado Conjunto Cerro de la Cantera.

2.- Como pretensiones formuló las siguientes:

*<<Primera: Sírvanse Honorables Magistrados, ordenar el amparo y protección inmediato **del derecho fundamental al debido proceso por falsa motivación y a la igualdad**; por cuanto en la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander proceso radicado No. 2016-00137-01, el operador jurídico impuso un trato distinto e injustificado al accionante en calidad de titular de la licencia de construcción; impidiéndole gozar del mismo tratamiento normativo que comparten predios aledaños, vulnerando de esta manera la garantía fundamental a la igualdad y argumentó que dicha edificación viola normas urbanísticas cuando sus colindantes han construido edificaciones con alturas mayores y les fueron otorgadas licencias urbanísticas al igual que al accionante.*

La forma de hacer efectiva esta protección honorables magistrados del Consejo de Estado es la siguiente:

a) Revocar el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Santander el 19 de septiembre de 2019, dentro de la acción de nulidad simple tramitada bajo el expediente No. 2016-00137-01 y en su lugar se confirme la sentencia emitida en primera instancia>>.

B.- Hechos

3.- La accionante basó su solicitud de amparo en las siguientes afirmaciones:

3.1- El jefe de la Oficina de Planeación del municipio de Piedecuesta – Santander, mediante Resolución No. P992 del 18 de diciembre de 2015 concedió a la sociedad Alfredo Amaya H. CIA. S.A.S., licencia urbanística de construcción, en la modalidad de obra nueva VIS, para desarrollar la cuarta etapa del proyecto de vivienda de interés social Cerro de la Cantera ubicado dentro de la unidad inmobiliaria Ciudadela Valle de Barro Blanco. La licencia contaba con una vigencia de 24 meses contados a partir del 30 de diciembre de 2015, es decir, hasta el 29 de diciembre de 2017.

3.2.- Dentro de la licencia urbanística No. P992, el 18 de diciembre de 2015 la Oficina Asesora de Planeación aprobó a la accionante la construcción de dos (2) torres, cada una de 10 pisos, con 8.311,28 m² y un total de 320 apartamentos.

3.3- El municipio de Piedecuesta presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho –acción de lesividad- contra la Oficina de Planeación del municipio y la sociedad Alfredo Amaya H. CIA. S.A.S para que se declarara la nulidad de la Resolución No. P992 del 18 de diciembre de 2015 y, en consecuencia, se ordenara dejar sin efectos la licencia urbanística de construcción, para “*restablecer el ordenamiento jurídico vulnerado con la expedición del acto señalado*”. Como fundamento de la demanda, el municipio señaló la vulneración del artículo 184 del Plan Básico de Ordenamiento Territorial (en adelante PBOT) de Piedecuesta, pues consideró que la licencia de construcción expedida a la firma Alfredo Amaya H. CIA. S.A.S. excedía la densidad permitida en el PBOT, pues dicha norma solo permitía autorizar la construcción de 72 unidades de vivienda y se aprobaron 320.

3.4.- El Tribunal Administrativo de Santander remitió la demanda al Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Bucaramanga y ordenó adecuar el proceso al medio de control de nulidad simple.

3.5- El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Bucaramanga conoció de la demanda en primera instancia, y mediante sentencia del 17 de mayo de 2018 negó las pretensiones con fundamento en que el PBOT no podía limitar el desarrollo de programas de vivienda de interés social, pues así quedó definido en el artículo 15 de la Ley 388 de 1997, modificada por el artículo primero de la Ley 902 de 2004.

3.6.- El Tribunal Administrativo de Santander revocó la decisión anterior y, en consecuencia, declaró nula la Resolución P992 del 18 de diciembre de 2015 toda vez que consideró que si bien el artículo 76 del Acuerdo Municipal 028 de 2003 del PBOT autorizó la concertación para construir más de cinco pisos de altura, lo cierto es que dicho artículo no facultaba el cambio de densidad máximo establecido en la norma municipal, que era de 120 a 180 unidades de vivienda por

hectárea, y que por el contrario, en la concertación se autorizó construir un número mayor al permitido, esto es, 320 viviendas.

3.7.- No obstante lo anterior, durante el proceso la constructora acreditó que sí era posible construir edificaciones superiores a 10 pisos de altura con más de 330 unidades de vivienda en áreas inferiores a una hectárea, y que en otros proyectos la autoridad municipal autorizó y permitió levantar este tipo de construcciones.

3.8.- Aseguró que el predio sobre el cual se aprobó la licencia urbanística de construcción, modalidad obra nueva para el proyecto de vivienda de interés social denominado conjunto Cerro de la Cantera, se encuentra localizado en la zona denominada Barro Blanco ubicado al costado sur del municipio de Piedecuesta – Santander-, zona cuyo desarrollo obedece al plan parcial dispuesto en el Decreto 063 de 2006, terreno en el que existen varios conjuntos residenciales cuyas unidades superan los 11 pisos y tienen más de 180 unidades en menos de una hectárea.

Esta información fue puesta en conocimiento de la autoridad judicial durante el trámite del proceso ordinario. Allí se demostró, por ejemplo, que:

3.8.1.- Para la misma zona y época, al conjunto Villa Marcela II se le otorgó licencia de construcción –Resolución No. 0164 de 2013- para construir 612 unidades de vivienda en un área de 3.526,20 m².

3.8.2.- Lo mismo ocurrió en el Conjunto Villa Paraíso, ubicado también dentro del plan parcial de Barro Blanco, donde se autorizó la construcción de tres (3) torres de 12 pisos con un área neta de 8.903,92 m², para construir 432 unidades de vivienda, como quedó consignado en la Resolución 860 de 2015, conjunto que ya había sido construido.

3.8.3.- De igual manera, se informó sobre la concesión de licencia para el Conjunto Matecaña, en donde mediante la Resolución No. 381 de 2015 se autorizó la construcción de dos (2) torres de diez (10) pisos, con un área neta de 4.194m² para construir 320 unidades de vivienda.

3.8.4.- Lo mismo ocurrió en el Conjunto Trapiche, al que se le otorgó licencia de construcción mediante la Resolución 381 de 2015 para construir dos (2) torres de diez (10) pisos en un área neta de 4.194 m² para construir 320 unidades de vivienda.

3.8.5.- En igual forma, mediante la Resolución 991 de 2015 se otorgó licencia para la construcción del Conjunto Modelia, que también constaba de dos (2) torres, 320 unidades de vivienda, en un área de 4.1194m², y cuyas edificaciones ya estaban terminadas.

3.9.- Esto demostraba que en los predios que conformaban el plan parcial diseñado en el Decreto 063 de 2006 para el sector Barro Blanco sí era posible la construcción de más de 180 viviendas por hectárea. Por lo tanto, el modelo

arquitectónico no dependía únicamente del componente densidad, sino que estaba soportado en las normas complementarias de ocupación y construcción, y específicamente en concertaciones que se hicieron sobre altura en suelo de tratamiento de desarrollo urbano –art. 184 del POT-. Así las cosas, no resultaba lógico, como lo dispuso el Tribunal, que aumentar la altura de una edificación conllevara construir el mismo número de viviendas.

C.- Fundamentos de la vulneración

4.- Como fundamentos de la solicitud de amparo, la constructora accionante sostuvo que el Tribunal no tuvo en cuenta los argumentos de defensa esgrimidos en diferentes momentos procesales, ni el material probatorio que aportó, documentos que mostraban que sí era posible la construcción de edificaciones superiores a 10 pisos con más de 300 unidades de vivienda en un área inferior a una hectárea. El mismo municipio de Piedecuesta allegó al proceso una certificación que demostraba que había otorgado licencias de construcción a diez (10) proyectos en esa zona para construir edificios cuya altura superaba los 10 pisos y tenían más de 180 unidades de vivienda.

4.1.- Sin embargo, el Tribunal no se pronunció al respecto, vulnerando así el derecho a la igualdad de la constructora. Además, sostuvo que la decisión estuvo falsamente motivada.

4.2.- Afirmó que el Tribunal incurrió en una violación directa de la Constitución Política, puesto que anuló el acto que concedió la licencia de construcción sin aplicar el principio de neutralidad consagrado en la Ley de Desarrollo Territorial 388 de 1997 y con dicho proceder impuso un trato diferenciado a la constructora.

4.3.- Finalmente, señaló que el asunto materia de tutela era de evidente relevancia constitucional porque las viviendas cuya construcción se autorizó a través de la licencia que fue anulada, se encontraban construidas, y además, su destinación era para viviendas de interés social, las cuales fueron adquiridas por personas que estaban a la espera de que se les otorgara la escritura pública de propiedad. De manera que la vulneración que causaba la decisión no impactaba exclusivamente a la sociedad, sino a 320 grupos de familias de estratos 1 y 2 beneficiarios de subsidios de vivienda, para quienes este proyecto era la oportunidad que les brindó el Gobierno local para acceder a su vivienda propia, proyecto en el que invirtieron los pocos ingresos con los que contaban.

D.- Trámite procesal

5.- Mediante auto del 21 de octubre de 2019 el *a quo* admitió la demanda contra el Tribunal Administrativo de Santander y ordenó vincular como terceros interesados al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Bucaramanga, al municipio de Piedecuesta, Santander, a la Oficina Asesora de Planeación Municipal, **a la señora**

Katherine Nathalia Acevedo Quintero y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

E. Providencia impugnada

6.- Mediante sentencia del 20 de noviembre de 2019, la Sección Cuarta del Consejo de Estado declaró la improcedencia de la tutela porque la providencia objeto de revisión fue proferida dentro de un proceso de simple nulidad, en el que se anuló la Resolución P992 de 18 de diciembre de 2015, que había otorgado una licencia urbanística en la modalidad obra nueva VIS, por haberse expedido con infracción a la norma en que debía fundarse, esto es con desconocimiento del plan de ordenamiento territorial del municipio de Piedecuesta.

6.1.- Expuso que si bien la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado ha reconocido que el acto administrativo por medio del cual se concede una licencia urbanística constituye *“un acto de contenido particular y concreto en tanto comporta la autorización que se otorga a unos particulares para que desarrollen una obra privada o construcción en un inmueble determinado, que crea una situación jurídica concreta y vinculante para el administrado, lo que da lugar, en principio, a promover en su contra la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”*, en el presente caso se censuró el fallo judicial proferido por el Tribunal Administrativo de Santander que, en el marco de un proceso de simple nulidad, culminó con la declaración de nulidad de la licencia de urbanismo otorgada por el municipio de Piedecuesta, decisión judicial que se dictó en los términos del artículo 189 del CPACA cuyos efectos de cosa juzgada eran *erga omnes*.

6.2.- Eso significa que se trató de una decisión judicial cuyos efectos eran generales, impersonales y abstractos, proferida en aras de mantener la legalidad, sin que implicara el restablecimiento del derecho hacia una persona en particular, por lo que, en principio, no procedería la acción de tutela, como sí sucedería en un fallo proferido dentro del contencioso subjetivo de nulidad, el cual tiene efectos inter partes.

6.3.- Afirmó que esa Sección en casos similares a este, en los que se han cuestionado por vía de tutela sentencias de simple nulidad, ha declarado la improcedencia del amparo constitucional, pues el acto judicial es de carácter general.

6.4.- Además, el afectado por esa decisión –anulación de la licencia de construcción-, eventualmente cuenta con otros medios de defensa judicial para ventilar cuestiones relativas a perjuicios o afectaciones de derechos subjetivos derivados de la causación de un daño.

F.- Impugnación

7.- La constructora accionante aseguró que la acción de tutela sí era procedente porque la sentencia del 20 de noviembre de 2019 proferida por el Tribunal

Administrativo de Santander no constituía un acto judicial que tuviera un contenido de carácter general, impersonal y abstracto.

7.1.- Además, la jurisprudencia que aplicó el *a quo* no era pertinente para sustentar la improcedencia puesto que en los casos citados se resolvieron asuntos en los cuales se ventilaba la nulidad de actos administrativos de carácter general, por tanto, no aplicables al caso. Contrario a esto, la resolución que otorgó la licencia urbanística tiene un contenido particular y concreto.

7.2.- Por otra parte, sostuvo que la Corte Constitucional en la sentencia C-132 de 2018 estableció que, aunque la acción de tutela trate sobre un acto administrativo general, sí resulta procedente cuando la aplicación o ejecución del acto conlleve la vulneración de derechos fundamentales de una persona determinada. Como en este caso existía una afectación constitucional que se enmarcaba en el debido proceso, la tutela resultaba procedente.

7.3.- El *a quo* consideró que podrían iniciarse las acciones ordinarias por el daño causado; no obstante, esas acciones no servirían para proteger la afectación causada con la decisión en la medida en que con la providencia del Tribunal no sería posible escriturar las viviendas a las familias beneficiarias de los subsidios de vivienda de interés social aunque las viviendas se encontraran construidas, la obra estuviera recibida a satisfacción y algunas viviendas entregadas a compradores.

7.4.- Por otra parte, indicó que la sentencia adolecía de un defecto procedimental absoluto, por cuanto en este caso no procedía el medio de control de nulidad simple, pues con la nulidad de la licencia de construcción se generó un restablecimiento automático del derecho a favor de las Cajas de Compensación, quienes no estarían obligadas a desembolsar los recursos destinados al subsidio de vivienda familiar.

7.5.- Además, la sentencia del Tribunal carecía de motivación suficiente pues no se analizó la posible configuración de un restablecimiento automático del derecho en cabeza de las cajas de compensación, ni se justificó el uso excepcional del medio de control de simple nulidad.

7.6.- Indicó que la providencia acusada vulneró directamente los derechos fundamentales de la accionante y de terceros intervinientes en la tutela, así: i) se violó el derecho de propiedad y los derechos adquiridos contenidos en el artículo 58 de la Constitución; ii) se violó la buena fe y el principio de protección de la confianza legítima garantizado en el artículo 83 de la Constitución; iii) se vulneró el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la C.P.; iv) se vulneró el derecho fundamental al debido proceso protegido por el artículo 29 de la C.P.; v) se violó el derecho fundamental al acceso progresivo a la propiedad privada, a través de la vivienda digna de interés social consignado en los artículos 51 y 60 de la C.P.

7.7.- Luego de explicar que la acción de tutela sí era procedente, pasó a señalar que en la sentencia proferida por el Tribunal se configuró la causal específica de procedibilidad de la acción de tutela denominada ausencia de motivación, toda vez que no se pronunció sobre los hechos y pruebas que demostraban que la autoridad administrativa concedió licencias de construcción para la misma zona como se expuso en el escrito de tutela, documento en el que explicó a qué constructoras les concedieron licencias en el mismo sector y con registro fotográfico se demostró el estado de la construcción de las viviendas.

8.- La señora **Katerine Nathalia Acevedo Quintero** en calidad de tercera interesada, presentó escrito de impugnación en el que reiteró todos y cada uno de los planteamientos expuestos por la constructora.

8.1.- Agregó que se requería una intervención urgente del juez de tutela para evitar el daño irremediable que había generado la decisión del Tribunal, esto por cuanto invirtió su dinero en este proyecto y lo hizo confiada porque estaba financiado por el Fondo Nacional del Ahorro. Además, pasó todos los filtros correspondientes en la Caja de Compensación. Sería injusto y violatorio de la Constitución que habiendo adquirido legítimamente el inmueble no pudiera acceder a él legalmente.

8.2.- Por otra parte, la entrega de los apartamentos se realizó antes de que se declarara la nulidad de la licencia. Además, el conjunto ya contaba con reglamento de propiedad horizontal.

8.3.- Finalmente, señaló que la decisión del Tribunal se basó en una interpretación a favor del PBOT sobre la norma nacional en materia de aprovechamiento del suelo para vivienda de interés social.

II. CONSIDERACIONES

9.- Los reparos de la accionante se dirigen contra una providencia judicial por lo que resulta necesario entrar a verificar si se cumple con los requisitos generales de procedencia. Determinado lo anterior, la Sala resolverá los reparos contra la decisión de primera instancia y las cuestiones sobre derechos fundamentales que plantearon el accionante y la señora Katherine Nathalia Acevedo contra la sentencia acusada.

G. Cumplimiento de los requisitos de procedencia

10.- La Sala observa que en el presente caso se encuentran satisfechos los requisitos generales que habilitan la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, así:

10.1.- El asunto es de relevancia constitucional, toda vez que la *litis* se dirige a la posible vulneración de los derechos al debido proceso e igualdad, vulnerados con la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, cuya decisión

anuló un acto administrativo que contenía la autorización para la construcción de viviendas de interés social. Se aduce que este proceso judicial se tramitó por una vía procesal que no correspondía, pues el municipio de Piedecuesta demandó la nulidad de su propio acto por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pero la autoridad judicial lo adecuó al de nulidad simple, sin tener en cuenta que con la nulidad del acto se generó un restablecimiento automático contra terceros.

10.1.1.- Por otra parte, se aduce una presunta violación al debido proceso, pues al parecer el Tribunal no se pronunció respecto de los argumentos expuestos por la constructora en la contestación de la demanda, como tampoco lo hizo frente a los alegatos de conclusión, ni sobre las pruebas allegadas al proceso. Se alega también la violación del principio de igualdad porque el Tribunal no aplicó “*el principio de neutralidad en materia urbana*”.

10.2.- Los defectos propuestos contra la sentencia enjuiciada no pueden ser controvertidos a través de recursos ordinarios o extraordinarios. En especial, se destaca que estos no se enmarcan en ninguna de las causales del recurso extraordinario de revisión.

10.3.- El requisito de inmediatez se cumplió, puesto que la sentencia acusada se profirió el 19 de septiembre de 2019 y la tutela de se interpuso el 19 de octubre de esa anualidad, por lo que se concluye que fue presentada dentro del plazo razonable fijado por la jurisprudencia para ello.¹

10.4.- Se determinaron de manera clara, detallada y comprensible los hechos que aparentemente generaron la vulneración a los derechos fundamentales invocados, así como los derechos afectados.

10.5.- La acción de tutela se dirige contra una sentencia de segunda instancia proferida dentro de un proceso de nulidad simple, y no contra una sentencia proferida en el trámite de una tutela.

11.- Satisfechos los requisitos generales, **procede la Sala a resolver los fundamentos propuestos por la accionante.**

12.- La Sala revocará la sentencia de 20 de noviembre de 2019 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que declaró la improcedencia, en razón a lo siguiente:

12.1.- La primera instancia consideró que la acción de tutela era improcedente porque en la sentencia objeto de revisión se resolvió un asunto sobre un acto de carácter general, impersonal y abstracto, y comoquiera que el numeral 5 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1994 dispuso que la tutela sería improcedente cuando se dirigiera contra actos de carácter general, en aplicación a dicha norma la tutela resultaba improcedente.

¹ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de unificación de agosto 5 de 2014, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, rad. 11001-03-15-000-2012-02201-01.

12.2.- La constructora Alfredo Amaya H. Cía. S.A.S. y la señora Katerine Nathalia Acevedo impugnaron la decisión pues consideran que la tutela sí es procedente porque la decisión proferida por el Tribunal no resolvió un asunto sobre el control de legalidad de un acto administrativo de carácter general; que por el contrario, decidió sobre la nulidad de un acto que tiene efectos particulares y contra terceros. Sin embargo, no se pronunció sobre las consecuencias que podía llegar a tener la declaratoria de nulidad de la licencia de construcción otorgada a la constructora.

12.3.- La accionante considera que no se está ante la anulación de un acto de carácter general sino frente a la nulidad de un acto de carácter particular y concreto, cuya anulación no se podía tramitar por la vía de la simple nulidad, puesto que la nulidad del acto tiene efectos frente a terceros, como por ejemplo: i) que no se pueda continuar con la escrituración de los inmuebles a los propietarios, ii) que las cajas de compensación no puedan realizar los desembolsos a los beneficiarios y iii) que no se pueda realizar la entrega material y real de las viviendas a los compradores.

12.4.- **Afirmaron que en la sentencia acusada se configuró la causal específica de procedibilidad de ausencia de motivación y que al parecer el Tribunal dejó de valorar pruebas aportadas por la constructora.**

12.5.- En relación con la improcedencia decretada por el *a quo*, la Sala considera que la tutela sí es procedente, toda vez que la decisión cuestionada no resolvió un asunto sobre un acto de carácter general, impersonal y abstracto, sino sobre un acto de carácter particular y concreto, en este caso sobre la legalidad de una licencia de construcción, acto que generó efectos vinculantes a unos particulares determinados, pues antes de su expedición ese particular no podía intervenir el suelo del cual es propietario. Además, la licencia se expidió por un periodo determinado de 2 años, periodo en el cual surgieron unos derechos a favor de terceros como el que alega la señora Katherine Nathalia Acevedo, compradora de una unidad habitacional del referido proyecto.

12.5.1.- Ahora bien, el artículo 99 de la Ley 388 de 1997 señaló que *“La licencia urbanística es el acto administrativo de carácter particular y concreto, expedido por el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente, por medio del cual se autoriza específicamente a adelantar obras de urbanización y parcelación de predios, de construcción, ampliación, modificación, adecuación, reforzamiento estructural, restauración, reconstrucción, cerramiento y demolición de edificaciones, de intervención y ocupación del espacio público, y realizar el loteo o subdivisión de predios.”*

12.5.2.- En relación con los efectos de la autorización, dicha norma dispuso que *“El otorgamiento de la licencia urbanística implica la adquisición de derechos de desarrollo y construcción en los términos y condiciones contenidos en el acto administrativo respectivo, así como la certificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y sismorresistentes y demás reglamentaciones en que se*

fundamenta, y conlleva la autorización específica sobre uso y aprovechamiento del suelo en tanto esté vigente o cuando se haya ejecutado la obra siempre y cuando se haya cumplido con todas las obligaciones establecidas en la misma.”.

12.5.3.- De manera que, la invocación del numeral 5 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1994 no resulta aplicable a este asunto, pues la improcedencia que estableció la norma es para aquellos casos en los que la tutela se dirija contra “actos de carácter general, impersonal y abstracto”, y la acción no se presenta para tal fin. Incluso, la Corte Constitucional no contempla como requisitos de procedencia de la tutela contra providencia judicial que la decisión no se hubiese adoptado en ejercicio del medio de control de simple nulidad. Distinto es el control de constitucionalidad que ejerce dicha Corporación o el control de constitucionalidad o inmediato de legalidad que ejerce el Consejo Estado, cuyas decisiones no pueden controvertirse por vía de tutela porque tienen efectos *erga omnes* y *validez normativa general*², lo cual no ocurre en este caso.

12.6.- En consecuencia, la acción presentada por la constructora sí resulta procedente, y por ello la Sala revocará la improcedencia declarada por el *a quo* y entrará a resolver sobre los defectos específicos señalados por la accionante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

13. La constructora Alfredo Amaya H. Cía. S.A.S. en el hecho 12 del escrito de tutela afirmó que el Tribunal “*no tuvo en cuenta en el momento de decidir, los argumentos de defensa esgrimidos en diferentes momentos procesales, como tampoco tuvo en cuenta el material probatorio que aportó la firma constructora que evidencia que si es posible la existencia de edificaciones superiores a 10 pisos y más de 300 unidades de vivienda en un área inferior a una hectárea. Por lo tanto, el tribunal no solo está vulnerando el derecho a la igualdad, sino que además motivó falsamente su decisión (...)*”.

13.1.- Al revisar la sentencia objeto de tutela, la Sala advierte que como la sentencia de primera instancia negó la nulidad del acto demandado, la constructora hoy accionante no apeló, el único que apeló fue el municipio de Piedecuesta. Sin embargo, la constructora presentó alegatos de conclusión de segunda instancia, precisando que para la misma fecha en la que fue concedida la licencia de construcción -acto demandado-, el municipio de Piedecuesta había otorgado licencias de urbanismo en el mismo sector para construir edificios con una altura de 10 pisos o más y con una densidad mayor o igual a la concedida en el acto demandado.

² Sentencia T-282 de 1996. Para la Corte Constitucional “Solo y si ocurre una vía de hecho es procedente la tutela contra una sentencia judicial, y en el evento de que llegara a prosperar, el Juez de tutela de una orden. Esto tiene viabilidad contra las providencias que definen conflictos inter partes, pero no ocurre lo mismo cuando se trata de la acción pública de inconstitucionalidad que tiene efectos *erga omnes* y *validez normativa general*. Sería absurdo que por ejemplo, declarada una inexequibilidad, por la Corte Constitucional, pudiera un Juez de tutela mediante un fallo que no tiene efecto *erga omnes* sino *inter partes* permitir que para el solicitante no operara la inexequibilidad y para las demás personas sí.”

13.2.- De lo anterior allegó pruebas documentales y fotográficas, pruebas que aportó con la contestación de la demanda y durante la etapa probatoria dentro del proceso ordinario, las cuales dejan ver que, en efecto, el municipio otorgó licencias para construir proyectos de viviendas de interés social con las mismas especificaciones, en el mismo sector y que todos los conjuntos ya se encuentran construidos. Además, recientemente otorgó licencias de construcción para ese sector, con las mismas especificaciones.

13.3.- Sin embargo, el Tribunal no se pronunció al respecto y, por el contrario, solo refirió en los antecedentes de su decisión que la constructora había indicado como alegato que *“la nulidad de la resolución demandada ocasionaría un perjuicio a 1280 familias, las cuales se encuentran actualmente materializando la posibilidad de tener vivienda de interés social de calidad, con la facilidad contar con subsidios de vivienda que son otorgados por el gobierno nacional, a lo que se añade el grave perjuicio económico que representaría para el titular de la licencia dicha declaratoria, al haberse consolidado dicho proyecto hace 5 años. Asimismo, expone que se acató la normatividad vigente para el otorgamiento de la licencia demandada”*, cuando además de esto había planteado otros argumentos, entre ellos, lo expuesto en el punto anterior, y resolvió únicamente sobre los argumentos que expuso el municipio de Piedecuesta.

13.4.- Lo anterior deja en evidencia que el Tribunal no se pronunció sobre lo expuesto por la constructora en los alegatos, ni respecto de las pruebas que esta aportó y refirió en escrito de tutela, y que fueron aportadas oportunamente al proceso.

13.5.- La constructora también alega que el Tribunal no tuvo en cuenta los decretos municipales que se expidieron para permitir en el sector llamado Barro Blanco la construcción de viviendas de interés social, Decretos 063 de 2008 y 086 de 2018, este último que prorrogaba el anterior. Lo cual para la Sala también resulta cierto.

13.6.- Así, la Sala considera que en este caso se configuraron los defectos: i) fáctico, porque el Tribunal no valoró en su integridad el material probatorio y ii) decisión sin motivación, por motivación incompleta o deficiente, al omitir el Tribunal la realización de un análisis sobre los argumentos que expuso la constructora que, si bien no apeló la decisión porque le era favorable, sí presentó alegatos de conclusión en los que expuso los hechos y pruebas ya mencionados.

14.- En relación con el defecto procedimental absoluto, la constructora sostuvo que la acción se tramitó por una vía procesal que no correspondía, pues no se tuvo en cuenta por parte del Tribunal que con ocasión de la nulidad se generaba un restablecimiento automático. Para la Sala en realidad no hubo un restablecimiento automático. Lo que ocurrió fue que con la decisión se afectaron derechos del particular y de terceros, a quienes debieron llamar al proceso.

14.1.- No obstante, la autoridad judicial fue quien, mediante auto del 29 de noviembre de 2016, ordenó al municipio de Piedecuesta adecuar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho al de nulidad simple.

14.2.- Para resolver lo anterior, es importante referir que quien demandó la nulidad del acto administrativo que concedió la licencia de construcción fue la autoridad administrativa que lo otorgó, esto es, el municipio de Piedecuesta.

14.3.- En relación con la posibilidad que tiene la entidad territorial de demandar su propio acto, es importante señalar que lo hace en virtud de lo dispuesto en el artículo 94 del CPACA y, especialmente, en cuanto a la licencia de urbanismos, bajo las reglas establecidas en el artículo 99 de la Ley 388 de 1997 y el Decreto reglamentario 1469 de 2010.

Sobre el particular, el numeral 6 de la Ley 388 de 1997 establece que al acto administrativo que otorga la respectiva licencia le son aplicables en su totalidad las disposiciones sobre revocatoria directa establecidas en el Código Contencioso Administrativo, hoy CPACA.

14.4.- Así, para la revocatoria directa el artículo 97 del CPACA establece que podrán ser revocados los actos de carácter particular y concreto “(...) *Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo previa conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.*”

La demanda deberá ser presentada en los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales. En caso de que sea la de simple nulidad lo podrá hacer en cualquier tiempo.

14.5.- De la redacción de las normas se infiere que las autoridades administrativas están obligadas a demandar el acto administrativo que haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto, o reconocido un derecho de igual categoría cuando no hubiere el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular para revocarlo, así considere la autoridad que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, o haya sido expedido por medios ilegales o fraudulentos, a través de los medios de control pertinentes. Estos medios son el de nulidad, en el evento de que el acto administrativo demandado sea de carácter particular y esté acorde con el artículo 137 del CPACA, evento en el cual la demanda se puede presentar ante la jurisdicción en cualquier tiempo o, el medio de la nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138) cuando se pretenda el restablecimiento automático del derecho, debiéndose acudir dentro de los cuatro (4) meses siguientes contados a partir del día siguiente de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo.

14.6.- En suma, acorde con las citadas fuentes normativas, se establece que la acción de lesividad procede cuando las autoridades administrativas expiden un acto administrativo que les resulta perjudicial, en razón a que contraviene el orden jurídico superior, y sin embargo, no pueden revocarlo directamente debido a que no reúne los requisitos para hacer cesar sus efectos mediante el mecanismo de la revocatoria directa, ya porque no se da alguna de las condiciones previstas en la norma, o porque no se puede obtener el consentimiento del particular.

14.7.- Así, el artículo 93 del CPACA habilita a las diferentes autoridades administrativas para que comparezcan en los procesos contenciosos administrativos como demandantes de sus propios actos por infringir las causales genéricas del artículo 137 del CPACA.

Dichas autoridades pueden acudir a través del medio de control de nulidad siempre y cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.

14.8.- Para el caso, según las pretensiones de la demanda ordinaria, el municipio de Piedecuesta solicitó como restablecimiento del derecho “*se ordene que DEJE DE SURTIR EFECTOS LA RESOLUCIÓN de la licencia de urbanismo de construcción y se ordene restablecer el orden jurídico vulnerado con la expedición de los actos administrativos señalados, a favor de la comunidad del Municipio de Piedecuesta.*”. Esta pretensión, a luz de lo previsto en el artículo 99 de la Ley 388 de 1997, implicaba que una vez declarada la nulidad del acto que autorizó la construcción, este tendría que dejar de producir efectos jurídicos.

Entonces, si la licencia urbanística le otorgó a la constructora la adquisición de derechos de desarrollo y construcción en los términos y condiciones contenidos en el acto administrativo respectivo, ello supone que la constructora, a partir de la anulación del acto no tendría ese derecho, y por tanto no tendría autorización para construir. Esto conllevaría a que el municipio de Piedecuesta tendría que adoptar las medidas administrativas correspondientes en relación con la nulidad del acto.

14.9.- En ese sentido, era necesario que el Tribunal, en virtud de la Ley 388 de 1997, se pronunciara sobre los efectos de la anulación del acto, así como de la pretensión de restablecimiento del derecho presentada en la demanda, y no haberlo hecho, constituye una omisión que viola el debido proceso de las partes.

14.10.- De lo expuesto, para la Sala la vía procesal adecuada no era la de nulidad sino la de nulidad y restablecimiento del derecho, de ahí que se configure un defecto procedimental absoluto³, y además se advierte que fue la misma autoridad judicial la que ordenó adecuar el medio de control.

³ La Corte ha definido el defecto procedimental absoluto, como aquella situación en la cual el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido en el trámite de un asunto específico, circunstancia que se presenta cuando: (i) el funcionario sigue un trámite por completo ajeno al pertinente (desvía el cauce del asunto, o cuando (u) el funcionario pretermite etapas sustanciales del procedimiento legalmente establecido.

14.11.- Ante las falencias sustanciales expuestas, la Sala ampara a favor de la accionante el derecho fundamental al debido proceso y, en consecuencia, dejará sin efectos la sentencia del 19 de septiembre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, para que en su lugar, se dicte la que en derecho corresponda.

Igualmente, el Tribunal deberá tomar las decisiones que se deriven del cambio de naturaleza de la acción, y si esto afecta la competencia, deberá ajustar el procedimiento a lo que corresponda de conformidad con la reglas de competencia que establece el CPACA.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia de 20 de noviembre de 2019, y en su lugar, **AMPARASE** el derecho al debido proceso a la constructora Alfredo Amaya H. Cía. S.A.S., por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, **DÉJESE SIN EFECTOS** la Sentencia de 19 de septiembre de 2019 proferida por Tribunal Administrativo de Santander por medio del cual se revocó la decisión de primera instancia y se declaró la nulidad de la Resolución No. P992 del 18 de diciembre de 2015, mediante la cual concedió licencia urbanística de construcción en modalidad obra nueva VIS dentro del proceso radicado 680013333004-2016-00137-01, y **ORDÉNESE** a dicha autoridad judicial que, dentro de los 20 días siguientes a la notificación de esta providencia, dicte la providencia que en derecho corresponda, de conformidad con la parte motiva de esta decisión.

Igualmente, el Tribunal deberá tomar las decisiones que se deriven del cambio de naturaleza de la acción, y si esto afecta la competencia, deberá ajustar el procedimiento a lo que corresponda de conformidad con la reglas de competencia que establece el CPACA.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por el medio más expedito y eficaz a las partes (Artículo 16 Decreto 2591 de 1991), entregándoles copia íntegra del fallo.

CUARTO: ENVÍESE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

ALBERTO MONTAÑA PLATA

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Salva el voto