CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA – DESCONGESTIÓN

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación Número: 70001-33-31-002-2006-01048-01/ 2006-01093-00

Actor: JORGE IGNACIO GARCÍA SEBÁ

Demandado: CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE SUCRE-CARSUCRE-.

Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho– Fallo de Segunda Instancia – Confirma sentencia de primera instancia-.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia dictada el **15 de diciembre de 2011**, por el **Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre,** que declaró la nulidad de la Resolución No. 0451 del 31 de mayo de 2006 suscrita por el Director General de la Corporación Autónoma Regional de Sucre- CARSUCRE-, por medio de la cual se negó la aprobación o establecimiento de un Plan de Manejo Ambiental- PMA- y se tomaron otras determinaciones; la Resolución No. 734 del 15 de agosto de 2006, expedida por el mismo funcionario con la que se resolvió el recurso de reposición en contra de la primera confirmándola; y se denegaron las demás pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

En consideración a que en el presente asunto se acumularon dos procesos, la Sala realizará precisiones frente a cada una de las demandas así,

1.1. Expediente con radicado 2006-1048-00

Mediante escrito radicado el **6 de octubre de 2006**, el apoderado de la parte demandante presentó demanda[1], en ejercicio de la acción de nulidad simple, establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo en contra de la **Corporación Autónoma Regional de Sucre** con miras a obtener las siguientes declaraciones:

> *"PRIMERA. Que es nula la Resolución 0451 del 31 de mayo del 2006 por la cual se niega el establecimiento de un Plan de Manejo Ambiental y se toman otras determinaciones proferida por el señor Director General de la Corporación autónoma Regional de Sucre CARSUCRE.*
>
> *SEGUNDA. Que es nula la Resolución 734 del 2006 del 15 de Agosto de 2006 por la cual se resuelve un recurso de reposición y se toman otras determinaciones proferidas por el señor Director General de la Corporación Autónoma Regional d Sucre CARSUCRE"*

El referido proceso no obstante fue presentado como una nulidad simple el *a quo* lo admitió como una acción de nulidad y restablecimiento del derecho en aplicación a la teoría de los móviles y las finalidades dado que en el evento de declararse la nulidad de los actos administrativos demandados se podrían presentar consecuencias particulares y económicas en favor del demandante. Lo anterior en consideración a que la acción se encontraba en término a la luz lo previsto a en el artículo 136 de C.C.A.

De otra parte, en el citado auto admisorio negó la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos cuestionados en tanto la Sala no evidenció de la simple comparación de la normas, la violación de las disposiciones alegadas por el actor y consideró que dicho análisis debía realizarse en consecuencia con el estudio del caso en la sentencia.

1.2. Expediente con radicado 2006-1093-00

Mediante escrito radicado el **29 de noviembre de 2006**, el apoderado de la parte demandante presentó demanda[2], en ejercicio de la acción de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, establecida en el artículo 85 del Código Contencioso

[1] Folios 1 a 34 del cuaderno número 1, expediente 2006-1048-00.
[2] Folios 1 a 17 del cuaderno número 1, expediente 2006-1093-00.

Administrativo en contra de la **Corporación Autónoma Regional de Sucre** con miras a obtener las siguientes declaraciones:

> "*PRIMERA. Que es nula la Resolución 0451 del 31 de mayo de 2006 por la cual se niega el establecimiento de un Plan de Manejo Ambiental y se toman otras determinaciones proferida por el señor Directo General de la Corporación Autónoma Regional de Sucre CARSUCRE.*
>
> *SEGUNDA. Que es nula la Resolución 734 del 2006 de 15 de Agosto del 2006 (sic) por la cual se resuelve un recurso de reposición y se toman otras determinaciones proferida por el señor Director General de la Corporación Autónoma Regional Sucre CARSUCRE.*
>
> *TERCERA. Que se ordene el restablecimiento de los derechos de mi mandante afectados por los actos administrativos demandados, así:*
>
> - *Que se pague a mi mandante el valor de las sumas dejadas de percibir por no haber podido poner el servicio de estación Las gaviotas que alcanzan un total de Mil Quinientos sesenta y dos Millones setecientos veinte mil pesos moneda corriente ($1.562'720.000)*
> - *Que se pague al demandante el valor de la cláusula penal que debe pagarle al arquitecto Juan Carlos Acuña Cubides por valor de cuarenta millones de pesos moneda corriente ($40'000.000) de acuerdo con el contrato firmado para la construcción de la estación de servicio Las Gaviotas.*
>
> *CUARTA. Que se condene a la demandada al pago de los intereses a que haya lugar, lo mismo que al pago del ajuste monetario de las sumas que se refiere la pretensión tercera de esta demanda.*
>
> *QUINTA. Que se condene en costas a la demandada, incluidas las agencias en derecho.*

2. Hechos probados y/o admitidos

Con base en los dos escritos de demanda, la Sala encontró acreditados los siguientes hechos, los cuales son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

2.1. El 18 de octubre de 2005, el señor Jorge Ignacio García Sebá presentó ante la Corporación Autónoma Regional de Sucre, en adelante CARSUCRE, Plan de Manejo Ambiental- PMA- de la estación de servicios Las Gaviotas ubicada en el municipio de Corozal, Sucre.

2.2. La referida solicitud, fue resuelta mediante Resolución 0451 del 31 de mayo de 2005 en el sentido de indicar que si bien el Plan de Manejo Ambiental era viable técnicamente, de conformidad con lo establecido

en el Plan Básico de Ordenamiento Territorial - PBOT- del Municipio de Corozal, la actividad a desarrollar era incompatible con uso principal del suelo en la Zona EN1 y en ese sentido negó el establecimiento del mencionado PMA y prohibió al demandante adelantar obras de construcción para la estación de servicio.

2.3. Inconforme con la decisión adoptada, el actor presentó recurso de reposición dentro del término de ley con el argumento de que el proyecto de la estación de servicio no requería licencia ambiental y como soporte adjuntó una certificación del Secretario de Obras Públicas y Saneamiento Ambiental del Municipio de Corozal del 17 de mayo de 2006 en la que indicaba que de acuerdo con el PBOT del municipio el predio no era una zona de especial protección y por ello no requería de licencia ambiental.

Así mismo, indicó que CARSUCRE carecía de competencia para limitar la construcción del proyecto dado que el otorgamiento de las licencias de construcción era competencia de otras autoridades.

2.4. CARSUCRE, mediante Resolución 734 del 15 de agosto de 2006 confirmó en todas sus partes la decisión recurrida y señaló para tales efectos que si bien el proyecto no requería de licencia ambiental en virtud de las normas contenidas el Decreto 1220 de 2005, estimó que sí era necesario el PMA en consideración a que el predio, a su juicio, estaba ubicado en una zona de protección especial (EN1) y bajo ese entendido era competente para establecer el instrumento ambiental para la ejecución del proyecto.

2.5. Con ocasión a la expedición de los referidos actos administrativos el actor manifestó que se le causaron perjuicios; tales como, las sumas dejadas de percibir por no haber logrado poner en servicio la estación Las Gaviotas, las cuales estimó en MIL QUINIENTOS MILLONES SESENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS VEINTE MIL PESOS M/CTE ($1.562.720.000) y el pago de la cláusula penal pecuniaria que alude tuvo que pagar al arquitecto Juan Carlos Acuña Cubides por valor de CUARENTA MILLONES DE PESOS M/CTE ($40.000.000) con base en el contrato que firmó para la construcción de la estación.

3. Fundamentos de derecho y concepto de la violación

3.1. Infracción de normas de superior jerarquía

La parte demandante señaló como normas violadas el artículo 6 de la Constitución Política, La ley 99 de 1993, los artículos 8 y 9 del Decreto 1220 de 2005 y Decreto 500 de 2006.

Sustentó el concepto de la violación en los siguientes cargos, los cuales por efectos prácticos se resumen de ambos escritos de las demandas, de la manera que se expone a continuación:

Falsa motivación: Argumentó que el director del CARSUCRE no tuvo en cuenta la certificación aportada por el demandante en la que se aclaraba que en virtud del artículo 183 del Acuerdo 004 del Concejo Municipal de Corozal contentivo en el PBOT era viable la construcción de la estación de servicio y contrario a lo establecido en las normas que regulan la materia CARSUCRE insistió, falsamente, en que el uso del suelo no permitía la construcción de la estación porque esta se ubicaba en una zona de especial protección (EN1) y por tal motivo era necesario que el proyecto contara con un PMA cuando dicho requisito no era procedente.

Falta de competencia: Alegó el actor que CARSUCRE no es la entidad competente para pronunciarse respecto de las licencias de construcción que se requieren para dar inicio a las obras en tanto por ley corresponde a las autoridades municipales como las secretarías u oficinas de planeación determinar la procedencia del otorgamiento de estas licencias.

Abuso del poder: Afirmó que el director de CARSUCRE desbordó sus competencias al prohibirle al actor adelantar las obras para poner en marcha el funcionamiento la estación de servicio pues amparó su decisión en requisitos injustificados y por fuera de su ámbito de competencia.

Desviación del poder: Destacó que la primera resolución demandada adujo que había viabilidad técnica para la licencia ambiental solicitada, no obstante, por encontrarse en un suelo con especial protección negó el establecimiento de la misma; sin embargo, en la segunda resolución al aceptar que no se requería de licencia ambiental para el proyecto

acudió a su función de máxima autoridad ambiental para considerar que era indispensable el otorgamiento de un PMA.

4. Actuaciones procesales relevantes

4.1. Auto admisorio de la demanda

4.1.1 Expediente con radicado 2006-1048-00

Mediante auto del 13 de diciembre de 2006[3], el Magistrado Ponente del Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, admitió la demanda y dispuso la integración del contradictorio[4].

4.1.2. Expediente con radicado 2006-1093-00

Mediante auto del 22 de enero de 2007[5] el Magistrado Ponente del Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, admitió la demanda y dispuso la integración del contradictorio[6].

4.2. Contestación de la demanda

4.2.1. Expediente con radicado 2006-1048-00

La entidad demandada en lo concerniente a este proceso no realizó pronunciamiento alguno sobre el escrito de la demanda.

4.2.2. Expediente con radicado 2006-1093-00

El 23 de abril de 2007[7] la apoderada de la parte demandada contestó la demanda en los siguientes términos:

Se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda por carecer de elementos fácticos y jurídicos que acrediten su ilegalidad.

[3] Folios 113 a 128 del cuaderno número 1, expediente 2006-1048-00.
[4] El auto ordenó notificar personalmente a la señora procuradora judicial ante el Tribunal y al Directo de la Corporación Autónoma Regional CARSUCRE.
[5] Folios 120 a 121 del cuaderno número 1, expediente 2006-1093-00
[6] El auto ordenó notificar personalmente al director de la Corporación Autónoma Regional de Sucre CARSUCRE y al agente del Ministerio Público.
[7] Folios 127 a 138 del cuaderno número 1, expediente 2006-1093-00.

Informó que de acuerdo con el estudio realizado en las actas de concertación del PBOT del Municipio de Corozal se encontró que el predio donde se pretende construir la estación de servicio se encuentra ubicada en una zona rural con uso EN1, es decir con una especial protección. Esta zona al estar protegida tiene usos restringidos en materia de actividades mineras, residenciales y comerciales.

Consideró que de acuerdo con el PBOT el sistema forestal protector se define como aquel que "*no permite el aprovechamiento comercial de la madera ni la remoción del suelo, conservando en forma permanente la vegetación y admitiendo únicamente el enriquecimiento necesario para garantizar una mayor protección y/o conservación de las fuentes de agua, fauna y bancos genéticos"* y de permitir la ejecución de la obra era evidente que estos fines se abandonarían.

Aseguró que en virtud de las funciones que le han sido otorgadas por la Constitución y la Ley, la autoridad ambiental está facultada para exigir y poner instrumentos de control sobre cualquier proyecto por cuanto debe garantizar y preservar el uso del suelo de acuerdo con lo establecido en el PBOT; de modo que, no es cierto como lo pretende hacer ver el demandante, que se hayan usurpado funciones de otras autoridades.

Alegó que las certificaciones obrantes en el expediente administrativo son discordantes y contradictorias relación al uso del suelo, razón por la cual si CARSUCRE hubiere aprobado el PMA solicitado o cualquier otro instrumento ambiental solicitado por la parte actora habría violado el PBOT del municipio de Corozal y la Ley 388 de 1997 "*Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989, y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones*".

Dijo que el caso no debe centrarse en establecer si la estación requería o no PMA sino en la necesidad de cumplir las normas que buscan la protección del medio ambiente y por ello en el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición CARSUCRE compulsó copias a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación para que se iniciara investigaciones frente a las certificaciones que forman parte del expediente administrativo.

Advirtió que aunque en la lista de proyectos y actividades que según el Decreto 1220 de 2005 requieren de licencia ambiental no figura la construcción de estaciones de servicio- EDS- esto no implica que la autoridad ambiental esté impedida para exigir el establecimiento de un PMA como instrumento autónomo que tiene como propósito controlar los fines ambientales.

Finalizó con que, la discusión no debe centrarse en si el proyecto requería de un instrumento ambiental porque a lo que se le debe dar prelación es a la preservación del medio ambiente de acuerdo con las normas legales y constitucionales que rigen la materia.

4.3. Auto que ordena la acumulación de los procesos.

Dada la solicitud presentada por el demandante y en atención a la presencia de presupuestos normativos que hacen procedente la figura de la acumulación de procesos, mediante auto del 5 de julio de 2007[8] el magistrado ponente ordenó la acumulación del proceso 2006-01093-00 al proceso 2006-01048-00 en consideración a que este último fue radicado con mayor antigüedad.

4.4. Alegatos de conclusión

Surtida la etapa probatoria, por medio de proveído del 17 de octubre de 2008[9], se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto de fondo.

4.4.1. La parte actora

La parte demandante guardó silencio en esta etapa procesal.

4.4.2. La parte demandada[10]

La apoderado de la Corporación Autónoma Regional de Sucre CORPOSUCRE mediante escrito del 5 de noviembre de 2008, se ratificó en los argumentos presentados en su escrito de contestación de la demanda e insistió en la legalidad de los actos administrativos

[8] Folios 133 a 136 del cuaderno número 1, expediente 2006-1048-00.
[9] Folio 174 del cuaderno número 1, expediente 2006-1048-00, acumulado.
[10] Folios 176 a 177 del cuaderno número 1, expediente 2006-1048-00, acumulado.

demandados por cuanto los mismos se encuentran ajustados a las normas legales y constitucionales sobre la materia y están conforme con las disposiciones normativas de PBOT que hacen incompatible la construcción y la actividad de las estaciones de servicios con el uso del suelo fijado para desarrollar el proyecto de interés de la parte demandante.

4.4.3. Ministerio Público.

El agente del Ministerio Público no rindió el concepto de fondo solicitado en esta etapa procesal.

4.5. Auto para mejor proveer[11]

Con el ánimo de incorporar otras pruebas al expediente que permitieran esclarecer la verdad en el presente asunto, la Sala en virtud de lo previsto en el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo ordenó los siguientes requerimientos:

(i) A la Corporación Autónoma Regional de Sucre CARSUCRE los antecedentes administrativos de los actos administrativos cuya legalidad de discute y las copias de la denuncia penal respecto de las certificaciones expedidas por la Secretaría de Planeación con ocasión a la orden emitida dentro de la Resolución 734 donde se ordenó compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación con el propósito de conocer el estado de las investigaciones adelantadas.

(ii) Al instituto Geográfico Agustín Codazzi para que certifique sobre los límites del perímetro urbano del Municipio de Corozal.

Una vez se recibieron las respuestas por las entidades requeridas se profirió sentencia de primera instancia en los siguientes términos:

4.6. Sentencia de primera instancia

[11] Folios 195 a 197 del cuaderno número 1, expediente 2006-1048-00, acumulado.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre mediante sentencia del **15 de diciembre de 2011**[12], declaró la nulidad de la Resolución No. 0451 del 31 de mayo de 2006 suscrita por el Director General de la Corporación Autónoma Regional de Sucre- CARSUCRE-, por medio de la cual se negó la aprobación o establecimiento de un Plan de Manejo Ambiental- PMA- y se tomaron otras determinaciones; y la Resolución No. 734 del 15 de agosto de 2006, expedida por el mismo funcionario con la que se resolvió el recurso de reposición en contra de la primera, confirmándola y se denegaron las demás pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

Definió como problema jurídico "*(i) precisar si la Estación de Servicio E.D.S, requiere para su funcionamiento licencia ambiental y por ende Plan de Manejo Ambiental, y de ser así, cuál es la entidad competente para otorgarla o negarla (ii) Agotado lo anterior y en caso de ser afirmativo lo primero y de ser Carsucre, la entidad competente, determinar si hubo o no, falsa motivación en la negativa de aprobar el Plan de Manejo Ambiental presentado por el acto a su consideración; de haberla, la consecuencia lógica sería anular la prohibición de construir la estación de servicio sobre ese predio*[13] *y (iii) de prosperar cualquiera de las causales anteriores, establecer si procede el restablecimiento en el derecho o la reparación a favor del actor, ya que estos dos últimos componentes de la acción de nulidad del artículo 85 del C.C.A, penden de las circunstancias demostradas en el desarrollo de la causa".*

Señaló que, para proteger el derecho colectivo a gozar de un ambiente sano, que forma parte de los derechos de la tercera generación el gobierno expidió la Ley 99 de 1993 con la cual se creó el Ministerio del Medio Ambiente y se reordenó el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y de los recursos naturales renovables.

Explicó que en la referida ley, se reguló el tema de las licencias ambientales y las autoridades encargadas de su otorgamiento; esto es, el Ministerio de Medio Ambiente hoy de Ambiente y Desarrollo

[12] Folios 216 a 231 del cuaderno número 1 acumulado.
[13] "*Se entiende que la prohibición de construir la estación de combustible sobre ese predio obedeció a la no aprobación del PMA que se quería establecer para un proyecto de igual objeto, ya que aquella, es condición previa para el ejercicio de los derechos que surjan de los permisos, autorizaciones, concesiones y licencias que expidan otras autoridades diferentes a las ambientales.*".

Sostenible, las Corporaciones Autónomas Regionales y los municipios, distritos y áreas metropolitanas (con más de 1 millón de habitantes en su perímetro urbano).

Aseguró que la reglamentación de licencias ambientales, también se reguló con la expedición del Decreto 1753 de 1994 según el cual, todas las actividades productivas requerían la obtención previa de una licencia ambiental. Sin embargo, aclaró que ciertas actividades no requerían de la mencionada licencia cuando en los municipios se contara con un Plan de Ordenamiento Territorial con uso del suelo aprobado por las autoridades municipales y por la respectiva autoridad competente.

Estableció que posteriormente, se expidió el Decreto 1728 de 2002 por medio del cual se reguló la licencia ambiental de acuerdo con el Ordenamiento Territorial, por lo que muchas actividades dejaron de requerir licencias, como por ejemplo las estaciones de servicio de combustibles E.D.S.

Agregó que a pesar de las modificaciones que se han hecho sobre la materia, es decir, los Decretos 1180 de 2003, 1220 de 2005 (vigente para la época en que el actor presentó la demanda), 0500 de 2006 y 2820 de 2010 han conservado la no exigencia de este requisito para las estaciones de servicio de combustibles E.D.S.

Por este motivo, el *a quo* estableció que a partir de la expedición del Decreto 1728 de 2002 cuando se derogó el Decreto 1753 de 1994, los proyectos referidos a estación de servicios de combustibles se rigen por los Planes de Ordenamiento Territorial con el uso del suelo previamente concertado y aprobado entre las respectivas autoridades territoriales y ambientales y en ese orden de ideas, quedaba claro que la actividad a desarrollar por el actor no requería de licencia ambiental y en consecuencia tampoco le era exigible presentar un Plan de Manejo Ambiental por cuanto ello era contrario al principio de legalidad.

Determinó que CARSUCRE se excedió en sus funciones frente a los actos administrativos demandados y en ese sentido era indiferente estudiar si la licencia fue o no aprobada dado que la nulidad devenía de la falta de competencia de la autoridad ambiental para conocer de dicha solicitud en tanto la actividad no requería de Plan de Manejo Ambiental y por ello declaró la nulidad de las resoluciones demandadas.

En atención a la prosperidad de la pretensión sobre la nulidad de los actos administrativos, continuó su estudio frente a la procedencia de la pretensión frente al restablecimiento del derecho y dijo:

Que la actuación que dio origen al acto afectado no se inició de oficio, sino que el actor erradamente con fundamento en una norma derogada; Decreto 1753 de 1994, solicitó en el año 2005 a CARSUCRE un Plan de Manejo Ambiental de la Estación de Servicio las Gaviotas cuando ya la Corporación había perdido competencia en esa materia.

Refirió que en estos casos la reparación no se produce de forma automática dado que es necesario demostrar su ocurrencia a través de las pruebas que obren en el expediente.

Consideró el fallador de primera instancia, que a pesar de que no se solicitó expresamente para poder a entrar a estudiar el restablecimiento alegado era necesario dar aplicación a lo previsto en el artículo 170 del C.C.A que consagra "*…Para restablecer el derecho del particular, los Organismos de lo Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas".*

Argumentó que para el caso objeto de estudio, no es posible expedir un acto de remplazo al anulado por cuanto la causal de nulidad fue la falta de competencia del órgano CARSUCRE y para obtener el acto legal que autorice o reconozca un privilegio, que fue negado por el acto nulo, lo mínimo que se requiere es demostrar ante la autoridad competente que se tiene el derecho a la autorización o reconocimiento por cumplirse con los requisitos previstos en la ley.

Indicó que para las estaciones de servicios de combustible no se requiere de licencia ambiental ni PMA para su funcionamiento, sino que debe sujetarse a lo establecido en el correspondiente POT en lo referente al uso del suelo; lo que quiere decir, que son las curadurías o las secretarias de planeación en los municipios donde existen estas, las competentes para otorgarles los permisos de construcción y entonces corresponderá a quien pretenda ejecutar la actividad acreditar ante las citadas entidades el cumplimiento de los requisitos establecidos en el POT.

Aseguró que el municipio de Corozal a través del Acuerdo No. 004 del 17 de enero de 2001 aprobó el Plan Básico de Ordenamiento Territorial -PBOT- y en el artículo 183 reguló lo relacionado con las Estaciones de Servicio y expendio de combustibles, estableciendo los requisitos que se deben cumplir para este tipo de proyectos, los cuales son entre otros "*presentar una solicitud de uso a la oficina de planeación municipal para que esta expida la licencia especial*".

Explicó que el actor no acreditó ante la autoridad competente el cumplimiento de los requisitos exigidos en el PBOT para la ejecución del proyecto dado que lo dirigió de forma errónea a otra autoridad con miras a obtener un requisito que no necesitaba.

Concluyó el *a quo* que al no ser procedente el restablecimiento del derecho por ser incompetente para determinar si el actor podía o no construir la E.D.S. tampoco podía reconocer y ordenar el pago de las sumas dejadas de percibir por no haber puesto en funcionamiento la estación de servicio y por ende menos aún ordenar el reconocimiento y pago de la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato suscrito por el acto para la construcción de la estación ya que estas son inherentes a la posibilidad de construirlas.

4.7. Recurso de apelación

El 1° de febrero de 2012, dentro del término legal[14], el apoderado judicial de la parte demandante interpuso el recurso de apelación únicamente en cuanto a la no declaración del restablecimiento solicitado dentro del proceso 2006-01093, en consideración a lo siguiente:

Sostuvo que la entidad demandada asumió una competencia de forma abusiva y por ello los actos administrativos demandados fueron declarados nulos.

Explicó que las resoluciones se encontraban amparadas en una presunción de legalidad hasta que una orden judicial, debidamente ejecutoriada, declarara su nulidad razón por la cual mientras dicha circunstancia no ocurriera, los actos administrativos demandados constituían un obstáculo insalvable para que el demandante intentara

[14] Folios 233 a 235 del cuaderno número 1 acumulado.

un trámite diferente ante la autoridad correspondiente para obtener los permisos y licencias administrativas necesarias para poner en funcionamiento la estación de servicio Las Gaviotas.

Aclaró que mientras permanecieran vigentes los actos administrativos ilegales que negaron la solicitud del demandante no era posible que otra autoridad quebrantara el principio de legalidad, la ejecutividad y obligatoriedad de estos adoptando una decisión diferente.

Afirmó que la entidad demandada al expedir los actos administrativos ilegales afectó derechos particulares y concretos que pueden ser restablecidos por decisión judicial en dos momentos: declarando la nulidad de los actos acusados y posteriormente remplazando el acto administrativo viciado de nulidad por otro que declare:

> "***Primero;*** *la incompetencia de la entidad para pronunciarse de fondo sobre la solicitud de mi mandante; y,*
> ***Segundo****, cual era y es, el órgano competente para resolver la petición de mi mandante."*

Precisó que sería caótico y contrario a las normas de administración pública que mientras una entidad pública niega un derecho a un administrado, otras entidades oficiales accedan al derecho que había sido negado por otro entre público máxime si la primera entidad se declara competente para conocer del asunto mediante acto administrativo amparado por la presunción de legalidad.

Dijo que la reparación no puede concretarse con actos de reemplazo dado que el restablecimiento debe producirse pagando al administrado el perjuicio que le causó el acto irregular pues lo años de inactividad y pérdida económica solo pueden ser compensadas con las respectivas retribuciones económicas e indemnizaciones.

Lo anterior, porque los actos administrativos demandados impidieron que se desarrollara un proyecto económicamente productivo sobre el cual se realizaron inversiones, cálculos y adquisiciones e incluso se celebraron contratos que fueron incumplidos por lo que se evidencia que se ocasionaron pérdidas y sobre ello existen pruebas en el proceso como el dictamen pericial.

4.8. Trámite en segunda instancia

4.8.1. Por auto del 26 de junio de 2013, se admitió el recurso de apelación[15] interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante y se ordenó notificar al señor Procurador Delegado para la conciliación administrativa ante el Consejo de Estado.

4.8.2. Mediante auto del 1° de noviembre de 2013[16], se corrió traslado a las partes para presentar alegaciones en segunda instancia y al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

4.8.2.1. La parte demandante

El apoderado de la parte demandante en escrito del 3 de diciembre de 2013[17] presentó alegatos de conclusión con fundamento en los argumentos presentados con el recurso de apelación para que se restablezca su derecho y en consecuencia se reconozcan los daños y perjuicios que argumenta se le han ocasionado.

4.8.2.2. Parte demandada

El apoderado de la parte demandada guardó silencio en esta etapa procesal.

4.8.2.3. Concepto del Ministerio Público

Al respecto, se precisa que el Ministerio público no rindió concepto en esta etapa procesal.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con el artículo 129 del C.C.A y con el numeral 1º del Acuerdo número 357 del 5 de diciembre de 2017, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para proferir fallo dentro de los procesos de segunda instancia que sean remitidos por los Despachos

[15] Folio 5 del cuaderno número 2, acumulado.
[16] Folio 8 del cuaderno número 2, acumulado.
[17] Folios 9 a 11 del cuaderno número 2.

de la Sección Primera, dentro de los cuales, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del citado acuerdo, se encuentra el proceso de la referencia.

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil[18], de conformidad con el cual *"La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla."*

2. Actos administrativos acusados

Los actos administrativos demandados y declarados nulos en primera instancia son los siguientes:

2.1. Resolución 0451 del 31 de mayo de 2006 "*Por la cual se niega el establecimiento de un plan de manejo y se tomas otras determinaciones*".

2.2. Resolución 734 del 15 de agosto de 2006 "*Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se toman otras determinaciones*".

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda frente al restablecimiento del derecho, respecto al reconocimiento de las sumas dinero dejadas de percibir con la inejecución del proyecto,

[18] Aplicable al presente asunto en virtud de lo dispuesto en el literal c del numeral 1º del artículo 625 del Código General del Proceso *"c) Si en el proceso se hubiere surtido la etapa de alegatos y estuviere pendiente de fallo, el juez lo dictará con fundamento en la legislación anterior. Proferida la sentencia, el proceso se tramitará conforme a la nueva legislación*. Por lo anterior, teniendo en cuenta que el término del traslado para alegar corrió entre el 20 de noviembre de 2013 al 03 de diciembre de 2013 (folio 8 reverso cuaderno número 2), el presente asunto se encuentra para fallo previó a la entrada en vigencia del Código General del Proceso (1 de enero de 2014, como lo dispone su artículo 627 y como lo definió la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en auto de 25 de junio de 2014, expediente nro. 49.299, Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

estación de servicio[19] de combustible Las Gaviotas, así como el valor de la cláusula penal pecuniaria que tuvo que pagar como consecuencia del incumplimiento de un contrato para la ejecución de las obras.

4. Razones jurídicas de la decisión

La Sala resuelve el problema jurídico expuesto con el orden metodológico que se presenta a continuación:

(I) Establecer si con la declaración de nulidad de los actos administrativos demandados debe reconocerse las pretensiones relacionadas con el restablecimiento del derecho formuladas por el actor.

(II) Realizar un análisis probatorio de las pruebas que obran en el expediente para el reconocimiento de estos perjuicios.

En este orden de ideas, la Sala precisa que las pretensiones de la demanda a título de restablecimiento del derecho fueron estimadas por el demandante de la siguiente manera:

- Por concepto de las sumas dejadas de percibir por no haber logrado poner en marcha la estación de servicio de combustible La Gaviotas MIL QUININETOS SESENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS VEINTE MIL PESOS M/CTE ($1.562.720.000).
- Por el pago del valor de la cláusula penal que tuvo que reconocerle al arquitecto Juan Carlos Acuña Cubides por CUARENTA MILLONES DE PESOS M/CTE($40.000.000) de conformidad con el contrato suscrito para la estación del servicio.

4.1. Establecer si con la declaración de nulidad de los actos administrativos demandados debe reconocerse las pretensiones relacionadas con el restablecimiento del derecho formuladas por el actor.

La Sala da inicio al estudio de este planteamiento, teniendo como presupuesto de base que el actor presentó una solicitud ante la

[19] De acuerdo con el Decreto 4929 del 2003 vigente para la época de los hecho se define como "*establecimiento en el cual se almacenan y distribuyen al consumidor final los combustibles líquidos derivados del petróleo.*".

Corporación Autónoma Regional de Sucre CARSUCRE para el otorgamiento de un PMA con miras a poner en marcha el funcionamiento de la estación de servicio de combustible Las Gaviotas.

Esta situación fáctica, pone en evidencia que las obras programadas para la construcción de la estación aún no habían iniciado en tanto el demandante consideró que para ello era necesario, previamente, obtener un instrumento ambiental que fuera otorgado por la autoridad ambiental para ejecutar los trabajos destinados a la creación de la estación de servicio de combustible.

Pues bien, de acuerdo con el juicio de legalidad efectuado por el Tribunal en primera instancia, se estableció que para la ejecución del proyecto Las Gaviotas no era necesario obtener ningún instrumento ambiental en tanto las disposiciones que regulan la materia no establecían este requisito expresamente y por tanto, declaró la nulidad de los actos administrativos demandados en el entendido de que CARSUCRE exigió un requisito por fuera de la ley y no era la entidad competente para pronunciarse sobre la construcción de la obra.

Sobre el particular, la providencia precisó que los trámites administrativos que sí debió iniciar el actor, conforme a lo previsto en el Acuerdo 004 del 17 de enero de 2001 a través del cual se aprobó el PBOT del municipio de Corozal, artículo 183[20] fue "*presentar una solicitud de uso a la oficina de planeación municipal para que esta expida la licencia especial*[21]*".*

La obtención de una licencia especial de construcción ante la Secretaría de Planeación Municipal de Corozal corresponde a una situación fáctica que no se encuentra probada en el expediente.

En este sentido, la Sala observa que la solicitud de licencia de construcción no es incompatible con la solicitud que realizó en su momento el demandante ante la Corporación Autónoma Regional; es

[20] Folio 152 del cuaderno de pruebas de la parte demanda.
[21] La solicitud de uso para la expedición de una licencia especial, de conformidad con lo previsto en el Acuerdo 004 del 17 de enero de 2001, tiene por objeto que el interesado acredite ante la Secretaría Distrital de Planeación que la estación de servicios para el expendio de combustible cumple con los requisitos técnicos previstos en la normas de construcción tales como: planos de localización y arquitectónicos, concepto favorable de la oficina de planeación acompañado de la aprobación de la junta de planeación municipal, entre otros, y de este modo garantizar que la obra se lleve a cabo bajo estándares de calidad y seguridad.

decir, que si bien es cierto CARSUCRE negó el establecimiento de un Plan de Manejo Ambiental frente al proyecto y como consecuencia de ello ordenó no adelantar ningún tipo de construcción para la estación de servicio de combustible solicitada, también lo es, que esta circunstancia no constituía un impedimento para que paralelamente el demandante solicitara ante la Secretaría de Planeación Municipal de Corozal el otorgamiento de la licencia de construcción como requisito legal previsto en el PBOT del municipio y de este modo pudiera iniciar la ejecución de los trabajos de construcción.

De este modo, se evidencia que el demandante incurrió en un error al tramitar el cumplimiento que de un requisito que no necesitaba para poner en marcha la estación de servicio, luego mal haría, bajo este presupuesto, alegar en su favor su propia culpa pues el pronunciamiento emitido por CARSUCRE no se produjo de forma oficiosa sino como resultado de la solicitud presentada por el actor con miras a obtener el PMA.

Por lo expuesto, se puede concluir que el demandante tenía la obligación de adelantar los trámites tendientes a la obtención de una licencia especial de construcción ante la Secretaría de Planeación del municipio y no lo hizo, y por esta razón, aun cuando los actos administrativos expedidos por CARSUCRE fueron declarados nulos dicha circunstancia no remplaza el trámite ante la Secretaría quien era la única autoridad que podía otorgar la viabilidad de la construcción del proyecto.

Esta autoridad administrativa, en el evento de haber recibido la solicitud de otorgamiento de la licencia especial de construcción, debía iniciar unos estudios técnicos para determinar si era viable o no la concesión de la citada licencia; pero este trámite, como ya se ha dicho, no fue adelantado por el demandante y por ello esta Sala no está facultada para reemplazar a la Secretaría y determinar si el proyecto podía ser ejecutado por cuanto esta función escapa de su órbita de competencia y adicionalmente porque tampoco cuenta con los elementos de juicio necesarios dentro del expediente que le permitan inferir la viabilidad técnica de la estación del servicio para justificar la ejecución de los trabajos.

Por este motivo, no es cierto como lo sugiere el actor que no se requiere de un acto de remplazo en los términos previstos en el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo sino que basta con indicar quién era la autoridad competente.

El citado artículo 170 del C.C.A señala:

> *"La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones.* ***Para restablecer el derecho particular, los Organismos de lo Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas****."* (Negrilla fuera de texto).

Así las cosas, es claro para la Sala que no le asiste razón a la parte actora cuando afirma que con ocasión a la declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados debe reconocérsele automáticamente los perjuicios solicitados por los siguientes aspectos:

- ✓ Es evidente la inobservancia de la parte demandante de iniciar el trámite administrativo ante la Secretaría de Planeación y a cambio de ello inició otro que no era necesario para el funcionamiento de la estación y con ello el actor pretende evadir su responsabilidad frente a la inactividad en la solicitud del trámite adecuado alegando que otra autoridad administrativa se declaró competente para conocer del caso.

- ✓ Si el demandante hubiese adelantado el trámite ante CARSUCRE para obtener un instrumentos ambiental e igualmente hubiese acudido ante la Secretaría de Planeación municipal para obtener la licencia especial de construcción, sin importar que se hubiesen adoptado decisiones contradictorias, el pronunciamiento favorable de la Secretaría era la prueba técnica de la viabilidad del proyecto que podrían demostrar que se dejaron ejecutar unas obras que podían efectuarse por la orden dada por CARSUCRE pero dicho acervo probatorio no obra en el expediente.

De suerte que el demandante no estaba habilitado para construir la estación de servicio de combustible Las Gaviotas en tanto no contaba con la licencia especial para tales efectos y por este motivo no es posible que se reconozca como restablecimiento del derecho las sumas dejadas de recibir por la inejecución de la obra. La Sala no puede entender o tener por cierto, que de haber iniciado el trámite correcto ante la autoridad competente, el actor hubiese obtenido la licencia especial que sí era requisito para el funcionamiento de la estación de servicio las Gaviotas, y menos aún, a partir de aquello, para acceder al restablecimiento del derecho pretendido.

- ✓ Este mismo análisis, se desprende de la solicitud del reconocimiento de la cláusula pecuniaria por incumplimiento del contrato que aduce el demandante suscribió con un arquitecto para la ejecución de la obra dado que los trabajos no podían llevarse a cabo hasta tanto no se contara con licencia especial de construcción contenida en el PBOT.

Ahora bien con el desarrollo de este punto propuesto en el orden metodológico es suficiente para resolver el problema jurídico propuesto y concluir que no es procedente el restablecimiento del derecho alegado por la parte actora respecto de sus pretensiones económicas, en tanto que no fue evidenciado el invocado daño susceptible de una eventual reparación.

En este orden de ideas, a la Sala no le es procedente continuar con el estudio de las pruebas que obran en el expediente más exactamente a analizar lo relacionado con la prueba pericial puesto que esta tiene por objeto demostrar el monto de los supuestos perjuicios materiales ocasionados al actor que como ya ha quedado suficientemente ilustrado, carecen de la presencia de un daño debidamente probado.

Así las cosas, no le asiste razón a la recurrente, y por lo tanto, la Sala confirmará en todas sus partes la sentencia del 15 de diciembre de 2011, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre.

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

III. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 15 de diciembre de 2011 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 173 del Código Contencioso Administrativo.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

Notifíquese y Cúmplase.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero

SC5780-6-1 GP059-6-1