

**CONSEJO DE ESTADO****SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO****SECCIÓN QUINTA****Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02867-01**Actor: GERMÁN LÓPEZ FRANCO****Demandados: CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B Y OTRO****Asunto: Acción de tutela. Fallo de segunda instancia. Contra providencia judicial.**

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta por la parte actora contra el fallo de 6 de diciembre de 2017, dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que **negó** el amparo solicitado en el presente mecanismo constitucional.

I. ANTECEDENTES**1. La tutela**

El señor **LÓPEZ FRANCO** promovió acción de tutela, el 24 de octubre de 2017,¹ invocando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y el «*derecho a la seguridad jurídica*», presuntamente vulnerados por el Tribunal Administrativo de Boyacá y la Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado, quienes conocieron el medio de control de reparación directa radicado con el No. 15001-23-31-000-2004-00418-01.

1.1. Hechos

El tutelante los narró, en síntesis, así:

¹ Fls. 1 – 5.



1.1.1. Presentó demanda de reparación directa contra la Nación, Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, con el fin de que fueran declarados administrativamente responsable por los daños y perjuicios ocasionados producto de la privación injusta de la libertad, que soportó.

1.1.2. El Tribunal Administrativo de Boyacá, con sentencia del 26 de mayo de 2011, negó las pretensiones de la demanda.²

1.1.3. El accionante inconforme con la anterior decisión la apeló.

1.1.4. La segunda instancia fue resuelta, con providencia del 30 de marzo de 2017, por la Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado, confirmando la anterior decisión.³

Luego del análisis de los argumentos del recurso de apelación y del estudio del material probatorio arrimado, explicó que en el caso concreto, está probado que el señor **GERMÁN LÓPEZ FRANCO** estuvo vinculado a un proceso penal donde se le impuso medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva la que fue sustituida por libertad provisional, se le prohibió salir del país y se le embargó un inmueble de su propiedad. Posteriormente, fue absuelto por cuanto su conducta no se ajustó a los presupuestos establecidos para la configuración de los tipos penales que se le imputaba, tal como lo consideró el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, quien había sido denunciado por urbanización ilegal y estafa.

Teniendo en cuenta lo anterior, y toda vez que el fundamento de la absolución a favor del señor **LÓPEZ FRANCO** se dio porque la conducta por él desplegada no era constitutiva de un hecho punible, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que el régimen de responsabilidad aplicable era, en principio objetivo, razón por la cual no se requería establecer la existencia de una falla en la prestación del servicio. No obstante, afirmó que ello no era óbice para que, si las condiciones fácticas y

² Fls. 234 – 242. Cdo. 7, del expediente ordinario allegado en calidad de préstamos (en adelante Exp. Ord.).

³ Fls. 261 – 281. *Idem*. Decisión que quedó ejecutoriada el **12 de mayo de 2017**, según el edicto visible a folio 282. *Idem*.



jurídicas lo ameritaban, resultara aplicable el régimen subjetivo, cuando el mismo se encontrara acreditado.

Luego expuso que la conducta del señor **GERMÁN LÓPEZ FRANCO** al construir obras civiles sin la obtención de la respectiva licencia, esto es, sin cumplir con los requisitos de ley, constituyó una conducta gravemente culposa, por lo que su actuar reflejaba reprochable, en tanto de conformidad al Código Civil le era exigible obrar con el deber objetivo de cuidado y la cautela requerida para así evitar omitir el deber funcional o la conducta que le es exigible a los particulares de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Constitución Política.

En vista de lo anterior, concluyó que de manera negligente y descuidada, el demandante desatendió las disposiciones jurídicas que sobre la materia establecía la ley, es decir, que la conducta del señor **LÓPEZ FRANCO** desde el punto de vista penal, no mereció sanción, pero desde el punto de vista de la responsabilidad por el daño sufrido por este como consecuencia de la medida de aseguramiento que se le impuso y el embargo del inmueble de su propiedad, resultaba imputable a la propia víctima y no a la entidad estatal, conforme a lo establecido en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, en tanto su conducta fue claramente culposa, porque construyó obras sin la obtención de la licencia y sin el cumplimiento de las exigencias legales.

1.2. Fundamentos de la solicitud

El señor **LÓPEZ FRANCO** consideró que se configuró un **defecto sustantivo**, en tanto el Tribunal Administrativo de Boyacá como el Consejo de Estado desconocieron y/u omitieron un argumento esencial presentado desde la interposición de la demanda, pues se afirmó que la querrela que dio origen el proceso penal ya había caducado, pues para la fecha de ocurrencia de los hechos el delito de urbanización ilegal requería querrela de parte y que, para la fecha en la que se presentó la denuncia en su contra, esto es, del 28 al 30 de junio de 1998, ya había transcurrido más de un año desde la iniciación del proyecto urbanístico (junio 04 de 1997).



Lo anterior, toda vez que el Decreto No. 2700 de 1991, Código de Procedimiento Penal, vigente en aquella época, en su artículo 32, disponía:

«La querrela debe presentarse dentro del término de un año, contado desde el momento de la comisión del hecho punible».

Por otro lado, manifestó que, el Consejo de Estado al resolver el recurso interpuesto, negó el decreto y práctica de pruebas testimoniales solicitadas en el libelo genitor, bajo el argumento de “*no haber enunciado sucintamente el objeto de la prueba*”; hecho que constituye una violación clara al principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y, de contera, al debido proceso.

Finalmente, alegó la configuración del **defecto por desconocimiento del precedente** contenido en la C-695 de 2013, que analizó el tema de responsabilidad del Estado derivado de la privación injusta de la libertad, como de los requisitos de medidas de aseguramiento.

1.3. Pretensiones

Como consecuencia del amparo de su derecho, en la tutela se pidió:

«A. Amparar mi derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.P.), el derecho a acceder a una administración de justicia efectiva (art. 229, C.P.) y el derecho a la seguridad jurídica (art. 2, C.P.).

B. Que como consecuencia del amparo deprecado, se deje sin efecto la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, Consejero Ponente Dr. Ramiro Pazos Guerrero, de marzo 30 de 2017, radicación # 150012331000200400418 01.

C. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a esa Corporación dictar nuevo fallo teniendo en cuenta lo aquí esgrimido».

2. Trámite en primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, en auto de 3 de noviembre de 2017,⁴ admitió la tutela y ordenó notificar a los Magistrados de la Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado y a los del Tribunal Administrativo de Boyacá.

⁴ Fl. 10.



Como terceros con interés dispuso notificar a las partes del proceso de reparación directa.

2.1. Contestaciones

Remitidos los oficios de rigor,⁵ se recibieron las siguientes:

2.1.1. El Tribunal Administrativo de Boyacá

Al contestar manifestó que la decisión de esta Corporación, que se acusa de incurrir en una vía de hecho, respondió a la situación fáctica y jurídica que exigía el caso, de una forma razonable, coherente y motivada, sustentada en la interpretación judicial aplicable al caso y, sin la exposición de razones que expresen algún defecto en la misma. En consecuencia, solicitó que se desestimen las pretensiones de la acción de amparo por no configurarse afectación alguna de las garantías constitucionales del accionante.⁶

2.1.2. La Fiscalía General de la Nación

Al intervenir solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela, por cuanto no se argumenta la configuración de alguna causal específica de procedibilidad de esta contra providencias judiciales.⁷

2.1.3. La Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado

Al contestar requirió negar las pretensiones elevadas, toda vez que se observa que las razones invocadas por el interesado van encaminadas a manifestar inconformidades frente a la decisión tomada en el proceso de reparación directa, sin que se lograra acreditar que la providencia cuestionada haya vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso, administración de justicia efectiva y seguridad jurídica. Advirtió que el propósito del señor **LÓPEZ FRANCO** es constituir una especie de instancia adicional del proceso de reparación directa, cuestión que resulta improcedente.⁸

⁵ FIs 11 - 15.

⁶ FIs. 17 - 19.

⁷ FIs. 22 - 26.

⁸ FIs. 42 - 45.

3. Decisión de primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado con providencia del 6 de diciembre de 2017, **negó el amparo**.⁹

Lo anterior, toda vez que los defectos alegados no se presentan en el caso bajo estudio, ello por cuanto, el actor no propuso en ningún momento algún desconocimiento de las normas del Decreto Ley 2700 de 1991, dentro del recurso de apelación del proceso ordinario, es por ello que en la sentencia del 30 de marzo de 2017, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, no hizo alguna referencia al respecto. Finalmente, confirmó la sentencia de primera instancia al considerar que existió culpa exclusiva de la víctima porque inició la ejecución de las obras sin contar con la licencia de construcción, desconociendo lo establecido la Ley 388 de 1997.

4. La impugnación

La decisión tomada por el *a quo* fue impugnada por el libelista, quien sustentó su inconformidad como se sigue:¹⁰

Manifestó que contrario a lo afirmado, la problemática del Decreto No. 2700 de 1991 sí fue planteada, toda vez que al corregir la demanda de reparación directa, se alegó la existencia de la caducidad de la querrela que dio origen al proceso penal, lo que fue reiterado en los alegatos de conclusión de la primera instancia.

Por lo anterior, como las autoridades judiciales del proceso ordinario no se pronunciaron sobre dicha situación, incurrieron en un **defecto sustantivo** por falta de congruencia (art. 305 del Código de Procedimiento Penal).

De igual manera, indicó que según la sentencia de la SU-424 de 2012 de la Corte Constitucional, tal situación configura, igualmente, en **defecto procedimental**, por violación del principio de «consonancia».

⁹ Fls. 53 – 58.

¹⁰ Fls. 64 – 75. El fallo de primera instancia se notificó con oficio remitido el 15 de diciembre de 2017 (fl. 61). La impugnación se allegó por correo electrónico el día 11 de enero de 2018, es decir, dentro del término establecido por el artículo 31 del Decreto No. 2591 de 1991.



Conforme a lo anterior, solicitó la revocatoria del fallo impugnado y, en contraposición, sean acogidas las solicitudes de amparo elevadas.

I. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para asumir el conocimiento de la impugnación presentada, según lo establecido por el Decreto No. 2591 de 1991.

2. Asunto bajo análisis

De conformidad con el fallo de primera instancia, la impugnación presentada y el mecanismo constitucional presentado, corresponde a la Sala determinar:

- i. La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.
- ii. Si el fallo de tutela de primera instancia se debe confirmar, modificar o revocar, **a partir de los argumentos dados en la impugnación** y se analizará si la Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado afectó los derechos indicados por el tutelante.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Esta Sección, mayoritariamente,¹¹ venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, eventos estos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado que lesionara el

¹¹ Sobre el particular, el Consejero Ponente mantuvo una tesis diferente sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se puede consultar en los salvamentos y aclaraciones de voto que se hicieron en todas las acciones de tutela que conoció la Sección. Ver, por ejemplo, salvamento a la sentencia Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001-03-15-000-2011-00546-01, accionante: Oscar Enrique Forero Nontien y accionados: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B y otro.



derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012¹² **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas desemejantes sobre el tema.¹³

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.¹⁴

Señaló la Sala Plena en el fallo en mención:

«De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente**».¹⁵ Énfasis propio.

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros**

¹² Sala Plena. Consejo de Estado. Rad. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

¹³ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

¹⁴ Se dijo en la mencionada sentencia: «**DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia».

¹⁵ Sala Plena. Consejo de Estado. Rad. No. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.



fijados hasta el momento jurisprudencialmente como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los **«fijados hasta el momento jurisprudencialmente»**.

Al efecto, en virtud de la sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014,¹⁶ la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 de la Constitución Política y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso deberá probarse y en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia¹⁷ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, no ha distinguido con claridad cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -improcedencia sustantiva- y cuáles impiden analizar el fondo del asunto -improcedencia adjetiva-.

Por tanto, se debe verificar que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez; iii) subsidiariedad, es decir, el agotamiento de los mecanismos

¹⁶ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

¹⁷ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.



judiciales, ordinarios y extraordinarios de defensa, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión a tomar será declarar **improcedente** el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

Cumplidos esos parámetros, corresponderá adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la **prosperidad** o **negación** del amparo impetrado, se requerirá principalmente: **i)** que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y **ii)** que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una «*tercera instancia*» que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

4. Fondo

Para la Sala de la lectura de los argumentos planteados en la impugnación, el señor **GERMÁN LÓPEZ FRANCO** varió los cargos que planteó en el libelo introductorio, pues ahora alegó la configuración de un defecto sustantivo por desconocimiento del principio de congruencia y la configuración del procedimental por ignorar el axioma de la consonancia.

Por lo anterior, entrar en esta instancia a realizar un análisis sobre los defectos alegados en la impugnación,¹⁸ sería afectar el debido proceso, el derecho de defensa y contradicción de las partes y del juez de tutela de primera instancia, pues nunca tuvieron la oportunidad para pronunciarse sobre los mismos, lo que

¹⁸ Sobre el asunto se pueden consultar, las siguientes sentencias de tutela de esta Sección, proferidas durante este año: **Febrero 15**, proceso No. 25000-23-42-000-2017-05227-01, accionantes: Angie Carolina Sierra Vargas y otro; C.P. Alberto Yepes Barreiro. **Febrero 1º**, radicado No. 11001-03-15-000-2017-01399-01, tutelante: Ana María González Garcés; C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

desconocería la lealtad procesal que debe reinar entre todos los que participan en un proceso judicial.

Finalmente, para este juez constitucional, como la problemática de que la autoridad judicial no tuvo en cuenta que el artículo 32 del Decreto No. 2700 de 1991, que fijaba un término de un año para presentar la querrela de parte, lo que se indicó tanto en el escrito inicial y, de cierta manera, en la impugnación, la Sala comparte la conclusión de la Sección Cuarta, cuando indicó que el actor no propuso en ningún momento algún desconocimiento de dicha norma, y la sentencia del 30 de marzo de 2017, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, tampoco hizo alguna referencia al respecto, pues confirmó la sentencia de primera instancia al considerar que existió culpa exclusiva de la víctima porque inició la ejecución de las obras sin contar con la licencia de construcción, desconociendo lo establecido la Ley 388 de 1997.

Lo anterior, se corrobora pues esta Sala de Decisión al revisar el recurso de apelación del proceso ordinario (fls. 244 a 248. Cdo. 7. Exp. Ord.), evidenció que tal situación no fue planteada, en los términos indicados en la presente acción constitucional.

En vista de ello, para este juez constitucional, a la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado no se le puede alegar dicho reproche, pues el desconocimiento del artículo 32 del Decreto No. 2700 de 1991, no fue un planteamiento de inconformidad en el recurso de alzada, que dicha autoridad judicial resolvió, en la providencia judicial que ahora se cuestiona, lo que conllevaría a declarar la improcedencia, frente a este argumento en el trámite constitucional, por no superar el requisito de procedibilidad adjetiva de la subsidiariedad; a pesar de ello, en esta instancia, la Sala confirmará el fallo de tutela de primera instancia, toda vez que el actor varió los cargos, pues en la impugnación alegó defectos diferentes a los establecidos en el escrito que inició este proceso, como ya se explicó.

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,



FALLA

PRIMERO: Confirmar el fallo de tutela de primera instancia, por medio del cual, la Sección Cuarta del Consejo de Estado **negó** el amparo deprecado por el señor **GERMÁN LÓPEZ FRANCO**, de conformidad con la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo establecido por el artículo 32 del Decreto No. 2591 de 1991.

TERCERO: Devolver el expediente allegado en calidad de préstamo.

CUARTO: Notificar a las partes según lo establecido por el artículo 30 del Decreto No. 2591 de 1991.

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

