

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL PROFERIDA POR LA SECCION PRIMERA DEL CONSEJO DE ESTADO - Providencia cuestionada no incurrió en defecto sustantivo ni en defecto fáctico / DEFECTO SUSTANTIVO - Noción / DEFECTO SUSTANTIVO - Causales / DEFECTO SUSTANTIVO - No se configura: Ministerio de Cultura goza de discrecionalidad para realizar o no el Plan Especial de Manejo y Protección para el caso del parque histórico Puente de Boyacá / DEFECTO SUSTANTIVO - No se vulneró la normativa relacionada con medidas cautelares pues no se probó el riesgo irreversible / PLAN ESPECIAL DE MANEJO Y PROTECCION PEMP - Regulación legal

En diferentes pronunciamientos, la Corte ha denominado el defecto sustantivo como una condición de procedibilidad de la acción de tutela contra las providencias judiciales. Al respecto, ha señalado que se presenta por las siguientes razones: 1. La decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, bien sea, porque la norma empleada no se ajusta al caso, no se encuentra vigente por haber sido derogada, o ha sido declarada inconstitucional. 2. La interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance. 3. Se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática. 4. La norma pertinente es inobservada y, por ende, inaplicada. 5. Se aplica una norma que a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a ésta, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador. 6. Evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. 7. Insuficiencia en la sustentación o argumentación que afecte los derechos fundamentales... La Ley 397 de 1997, mediante la cual se desarrollaron los artículos 70, 71 y 72 de la Constitución Política, buscó proteger el patrimonio cultural de la Nación, para lo cual creó varias herramientas, entre ellas, el Régimen Especial de Protección de los Bienes de Interés Cultural... Posteriormente, se expidió el Decreto 1763 de 2009... y en su artículo 15 clasificó los bienes inmuebles para efectos de los PEMP en los del grupo urbano... y los del grupo arquitectónico... El artículo 19 del Decreto 763 de 2009 dispuso que todos los bienes del Grupo Urbano del ámbito nacional y territorial declarados como Bienes de Interés Cultural requieren el PEMP, mientras que en relación con los del Grupo Arquitectónico señaló que requerían del mismo siempre que se cumplieran ciertas circunstancias indicadas en la Ley. De lo anterior, se observa que la Ley no dispuso nada en relación con los bienes que no se encuentran dentro de ninguno de los dos grupos antes mencionados. Por lo tanto, corresponde al Ministerio de Cultura fijar la necesidad o no de realizar el PEMP... se advierte que conforme lo expuesto en el acápite anterior al no existir una reglamentación por parte del Ministerio de Cultura en el que se indique cuáles bienes de los que fueron declarados como de Interés Cultural de la Nación con anterioridad a la Ley 1185 de 2007 requieren el Plan Especial de Manejo y Protección, como es el caso del Parque Histórico Puente de Boyacá (declarado como BIC mediante la Resolución 1066 del 2 de agosto de 2006), la decisión se torna discrecional. Como en efecto, lo concluyó la Sección Primera de esta Corporación... Así las cosas, no puede alegarse una presunta vulneración de la tutela judicial efectiva cuando es la norma la que deja en cabeza del Ministerio de Cultura la decisión discrecional de realizar o no el Plan Especial de Manejo y Protección. En esa medida, el juez mal podría obligar al Ministerio a adoptar dicha herramienta... El artículo 17 de la Ley 472 de 1998, mediante la cual se desarrolló el artículo 88 de la Constitución Política en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo, dispuso que el juez podrá decretar las medidas cautelares

que considere necesarias para impedir perjuicios irremediables o irreparables o suspender los hechos generadores de amenaza a los derechos e intereses colectivos. No obstante, en el presente asunto la Sección Primera de esta Corporación no encontró probado el riesgo irreversible alegado por la parte actora... no desconoció la normativa de la ley 472 de 1998 relacionada con el decreto de las medidas cautelares, sino que no encontró demostrada la necesidad de su adopción.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 70 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 71 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 72 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 88 / LEY 397 DE 1997 - ARTICULO 11 / LEY 397 DE 1997 - ARTICULO 70 / LEY 397 - ARTICULO 71 / LEY 397 DE 1997 - ARTICULO 72 / LEY 1185 DE 2009 - ARTICULO 7 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 17 / DECRETO 763 DE 2009 - ARTICULO 15

NOTA DE RELATORIA: sobre la evolución jurisprudencial de la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales, ver las sentencias C-543 de 1992, T-231 de 1994, SU-1184 de 2001, SU-159 de 2002 y C-590 de 2005, todas de la Corte Constitucional. En el mismo sentido, la Sala Plena de esta Corporación admitió la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial cuando la misma vulnera derechos fundamentales, al respecto consultar sentencia del 31 de julio de 2012, exp. 11001-03-15-000-2009-01328-01(AC), M.P. María Elizabeth García González. Así mismo, la Sala Plena aceptó que la acción de tutela es procedente para cuestionar providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado, pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, tal mecanismo puede ser ejercido contra cualquier autoridad pública, sobre el particular, ver sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014, exp. 11001-03-15-000-2012-02201-01(IJ), M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. En relación con el defecto sustantivo, ver las sentencias SU-159 de 2002, T-205 de 2004, T-189 de 2005, T-800 de 2006 y T-364 de 2009, todas de la Corte Constitucional.

DEFECTO FACTICO - Noción / DEFECTO FACTICO - No se configura: Ministerio de Cultura decidió de manera discrecional no realizar el Plan Especial de Manejo y Protección PEMP ya que no está obligado legalmente a hacerlo

Los actores consideraron que la autoridad judicial accionada incurrió en defecto fáctico al no valorar la Comunicación MC-012850-EE-2015 de la Dirección de Patrimonio del Ministerio de Cultura, mediante la cual se respondió una solicitud presentada por la Academia Colombiana de Historia para el envío de documentos relacionados con la declaratoria del Conjunto del Parque Histórico de la Batalla del Puente de Boyacá... Sobre el particular, se precisa que la Sección Primera del Consejo de Estado luego de realizar un análisis detallado de la normativa aplicable determinó que la realización del PEMP es una decisión discrecional del Ministerio de Cultura. En esa medida, la accionada no se encontraba obligada a valorar la referida Comunicación, ya que la autorización expedida por dicho Ministerio sin adelantar el Plan Especial de Manejo y Protección demostraba la decisión de la entidad de no llevar a cabo el PEMP.

NOTA DE RELATORIA: en relación a los supuestos en los que puede presentarse el defecto fáctico, ver las sentencias T-442 de 1994 y T-239 de 1996, ambas de la Corte Constitucional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo del dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00186-00(AC)

Actor: OSCAR JOSE DUEÑAS RUIZ Y OTRO

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCION PRIMERA

La Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sede de tutela, decide la acción de la referencia.

HECHOS RELEVANTES

a) Acción popular

El 15 de marzo de 2012 los señores Oscar José Dueñas Ruiz, María Estela Quintero Espitia, Juliana Castro Londoño y Juan Felipe Lozano Reyes instauraron acción popular contra el Ministerio de Transporte, la Agencia Nacional de Infraestructura, el Instituto Nacional de Vías (Invias) y el Consorcio Solarte Solarte.

Lo anterior, con el fin de lograr la protección de los derechos colectivos al patrimonio cultural de la Nación, defensa del patrimonio público, goce al espacio público y realización de construcciones respetando las disposiciones jurídicas, los cuales consideraron vulnerados con ocasión de la celebración del Contrato de Concesión 0377 entre Invías y el referido Consorcio para la ejecución del proyecto vial Briceño-Tunja-Sogamoso.

Los demandantes afirmaron que el proyecto presentado por el Consorcio Solarte Solarte generaba una grave afectación al parque histórico, como en efecto lo consideró el Consejo de Monumentos Nacionales (CMN) al solicitarle al Consorcio

retomar el diseño original de la vía por el costado oriental del Campo de Batalla y elaborar un proyecto paisajístico.

El Tribunal Administrativo de Boyacá asumió el conocimiento de la referida acción popular. Una vez adelantadas todas las etapas procesales previas a la expedición del fallo, el 22 de diciembre de 2014 el Ministerio de Cultura expidió la Resolución 3991 de 2014 a través de la que autorizó el proyecto de intervención vial en inmediaciones del parque histórico asociado a la Batalla de Boyacá.

Debido a lo anterior, mediante Auto del 8 de mayo de 2015 el Tribunal Administrativo de Boyacá, oficiosamente, decretó estas medidas cautelares: (i) suspensión de la aplicación de la Resolución 3991 del 22 de diciembre de 2014 hasta que el Ministerio de Cultura elabore una nueva autorización, de conformidad con la Ley 397 de 1997 y (ii) cesación inmediata de los trabajos de construcción hasta que se expida la referida autorización.

La Agencia Nacional de Infraestructura, el Consorcio Solarte Solarte, la Gobernación de Boyacá, el Instituto Nacional de Vías y el Ministerio Público interpusieron recurso de apelación contra la anterior providencia. El 5 de junio de 2015 el Tribunal ordenó no reponer el Auto y concedió el recurso de apelación ante el Consejo de Estado.

El 12 de noviembre de 2015 la Sección Primera del Consejo de Estado revocó las medidas cautelares, al considerar que la elaboración de un plan de manejo especial es discrecional del Ministerio de Cultura y que no existían pruebas sobre el riesgo inminente e irreversible.

b) Inconformidad

Oscar José Dueñas Ruíz – accionante de la acción popular- y Perla Molina López – coadyuvante- afirmaron que la autoridad judicial accionada vulneró su derecho fundamental al debido proceso al revocar las medidas cautelares decretadas por el Tribunal Administrativo de Boyacá y de esa forma impedir la posibilidad cumplir un futuro fallo que proteja los derechos colectivos.

Indicó que la Sección Primera del Consejo de Estado incurrió en defecto sustantivo al desconocer el artículo 17 de la Ley 472 de 1998 y en defecto fáctico

al no valorar la Comunicación MC-012850-EE-2015 de la Dirección de Patrimonio del Ministerio de Cultura.

Así mismo, señaló que la providencia atacada desconoce el alcance del patrimonio cultural y la importancia del parque histórico Puente de Boyacá.

PRETENSIONES

Solicitó amparar los referidos derechos fundamentales. En consecuencia, solicitó dejar sin efectos la providencia del 12 de noviembre de 2015 proferida por la Sección Primera de esta Corporación.

CONTESTACIONES AL REQUERIMIENTO

Sección Primera del Consejo de Estado (fls. 153-165)

Guillermo Vargas Ayala, consejero de Estado, se opuso a las pretensiones de la acción y solicitó declarar su improcedencia o en su defecto niegue la solicitud de amparo, por carecer de fundamento.

Para el efecto, manifestó que la tutela no cumple con las exigencias generales de procedibilidad, pues la cuestión discutida no tiene relevancia constitucional y los demandantes no lograron demostrar dicho requisito.

Igualmente, sostuvo que la providencia objeto de debate no incurrió en ningún defecto, puesto que la falta del plano del área del parque histórico no implica una vulneración al patrimonio histórico cultural.

Por el contrario, lo fundamental es la valoración del impacto de la obra sobre los monumentos y el parque, lo cual no fue debidamente probado en la fase en que se encontraba el proceso.

En relación con el desconocimiento de la Comunicación emitida por la Dirección de Patrimonio del Ministerio de Cultura, precisó que la decisión cuestionada es cautelar, por lo que el juez popular debe ponderar cuidadosamente el debido proceso y la tutela efectiva de los derechos colectivos.

Ministerio de Transporte (fls. 167-179)

Ana Yaneth Castro Huertas, directora territorial Boyacá, argumentó que no se encuentra legitimada en la causa por pasiva, ya que no celebró contrato alguno para la realización de las obras cuestionadas y sus funciones están limitadas a la formulación y adopción de políticas, planes, programas y regulación económica en materia de transporte, tránsito e infraestructura de los distintos modos de transporte, de conformidad con el Decreto 087 de 2011.

Ministerio de Cultura (fls. 181-183)

Nelson Ballén Romero, coordinador del Grupo de Defensa Judicial de la Oficina Asesora Jurídica, manifestó que dentro de la acción popular las partes han utilizado los mecanismos procesales determinados por la ley, sin que haya existido ninguna irregularidad procesal que afecte el debido proceso de los accionantes.

Así mismo, indicó que la autoridad judicial accionada fundamentó su decisión en los documentos obrantes en el expediente y las pruebas recaudadas dentro del proceso. Por lo tanto, no se vulneró el derecho fundamental alegado.

En cuanto al defecto fáctico señalado por la parte actora, precisó que al no existir tarifa legal para apreciar las pruebas, la diferencia de los criterios de interpretación entre los jueces de primera y segunda instancia no implica una transgresión al debido proceso.

Agencia Nacional de Infraestructura (fls. 184-192)

Angélica María Rodríguez Valero, apoderada de la Agencia Nacional de Infraestructura, solicitó rechazar por improcedente la acción de tutela de la referencia, puesto que no cumple los requisitos generales de procedibilidad ni las exigencias previstas por la jurisprudencia constitucional cuando se interpone contra autos.

Afirmó que la decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado consistente en revocar las medidas cautelares decretadas por el Tribunal Administrativo de Boyacá, se encuentra ajustada a la normativa aplicable al caso concreto. Para el

efecto, precisó que la Ley 391 de 1997 era la aplicable cuando se declaró al conjunto del Parque Histórico Puente de Boyacá como un Bien de Interés Cultural.

Sostuvo que la citada Ley no impuso la obligación de adoptar el Plan Especial de Manejo y Protección (PEMP) para los Bienes de Interés Cultural, como lo concluyó la autoridad judicial accionada. Por lo tanto, no se configuró el defecto sustantivo alegado en el escrito de tutela.

Así mismo, manifestó que no se encuentra legitimada en la causa por pasiva, ya que la decisión discutida se adoptó por la Sección Primera del Consejo de Estado.

Instituto Nacional de Vías (fls. 223-227)

Dilia María González Gómez, apoderada del Invías, realizó un recuento del marco de procedencia de las acciones de tutela contra providencias judiciales.

Argumentó que el proyecto presentado por el Consorcio Solarte Solarte se encuentra ajustado a derecho y cuenta con la autorización del Ministerio de Cultura.

Igualmente, aseguró que se han llevado a cabo las gestiones necesarias para preservar el patrimonio cultural del Parque Histórico.

Alcaldía Mayor de Tunja (fls. 236 y 237)

Magda Rocío Reyes Sánchez, apoderada judicial del municipio de Tunja, solicitó declarar probada la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues las pretensiones de la acción de tutela consisten en que se deje sin efectos la decisión adoptada por la Sección Primera del Consejo de Estado.

Indicó que la acción de tutela es improcedente, por cuanto la parte actora no argumenta ni aporta pruebas que demuestren la vulneración de los derechos fundamentales alegados ni una amenaza que amerite la intervención del juez constitucional.

CSS Constructores S. A. (fls. 249-259)

Diana Karina Angarita Castro, apoderada de CSS Constructores S. A. cesionario del Consorcio Solarte Solarte, sostuvo que el proyecto vial, que cuenta con la autorización del Ministerio de Cultura y de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales no afecta al Parque Histórico asociado a la batalla de Boyacá, por el contrario facilitan el acceso al mismo y han garantizado su conservación.

En el mismo sentido, enunció que revocar la decisión adoptada por la Sección Primera del Consejo de Estado implicaría graves perjuicios económicos para la Nación y de la ciudadanía en general que exige una solución de movilidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

- Competencia

La Subsección "A", de la Sección Segunda del Consejo de Estado es la competente para conocer del asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, en cuanto estipula que *"[I]o accionado contra la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, será repartido a la misma corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, sección o subsección que corresponda de conformidad con el reglamento al que se refiere el artículo 4º del presente decreto."*

- Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Tratándose de la acción de tutela contra providencias judiciales la postura reiterada y uniforme de la Corte Constitucional¹ y el Consejo de Estado² ha sido admitir su procedencia excepcional, siempre que se cumplan los requisitos generales de

¹ Al respecto ver, entre otras, sentencias T-573 de 1997, T-567 de 1998, T-001 de 1999, T-377 de 2000, T-1009 de 2000, T-852 de 2002, T-453 de 2005, T-061 de 2007, T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-001 de 1999, T-814 de 1999, T-522 de 2001, T-842 de 2001, SU-159 de 2002, T-462 de 2003, T-205 de 2004, T-701 de 2004, T-807 de 2004, T-1244 de 2004, T-056 de 2005, T-189 de 2005, T-800 de 2006, T-061 de 2007, T-018 de 2008, T-051 de 2009, T-060 de 2009, T-066 de 2009, T-889 de 2011, T-010 de 2012, T-1090 de 2012, T-074 de 2012, T-399 de 2013, T-482 de 2013, T-509 de 2013, T-254 de 2014, T-941 de 2014 y T-059 de 2015.

² En la sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014 (Exp. No. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ) Demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez) la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo dispuso la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales siempre y cuando se respetara el principio de autonomía del juez natural, y se cumplieran los requisitos generales y específicos establecidos por la Corte Constitucional.

procedibilidad (exigencias generales) y las causales específicas de procedencia (defectos).

La posición actual ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional, empezando por la tesis de la vía de hecho fijada en las sentencias C-543 de 1992 y T-079 de 1993 y su redefinición en la T-949 de 2003, entre otras, hasta llegar a su sistematización en la sentencia C-590 de 2005.

Los requisitos generales de procedibilidad son exigibles en su totalidad, porque la ausencia de alguno de ellos impide el estudio de fondo de la vía de hecho planteada. Y en lo atinente a las causales específicas de procedencia, el escrito de la acción constitucional debe acreditar al menos una de las causales, para que el juez de tutela acceda al amparo invocado.

En el presente asunto se reúnen los requisitos generales de procedibilidad, esto es: (i) La cuestión que se discute tiene relevancia constitucional; (ii) se agotaron todos los medios de defensa judicial con los que cuenta la persona afectada; (iii) se cumple el requisito de inmediatez; (iv) no se argumentó una irregularidad procesal; (v) se expresaron de manera clara los hechos y argumentos que controvierten la providencia bajo estudio; y; (vi) la providencia objeto de la presente acción no fue dictada dentro de una acción de tutela.

Problema Jurídico

El problema jurídico en esta instancia se puede resumir en las siguientes preguntas:

1. ¿La Sección Primera del Consejo de Estado podía concluir que el Ministerio de Cultura se encuentra obligado a realizar el Plan Especial de Manejo y Protección?
2. ¿La Sección Primera del Consejo de Estado desconoció la normativa contenida en la Ley 472 de 1998 en relación con el decreto de las medidas cautelares?

3. ¿La Sección Primera del Consejo de Estado debió valorar la Comunicación MC-012850-EE-2015 de la Dirección de Patrimonio del Ministerio de Cultura?

Para resolver el problema así planteado se abordarán las siguientes temáticas: (i) causales especiales, (ii) defecto sustantivo: actuaciones en la acción popular, (iii) Planes Especiales de Manejo y Protección: Discrecionalidad del PEMP y medidas cautelares y (iii) defecto fáctico: Comunicación MC-012850-EE-2015. Veamos:

1. Causales especiales

Las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial son aquellos defectos en que puede incurrir la decisión que se controvierte.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional³ las causales especiales, son: a) Defecto orgánico, que se presenta cuando el juez carece de competencia; b) defecto procedimental, el cual ocurre cuando la autoridad judicial actuó al margen del procedimiento establecido; c) defecto fáctico, esto es, cuando el juez no tuvo en cuenta el material probatorio obrante en el expediente para proferir decisión; d) defecto material o sustantivo, el cual se origina en el evento en que se decida con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, en contravía de ellas, o existe una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; e) error inducido, cuando la autoridad judicial es víctima de engaño por terceros y el mismo lo condujo a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales; f) decisión sin motivación; g) desconocimiento del precedente judicial y h) violación directa de la Constitución Política.

2. Defecto sustantivo

En diferentes pronunciamientos⁴, la Corte ha denominado el defecto sustantivo como una condición de procedibilidad de la acción de tutela contra las

³ Sentencias T-352 de 2012, T-103 de 2014, T-125 de 2012, entre otras.

⁴ Ver entre otras, sentencias T-364 de 2009, T-189 de 2005, T-205 de 2004, T-800 de 2006, SU-159 de 2002.

providencias judiciales. Al respecto, ha señalado que se presenta por las siguientes razones⁵:

1. La decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, bien sea, porque la norma empleada no se ajusta al caso, no se encuentra vigente por haber sido derogada, o ha sido declarada inconstitucional
2. La interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance.
3. Se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática.
4. La norma pertinente es inobservada y, por ende, inaplicada.
5. Se aplica una norma que a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a ésta, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador.
6. Evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
7. Insuficiencia en la sustentación o argumentación que afecte los derechos fundamentales.

- Actuaciones en la acción popular

El 15 de marzo de 2012 los señores Oscar José Dueñas Ruiz, María Estela Quintero Espitia, Juliana Castro Londoño y Juan Felipe Lozano Reyes instauraron acción popular contra el Ministerio de Transporte, la Agencia Nacional de Infraestructura, el Instituto Nacional de Vías (Invias) y el Consorcio Solarte Solarte, al considerar que el proyecto presentado por el Consorcio generaba una grave afectación al Parque Histórico Puente de Boyacá declarado como Bien de Interés Cultural de la Nación.

Mediante Auto del 8 de mayo de 2015 y previo a decidir de fondo la acción, el Tribunal Administrativo de Boyacá, oficiosamente, decretó como medidas

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-781 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

cautelares: (i) la suspensión de la aplicación de la Resolución 3991 del 22 de diciembre de 2014 hasta que el Ministerio de Cultura elabore una nueva autorización, de conformidad con la Ley 397 de 1997 y (ii) la cesación inmediata de los trabajos de construcción hasta que se expida la referida autorización.

La anterior determinación, obedeció a que no se efectuó el Plan Especial de Manejo y Protección (PEMP) para la intervención en un Bien de Interés Cultural, como lo es, el Parque Histórico Puente de Boyacá, de conformidad con el artículo 7º del Decreto 1158 de 2008. Al respecto, el Tribunal sostuvo (fls. 59 -69):

*“[...] En tal sentido encontramos que el mencionado artículo 11 (ley 397 de 1997) establece como instrumentos del régimen especial de protección **la intervención**, acto que, no puede realizarse sin contar con la previa autorización del ministerio de Cultura; de otra parte, se consagran **los Planes Especiales de Manejo y Protección –PEMP**, como otra de las herramientas de protección de los Bienes de Interés Cultural, de tal suerte que toda intervención que se realice a alguno de éstos (sic) bienes, deberá realizarse de conformidad con el respectivo PEMP, si éste (sic) existe.*

Decantado lo anterior, y retomando el análisis de la Resolución No. 3991 de 2014, advierte la Sala que, en efecto, aun cuando el proyecto de intervención vial presentado por el consorcio Solarte y Solarte cuenta con la autorización del Ministerio de Cultura, lo cierto es que se autoriza tal intervención sin tomar en consideración que no se ha finalizado la elaboración del Plan Especial de Manejo y Protección del mencionado bien [...]” Paréntesis fuera del texto.

La Agencia Nacional de Infraestructura, el Consorcio Solarte Solarte, el departamento de Boyacá, el Instituto Nacional de Vías y la Procuraduría 45 Judicial II Asuntos Administrativos interpusieron recurso de apelación contra la anterior providencia. El 5 de junio de 2015 el Tribunal ordenó no reponer el Auto y concedió el recurso de apelación ante el Consejo de Estado.

El 12 de noviembre de 2015 la Sección Primera del Consejo de Estado revocó las medidas cautelares, al considerar: (i) la existencia de la Resolución 403 de 2015 de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, (ii) la elaboración de un plan de manejo especial es discrecional del Ministerio de Cultura y (iii) la inexistencia

de pruebas sobre el riesgo inminente e irreversible, en los siguientes términos (fls. 70-110):

“[...] encuentra la Sala que hay tres argumentos que deben ser considerados a la hora de decidir el caso bajo revisión: el primero, la existencia de la Resolución No. 403 de 2015 (del 9 de abril) de la ANLA, por medio de la cual se modificó la licencia ambiental inicialmente otorgada al proyecto, lo cual deja sin piso la afirmación del auto apelado sobre su inexistencia, lo mismo que el requerimiento de acuerdo con el cual las obras se debían suspender hasta que se obtuviera dicho pronunciamiento.

El segundo argumento a considerar es la ausencia de una obligación legal en cabeza de MINCULTURA de exigir la aprobación de un PEMP como condición previa para la autorización de cualquier intervención que se pretenda efectuar sobre el Parque; pues, como se expuso líneas atrás, al no establecer ni en la ley ni en el reglamento dicho mandato, se trata de una decisión discrecional de la autoridad competente, que en este caso no lo ha estimado procedente [...]

Finalmente, es preciso considerar la falta de pruebas ciertas y objetivas sobre el riesgo inminente de una transformación irreversible y de magnitud considerable del Parque Histórico asociado a la Batalla de Boyacá, lo cual impide a esta Sala dudar de la idoneidad del examen efectuado por MINCULTURA al evaluar el impacto de las obras de la segunda calzada BTS sobre el Parque y autorizarlas [...]”

Los señores Oscar José Dueñas Ruíz – accionante de la acción popular- y Perla Molina López –coadyuvante- afirmaron que la autoridad judicial accionada vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso al revocar las medidas cautelares decretadas por el Tribunal Administrativo de Boyacá dentro de la acción popular instaurada para la protección de los derechos colectivos presuntamente vulnerados con ocasión del Contrato de Concesión 0377 entre Invías y el Consorcio Solarte Solarte para la ejecución del proyecto vial Briceño-Tunja-Sogamoso.

3. Planes Especiales de Manejo y Protección (PEMP)

La Ley 397 de 1997, mediante la cual se desarrollaron los artículos 70, 71 y 72 de la Constitución Política, buscó proteger el patrimonio cultural de la Nación, para lo cual creó varias herramientas, entre ellas, el Régimen Especial de Protección de los Bienes de Interés Cultural.

Así, el numeral 1º del artículo 11 de la citada Ley –modificado por el artículo 7 de la Ley 1185 de 2009- dispuso:

“Plan Especial de Manejo y Protección. La declaratoria de un bien como de interés cultural incorporará el Plan Especial de Manejo y Protección –PEMP-, cuando se requiera de conformidad con esta ley. El PEMP es el instrumento de gestión del patrimonio cultural por medio del cual se establecen las acciones necesarias para garantizar su protección y sostenibilidad en el tiempo [...]

El Ministerio de Cultura reglamentará para todo el territorio nacional el contenido y requisitos de los Planes Especiales de Manejo y Protección y señalará, en dicha reglamentación, qué bienes de interés cultural de la Nación, de los declarados previamente a la expedición de la presente ley, requieren de adopción del mencionado Plan y el plazo para hacerlo”

Posteriormente, se expidió el Decreto 763 de 2009, por el cual se reglamentaron “parcialmente las Leyes 814 de 2003 y 397 de 1997 modificada por medio de la Ley 1185 de 2008, en lo correspondiente al Patrimonio Cultural de la Nación de naturaleza material”, y en su artículo 15 clasificó los bienes inmuebles para efectos de los PEMP en los del grupo urbano, como: “fracción del territorio de una población dotada de fisonomía, características y de rasgos distintivos que le confieren cierta unidad y particularidad” y los del grupo arquitectónico como “construcciones de arquitectura habitacional, institucional, comercial, industrial, militar, religiosa, para el transporte y las obras de ingeniería”.

El artículo 19 del Decreto 763 de 2009 dispuso que todos los bienes del Grupo Urbano del ámbito nacional y territorial declarados como Bienes de Interés Cultural requieren el PEMP, mientras que en relación con los del Grupo Arquitectónico señaló que requerían del mismo siempre que se cumplieran ciertas circunstancias indicadas en la Ley.

De lo anterior, se observa que la Ley no dispuso nada en relación con los bienes que no se encuentran dentro de ninguno de los dos grupos antes mencionados. Por lo tanto, corresponde al Ministerio de Cultura fijar la necesidad o no de realizar el PEMP.

- **Discrecionalidad del PEMP**

Los accionantes sostuvieron que determinar la discrecionalidad del PEMP para el caso del Parque Histórico Puente de Boyacá implica una vulneración a la tutela judicial efectiva, ya que se impide la utilización del mecanismo con el que cuenta para conocer la afectación de dicho Bien de Interés Cultural.

Sobre el particular, se advierte que conforme lo expuesto en el acápite anterior al no existir una reglamentación por parte del Ministerio de Cultura en el que se indique cuáles bienes de los que fueron declarados como de Interés Cultural de la Nación con anterioridad a la Ley 1185 de 2007 requieren el Plan Especial de Manejo y Protección, como es el caso del Parque Histórico Puente de Boyacá (declarado como BIC mediante la Resolución 1066 del 2 de agosto de 2006), la decisión se torna discrecional. Como en efecto, lo concluyó la Sección Primera de esta Corporación (fls. 106 y 107):

“[...] además de no ser obligatoria la adopción de un PEMP para los BIC por tratarse de una decisión que legalmente es discrecional de la autoridad competente, es claro que en virtud de sus características (a saber: tratarse de un área de conservación histórica-cultural, ubicado en suelo rural, de gran extensión, donde lo que se protege es un campo y no un edificio o monumento en particular), el Parque Histórico no se encuadra con facilidad en ninguna de las clases previstas. Por ende no son aplicables ni las reglas establecidas para el grupo urbano (adopción obligatoria del PEMP para todos los BIC declarados antes de la entrada en vigencia de la ley 1185 de 2008) ni para el grupo arquitectónico (adopción discrecional de la autoridad, si se verifica algún criterio previsto por el reglamento). En consecuencia se trata de una decisión discrecional del ente competente, en este caso, MINCULTURA, que a la fecha no se ha pronunciado sobre el tema prescribiendo como obligatoria la adopción de dicho instrumento [...]”

Por tanto, la Sección Primera del Consejo de Estado podía concluir que el Ministerio de Cultura no se encuentra obligado a realizar el Plan Especial de Manejo y Protección para el caso del Parque Histórico Puente de Boyacá.

- **Medidas cautelares**

La parte actora sostuvo que el Auto del 12 de noviembre de 2015 proferido por la Sección Primera de esta Corporación incurrió en un defecto sustantivo al desconocer la normativa relacionada con las medidas cautelares consagrada en la Ley 472 de 1998.

El artículo 17 de la Ley 472 de 1998, mediante la cual se desarrolló el artículo 88 de la Constitución Política en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo, dispuso que el juez podrá decretar las medidas cautelares que considere necesarias para impedir perjuicios irremediables o irreparables o suspender los hechos generadores de amenaza a los derechos e intereses colectivos.

No obstante, en el presente asunto la Sección Primera de esta Corporación no encontró probado el riesgo irreversible alegado por la parte actora. Al respecto, indicó (f. 110):

[...] es preciso considerar la falta de pruebas ciertas y objetivas sobre el riesgo inminente de una transformación irreversible y de magnitud considerable del Parque Histórico asociado a la Batalla de Boyacá, lo cual impide a esta Sala dudar de la idoneidad del examen efectuado por MINCULTURA al evaluar el impacto de las obras de la segunda calzada BTS sobre el Parque y autorizarlas [...]"

De lo anterior se sigue, que la autoridad judicial accionada no desconoció la normativa de la ley 472 de 1998 relacionada con el decreto de las medidas cautelares, sino que no encontró demostrada la necesidad de su adopción.

4. Defecto fáctico

De conformidad con la jurisprudencia Constitucional⁶, el defecto fáctico se configura cuando el juez carece de apoyo probatorio que le permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

La Corte Constitucional ha identificado dos dimensiones en las que puede presentarse defecto fáctico: 1) Una dimensión negativa que ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa⁷, u omite su valoración⁸ y sin justificación da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión, comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. 2) Una dimensión positiva, que se presenta generalmente cuando el juzgador aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo el fallador desconoce la Constitución Política.

A pesar de lo expuesto, la intervención del juez de tutela, en relación con el manejo dado por el juez natural es, y debe ser, de carácter extremadamente reducido. En primer lugar, el respeto por el principio de autonomía judicial y el principio del juez natural, impiden que el juez constitucional realice un examen exhaustivo del material probatorio. Así, la Corte Constitucional, en sentencia T-055 de 1997, determinó que, en lo que hace al análisis del material probatorio, la independencia judicial cobra mayor valor y trascendencia.

Por tal razón, tampoco es procedente la acción constitucional, cuando se encamina a obtener una nueva valoración de la actividad evaluativa realizada por el juez que ordinariamente conoce de un asunto.

- Comunicación MC-012850-EE-2015

Los accionantes consideraron que la autoridad judicial accionada incurrió en defecto fáctico al no valorar la Comunicación MC-012850-EE-2015 de la Dirección de Patrimonio del Ministerio de Cultura, mediante la cual se respondió una solicitud presentada por la Academia Colombiana de Historia para el envío de

⁶ *Ibidem*, num.2.

⁷ Sentencia T-442 de 1994.

⁸ Sentencia T-239 de 1996.

documentos relacionados con la declaratoria del Conjunto del Parque Histórico de la Batalla del Puente de Boyacá.

Los señores Dueñas Ruiz y Molina López afirmaron que dicha Comunicación determinó que “ [...] *ante la dificultad de localizar el plano del Parque Histórico Puente de Boyacá que se anuncia en la Resolución 1066 resulta necesario la realización del Plan Especial de Manejo y Protección [...]*”.

Sobre el particular, se precisa que la Sección Primera del Consejo de Estado luego de realizar un análisis detallado de la normativa aplicable determinó que la realización del PEMP es una decisión discrecional del Ministerio de Cultura.

En esa medida, la accionada no se encontraba obligada a valorar la referida Comunicación, ya que la autorización expedida por dicho Ministerio sin adelantar el Plan Especial de Manejo y Protección demostraba la decisión de la entidad de no llevar a cabo el PEMP.

En consecuencia, se negará el amparo solicitado por los señores Oscar José Dueñas Ruiz y Perla Molina López mediante la acción de tutela interpuesta contra la Sección Primera del Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Negar el amparo solicitado por los señores Oscar José Dueñas Ruiz y Perla Molina López mediante la acción de tutela interpuesta contra la Sección Primera del Consejo de Estado, por las razones aquí expuestas.

Segundo: La presente decisión podrá ser impugnada dentro de los tres días siguientes a siguientes a su notificación (art. 31 Dcto. 2591 de 1991). Si esta

providencia no fuere impugnada en tiempo oportuno, remítase el cuaderno original de la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

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

Cuarto: Háganse las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO