

Sentencia T-275/12

ACCION DE TUTELA CONTRA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-  
Caso en el que Superintendente Delegado impone sanción consistente en multa a  
Promoambiental Caribe S.A. E.S.P.

PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Legitimación

ACCION DE TUTELA-Ineficacia e inidoneidad de mecanismos judiciales existentes

ACCION DE TUTELA-Protección de derechos fundamentales

ACCION DE TUTELA-Carácter principal o subsidiario y acreditación o evidencia de un  
inminente perjuicio irremediable sobre el derecho fundamental vulnerado

ACCION DE TUTELA-Improcedencia general para controvertir actos administrativos

VIA DE HECHO ADMINISTRATIVA-Violación del debido proceso

La tesis de las vías de hecho (...) ha sido aplicada principalmente en el campo de la actividad  
judicial, pero esta Corporación también ha reconocido su aplicación en el ámbito de los  
procesos y actuaciones administrativas. Esta se produce cuando quien toma una decisión,  
sea ésta de índole judicial o administrativa, lo hace de forma arbitraria y con fundamento en  
su única voluntad, actuando en franca y absoluta desconexión con el ordenamiento jurídico.

Referencia: expediente T-3.247.689

Acción de tutela instaurada por PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A. E.S.P. contra la  
SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Colaboró: Manuela Duque Yepes

Bogotá D.C., doce (12) de abril de dos mil doce (2012)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos dictados, en primera instancia, por el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de decisión 2, el dieciséis (16) de noviembre de dos mil diez (2010) y, en segunda instancia, por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, el veintitrés (23) de junio de dos mil once (2011), dentro de la tutela presentada por PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A., E.S.P., contra la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

## I. ANTECEDENTES

La sociedad PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A., E.S.P., obrando a través de apoderado judicial<sup>1</sup>, interpuso acción de tutela el veinticinco (25) de octubre de dos mil diez (2010) contra la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS –en adelante SSPD- con el objetivo de obtener la protección de su derecho fundamental al debido proceso constitutiva de una vía de hecho administrativa (folios 7-30, Cuaderno 1). Este último se estimaba vulnerado de conformidad con los siguientes:

### 1. Hechos de la demanda

1. El 30 de septiembre de 2008 presentó descargos y solicitó y aportó pruebas. Estas últimas fueron negadas el 26 de enero de 2009, acto que a su vez fue recurrido mediante oficio del 9 de febrero de 2009. Mediante Resolución del 31 de julio de 2009, el Superintendente Delegado confirmó tal decisión.

1. Adelantada la investigación administrativa, con resolución del 17 de septiembre de 2009, el Superintendente Delegado impuso sanción administrativa consistente en la multa a PROMOAMBIENTAL CARIBE, S.A., E.S.P., por la suma de cuatrocientos millones de pesos colombianos (\$400.000.000.00), además de otras obligaciones.

1. Contra dicha resolución la accionante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación.

1. El Superintendente Delegado por resolución del 31 de agosto de 2010, decidió confirmar la sanción impuesta, y según se afirma en la demanda, no se pronunció sobre el recurso de apelación.

1. De esta forma, a juicio de la empresa accionante, se produjo una “ostensible violación del derecho fundamental al debido proceso por parte de la entidad (...) susceptible de ser corregida por este medio de defensa judicial” (folio 2, Cuaderno 1).

#### 1. Argumentos de la demanda

A partir de la anterior descripción, de manera extensa y detallada, PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A. E.S.P. expone las razones por las cuales se vulnera su derecho al debido proceso, primero dentro de la propia descripción de los hechos (folios 2 a 6, Cuaderno 1) y luego en un capítulo denominado “CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN” (folios 7-26, Cuaderno 1).

Son ellas, en síntesis, las siguientes:

1. La SSPD impuso una sanción no establecida en la ley, lo cual constituye una vía de hecho administrativa (folio 7-20, cuaderno 1). Sin embargo, precisa que los numerales PRIMERO y SEGUNDO de la parte resolutive del acto acusado, “en vía de discusión puede entenderse que se encuentran amparados bajo el numeral 3º del decreto 990 [sic] y bajo el numeral 1º del artículo 81 [sic], y serán debatidos en la jurisdicción contenciosa administrativa” (folio 20).

1. Precisa entonces que su alegato se centra sobre los numerales tercero, cuarto y quinto, los cuales resultan violatorios del debido proceso por cuanto, a juicio de la accionante, no existe ningún soporte jurídico para que el Superintendente Delegado ni la SSPD en general, puedan disponer las órdenes allí contenidas, de conformidad con lo previsto en el Decreto 990 de 2002, artículos 5º y 7º y en la ley 142 de 1994, artículo 81.

1. Sobre el tercero, cuando ordena a PROMOAMBIENTAL que “‘efectúe el cálculo y traslado periódico al fondo de solidaridad y redistribución de ingreso de Cartagena de Indias D.T. y C. (...) de los superávits solidarios generados en la facturación periódica de su prestación del servicio público de aseo en las Áreas de Servicio Exclusivo -ASE- 1 y 2 de la citada ciudad” (folio 2 y 20).

1. Sobre el cuarto, al exigir que en el término de 10 días hábiles siguientes “efectúe el cálculo de los superávits solidarios” en mención, “que haya dejado de trasladar al Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos” de la ciudad de Cartagena, como forma de aplicación de la “orden administrativa” prevista en el numeral anterior.

En este caso en particular, aclara la demanda que i) el Superintendente Delegado no está facultado para proferir tales órdenes administrativas de carácter económico indeterminado en relación con la cuantía, frente a un tercero y en un plazo tan irrisorio (folio 20); ii) ese tipo de sanción no se encuentra prevista dentro de las facultades sancionatorias de aquél y iii) la misma se extiende por un período ilegal, por ordenarse desde el inicio de las operaciones, cuando la obligación no se hallaba prevista en el pliego de condiciones (folio 21).

1. En cuanto al quinto precepto normativo de la resolución del 17 de septiembre de 2009, ocurre lo mismo respecto de la orden de “reversión de la información que reportó con mala calidad al Sistema Único de Información de Servicios Públicos” para reportarlo con la información corregida, respecto de sus cuentas de los años 2006 y 2007, dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que sea autorizada la reversión aludida (folios 2-3 y 21).

1. Explica a continuación como argumento de la situación planteada, que la SSPD no es superior jerárquica de las empresas prestadoras y que ella sólo puede actuar en el marco de sus competencias (folios 21, 22).

1. En fin, bajo “una interpretación equivocada” de la ley 489 de 1998 y el desconocimiento del artículo 113 de la ley 142 de 1994, se ha negado el derecho a la doble instancia, asumiendo el Superintendente Delegado que contra sus decisiones como delegatario del Superintendente, sólo proceden los recursos del delegante (folio 23, Cuaderno 1). De esta manera se “está violando de tajo el derecho a la defensa y el principio al debido proceso de la sociedad (...)”, siendo necesaria la tutela para protegerlo y para salvaguardar “los principios elementales de existencia de un Estado Social de derecho y así evitar que se siga causando un perjuicio irremediable (...)”. (folios 23-24).

1. El recurso además se resolvió sin haber comunicado en debida forma la respuesta a la recusación formulada contra el Superintendente delegado. Esto por cuanto en la resolución que resolvió el recurso contra la sanción fue expedida el 31 de mayo de 2010 y en ella se decía como hecho contrario a la verdad, que la recusación ya se había comunicado, lo cual sólo ocurrió el 4 de junio de ese año, según consta en las pruebas (folios 24 y 562, Cuaderno 1).

1. Señala igualmente que la sanción contempla “hechos posteriores a los que contenía el pliego de cargos y sobre los cuales no se le brindó la oportunidad de ejercer el derecho de defensa, no fue objeto de pruebas y no fue debatido en la actuación administrativa” (folio 24, Cuaderno 1). De esta forma se impuso una sanción por hechos generales, lo que conlleva una “lesión grave a los derechos de la empresa” (folio 25, Cuaderno 1).

1. Se ha abusado de la autoridad, pues por un lado el Distrito de Cartagena ha disfrutado de los recursos consignados en la cuenta fiduciaria que ha usado para cubrir en tres oportunidades zonas deficitarias y por otro, “la SSPD al evaluar los pagos indica que lo que se ha realizado es un pago de lo no debido y sanciona imponiendo una multa” (folio 25, Cuaderno 1).

1. Se presenta además la exigencia de un imposible, pues se sanciona por no consignar unos recursos, cuando no existía la cuenta fiduciaria correspondiente que sólo se creó por el Distrito en 2009.

1. En fin, la accionante señala que las sanciones incluyeron períodos frente a los cuales dicha facultad ha caducado, lo cual incide en la tasación de la multa (folio 26, Cuaderno 1).

1. En cuanto a la procedencia de la acción, PROMOAMBIENTAL S.A. E.S.P. lo justifica en el perjuicio irremediable que se puede producir con la ejecutoria de las resoluciones demandadas, porque “se lesiona el derecho a su buen nombre (...) [esto es,] porque en ellos se informa que la empresa ha violado la reglamentación lo cual no es cierto, además porque la SSPD ha dispuesto en sus resoluciones un plazo de 10 días para cumplir unas órdenes abiertamente ilegales y para ejecutarlas no debe acudir a ningún ente judicial, ya que dispone de la facultad de jurisdicción coactiva (...)”. En fin, existe perjuicio irremediable porque con las resoluciones se “doblega la voluntad de la empresa, imponiéndole la obligación de ejercer actos que no hacen parte de su competencia configurando sin duda

alguna una VÍA DE HECHO, que hace necesaria la protección de la acción de tutela (...)” (folio 28, Cuaderno 1).

1.2.10. Con base en los argumentos anteriores, solicita como pretensión principal, que se amparen los derechos fundamentales de la sociedad PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A. E.S.P., vulnerados por la SSPD e inaplicar o dejar sin efectos de manera definitiva las resoluciones de sanción y no reposición aludidas y se la condene en costas. Como pretensión subsidiaria, se solicita la suspensión en la ejecución de los actos administrativos señalados, de manera provisional, hasta que la justicia contenciosa administrativa resuelva sobre su nulidad y que se le conceda a la accionante un plazo de cuatro meses “contados a partir de la ejecutoria del acto que resolvió el recurso de reposición del acto que resolvió el recurso de reposición para que presente ante la jurisdicción contenciosa administrativa la respectiva acción judicial” (folio 30, Cuaderno 1).

#### 1. Intervención de la entidad demandada

En el auto admisorio de la acción de tutela, el juez de primera instancia requirió a la entidad demandada para que rindiera un informe sobre los hechos y las pretensiones de la demanda.

Así pues, mediante apoderado, la SSPD contestó la demanda. En ella:

1. Solicita que se denieguen todas las pretensiones, no sólo porque la tutela no es el mecanismo idóneo, sino porque no existe ningún perjuicio irremediable.

1. Explica cómo se surtió el trámite administrativo hasta el pliego de cargos formulado mediante oficio del 26 de agosto de 2008. A este respecto afirma que dichos cargos se fundamentaron en la presunta violación de la normatividad sobre subsidios y contribuciones, al no trasladar los superávits y régimen de distribución de ingresos del Distrito de Cartagena, al no efectuar el registro contable de los subsidios y contribuciones en los estados

financieros, según el plan de contabilidad expedido por la SSPD, por presunto incumplimiento de la obligación de reporte de información al SIU, por presunto reporte extemporáneo de información al SIU y por presunto incumplimiento en la calidad de la información reportada al SIU (folio 2, Cuaderno 2). En dicho pliego se incorporó un amplio listado de pruebas (folio 6, Cuaderno 2).

1. Transcribe un extenso aparte de la resolución del 31 de mayo de 2010, que resolvía el recurso de reposición contra la resolución de 17 de septiembre de 2009 del Superintendente Delegado, en la que se trata lo relativo a la protección del derecho de defensa de PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A., E.S.P. durante la actuación administrativa (folios 6-8, Cuaderno 2).

1. Continúa describiendo la actuación, incluidos los trámites sobre las copias requeridas por PROAMBIENTAL CARIBE S.A. E.S.P., la presentación de los descargos, las pruebas que se incorporaron al expediente presentadas por la sociedad investigada y las que se rechazaron (folios 8-12, Cuaderno 2). También da cuenta del trámite que se dio al recurso contra este auto de pruebas y finalmente la valoración previa de la multa por imponer, según tasación por incumplimiento verificado del ordenamiento jurídico (folios 13-14). A continuación cita los artículos tercero, cuarto y quinto de la resolución del 17 de septiembre de 2009, por el cual se impuso la sanción y se adoptaron otras decisiones (folios 14 y 15, Cuaderno 2). También el proceso de notificación de esta última resolución, el recurso de reposición y en subsidio de apelación y la descripción de la forma como se atendieron estos últimos en la resolución de 31 de mayo de 2010 que resolvió el recurso (folios 17 a 24, Cuaderno 2 y 269 y ss, Cuaderno 1).

1. Sobre los argumentos contra las órdenes contenidas en los artículos tercero, cuarto y quinto de la resolución que sanciona a PROAMBIENTAL CARIBE S.A., E.S.P., dice la SSPD que se trata de una competencia inherente a su función de órgano de vigilancia y control, como policía administrativa (folios 25 a 28, Cuaderno 2). A partir de tal atribución puede ordenar a las empresas vigiladas, “obligaciones de dar, hacer o de no hacer [sic], [es decir] mandatos o prohibiciones” (folio 28, Cuaderno 2).

1. Con respecto a la caducidad de la acción sancionatoria, retoma la sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena, de 4 de febrero de 2010, en la que se determinó que la sanción se impone con el acto que así lo determina, con independencia de que contra ella procedan recursos. De este modo, contrario a lo afirmado por la actora, estima que no ha operado la caducidad alegada, pues la resolución del 17 de septiembre de 2009 se notificó el 13 de octubre de ese año y los actos objeto de sanción relevantes o bien no han concluido pues al constituir infracciones continuadas, sólo cesarían al momento en que se cumpla con las obligaciones, o bien ocurrieron el 4 de julio de 2008, el 30 de octubre y 15 de noviembre de 2006, y los últimos de enero de 2007, fechas desde las cuales no es posible afirmar que hubiere operado la caducidad al momento de imponer la sanción (folios 28-30, Cuaderno 2).

1. Después de exponer el inadmisibles comportamiento de la abogada representante de la empresa investigada, al incluir, a falta de argumentos para su defensa, amenazas de denuncias penales sobre los funcionarios de la SSPD (folios 31-37, Cuaderno 2), reitera que no existe perjuicio irremediable pues la jurisprudencia ha sido clara en señalar que las multas no tienen tal características (folio 37, Cuaderno 2).

1. Aduce igualmente, retomando los argumentos de la resolución que resolvió el recurso de reposición, que la actuación de la SSPD no es producto del contrato de concesión suscrito por PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A., E.S.P., sino de sus competencias constitucionales y legales, de modo que no es admisible el argumento de que quien pueda exigir el cumplimiento de las obligaciones requeridas, sea sólo el Distrito como concesionario del servicio (folio 39-40, Cuaderno 2).

1. Transcribe luego los argumentos de la resolución de 31 de mayo de 2010 sobre los fundamentos de los cargos formulados durante la investigación administrativa y las

sanciones impuestas, para concluir que no existe vulneración del debido proceso, no obstante el debate planteado por la accionante no deba ser surtido en sede de tutela (folios 41-55, Cuaderno 2).

1.3.10. En concreto sobre las formas de violación alegadas por la empresa accionante, dice la SSPD que se impuso una sanción prevista en la ley, además de las órdenes administrativas necesarias para que los incumplimientos detectados cesaran; no obró como superior jerárquico de PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A. E.S.P., sino en ejercicio de su competencia constitucional y legal destinada a asegurar que la prestación del servicio público en cuestión, como parte de los fines sociales del Estado, se sometiera a la legalidad establecida (folios 56-57, Cuaderno 2).

1.3.11. A este mismo respecto dice que la no concesión del recurso de apelación, obedece a la interpretación razonada que de tiempo atrás la SSPD ha sostenido (concepto de la oficina jurídica de 2003), conforme la cual el artículo 113 de la ley 142 de 1994, quedó subrogado por lo establecido en el artículo 12 de la ley 489 de 1998 (folios 57-61, Cuaderno 2).

1.3.12. También precisa que la resolución por la cual se resolvió la recusación contra el Superintendente Delegado que profirió el acto de sanción, se comunicó mediante oficio de 28 de mayo de 2010, a mas de que sobre la misma se manifestó suficientemente la resolución que atendió el recurso de reposición (folio 61, Cuaderno 2).

1.3.13. Reitera que no es cierto que se impusiera una sanción por incumplimiento del pliego de condiciones, pues lo que la SSPD hizo fue ejercer sus competencias para hacer efectiva la legalidad (folio 62, Cuaderno 2).

1.3.14. Otro tanto se afirma con relación al alegato sobre abuso de poder y exigencia de un imposible, pues la imposición de efectuar el pago de los superávits proviene de la ley y de las obligaciones que de allí se derivan para con las empresas prestadoras del servicio público (folios 62 a 65, Cuaderno 2).

1.3.15. Retoma por último el argumento de la improcedibilidad de la acción de tutela, por existir otro mecanismo de defensa judicial idóneo para dirimir el conflicto planteado, por lo cual solicita, en definitiva, que sean desechadas las peticiones de la empresa accionante (folios 65 a 67, Cuaderno 2).

## II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

2.1. Mediante sentencia del dieciséis (16) de noviembre de dos mil diez (2010), el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 2, actuando como autoridad judicial de primera instancia, resolvió rechazar la tutela impetrada por improcedente, fundamentado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, desde la cual señala la improcedencia por regla general de la tutela contra actos administrativos, por existir otros medios de defensa judicial. Por ello, luego de transcribir apartes de diversos pronunciamientos en los que se destacan los eventos excepcionales para que la tutela proceda en esos casos, precisa que “lo pretendido por el accionante, implica más allá de un estudio de violación de derechos fundamentales, un estudio de legalidad de las decisiones sancionatorias contenidas en las resoluciones cuestionadas por vía de tutela, que determina realizar una confrontación normativa frente a dichos actos y un análisis probatorio riguroso para llegar a la conclusión de legalidad o ilegalidad de los actos, no siendo la acción de tutela la sede judicial para dirimir este conflicto, en razón a que tiene otro mecanismo de defensa judicial (...)” (folio 82, Cuaderno 2). Agrega que no es dable entonces al juez de tutela desplazar al juez natural en el debate que la accionante plantea, pues con ello se desfigura el papel institucional de la tutela y se niega el papel primordial que debe cumplir el juez especializado.

En adición, estima que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no se evidencia que se pueda producir un perjuicio irremediable, pues la argumentación de que la acción de nulidad y restablecimiento no reviste la celeridad e inmediatez esperada no es argumento suficiente, ya que es necesario demostrar, cosa que no se hizo, la inminencia, urgencia e imposterabilidad de la tutela en ese caso (folios 86 y 87, Cuaderno 2).

2.2. La parte demandante interpuso recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia. Contrario a lo establecido por ese tribunal, la empresa PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A., E.S.P. argumentó por intermedio de apoderado, que las resoluciones de 17 de septiembre de 2009 y 31 de mayo de 2010, proferidas por el Superintendente Delegado de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de la SSPD, vulneraron “de manera cierta y evidente los derechos fundamentales a la legalidad, al derecho de defensa y al debido proceso de PROMOAMBIENTAL (...) y se le colocó [sic] en un claro riesgo inminente de sufrir un perjuicio

irremediable, puesto que con la firmeza de las sanciones impuestas se lesiona su patrimonio y se disminuye su capacidad de contratación y de participación en licitaciones presentes y futuras, en y [sic] proceso de selección para la prestación de servicios públicos” (folios 92-93, Cuaderno 2). La multa además lesiona “su parte económica” y su “capacidad de contratación”, pues afecta “notablemente su calificación y clasificación al momento de participar en una licitación” (folio 93, Cuaderno 2). Todo ello a través de “actos administrativos manifiestamente irregulares y violatorios del debido proceso” (folio 93, Cuaderno 2).

Además, el no conceder la doble instancia en la vía gubernativa constituyó una “actuación burda, irregular y arbitraria”, que desconocía lo previsto en el artículo 113 de la ley 142 de 1994 (folios 93 y 94, Cuaderno 2), asunto frente al cual guardó total silencio y por ello incurrió en una vía de hecho, que debe ser intervenida por el juez de tutela (folio 94, Cuaderno 2).

Dice igualmente en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que de no actuar el juez de tutela se producirá un perjuicio irremediable, al existir “una amenaza latente, un peligro inminente para (...) [PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A. E.S.P.], de verse expuesta a sufrir un perjuicio irremediable de producirse el cobro coactivo pretendido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios” (folio 95, cuaderno 2). Un “daño real y efectivo al patrimonio” de prestadora de servicios en cuestión, “que no podría ser resarcido sino mediante el reconocimiento de una posterior indemnización de perjuicios”, (folio 95, Cuaderno 2).

Lo anterior también porque se ha solicitado la conciliación prejudicial consagrada en la ley 1285 de 2009, como requisito de procedibilidad para promover la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos acusados en sede de tutela, mas dicho mecanismo no tiene la celeridad suficiente para atender con la prontitud e inmediatez necesaria, el derecho vulnerado de la accionante. Concluye con una extensa cita de la sentencia SU-039 de 1997, como argumento para justificar que procede la tutela aún cuando existan otros mecanismos judiciales (folio 95 a 100, Cuaderno 2).

Con base en lo anterior, pide que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se protejan los derechos vulnerados, para que se suspendan los actos acusados, hasta un

pronunciamiento definitivo sobre su legalidad, por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (folio 100, Cuaderno 2).

2.3. Cuando la decisión se encuentra al Despacho del consejero sustanciador, en segunda instancia, la empresa PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A., E.S.P. nuevamente solicita se decrete medida provisional para suspender la aplicación de los actos de sanción y no reposición de la SSPD (folios 109 y 110, Cuaderno 2). Un nuevo apoderado de la accionante radica el 14 de enero de 2011 ante el Consejo de Estado, otra solicitud de revocación en igual sentido, en la que puntualiza el problema jurídico que debe resolver el caso para establecer si con los actos acusados, el Superintendente Delegado “¿actuó sin competencia funcional y le vulneró derechos fundamentales a la legalidad, al derecho de defensa y al debido proceso, o transitó por vía de hecho administrativa?” (folios 118, Cuaderno 2). Lo anterior, por la no concesión del recurso de apelación en vía gubernativa y por imponer sanción por actos sobre los cuales había caducado el poder sancionatorio de la SSPD (folios 119-121, Cuaderno 2).

2.4. A través de sentencia del veintitrés (23) de junio de dos mil once (2011), el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, confirmó el fallo de primera instancia. Para llegar a esta conclusión parte de referirse brevemente al carácter subsidiario de la acción de tutela o su procedencia excepcional, pero sólo ante la producción inminente y grave de un perjuicio irremediable. En el caso en estudio encuentra que la sociedad funda tal perjuicio “en la exigibilidad de la sanción pecuniaria que, con fundamento en sus facultades legales, le impuso la Superintendencia (...). Como se ve, la existencia del perjuicio se sustenta en hechos que no son irremediables pues, en el evento de que se declare la nulidad de los actos que la actora considera lesivos (...), la eventual lesión de sus derechos puede ser objeto de reparación o restablecimiento dentro del respectivo proceso judicial, a través de la indemnización de perjuicios, en la que puede reclamar tanto los daños materiales como los morales, a los que se haya visto expuesta con ocasión de la expedición y ejecución de los mencionados actos”. (folios 135 y 136, Cuaderno 2).

2.6. El consejero William Giraldo Giraldo, presentó salvamento de voto contra la decisión de la Sala, pues aunque estima que en efecto existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como mecanismo para atacar las resoluciones materia de discusión, en la medida que la SSPD no se pronunció respecto del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de 17 de septiembre de 2009, le limita a la accionante “la posibilidad de acudir a

la Jurisdicción Contencioso Administrativa para controvertir los actos presuntamente ilegales y dañinos, por cuanto existe la posibilidad de que al estudiarse el caso por el juez natural se produzca un fallo inhibitorio por falta de agotamiento de la vía gubernativa (...), riesgo que la accionante no asumió, y prefirió acudir a la acción de tutela para que se le despejara el camino con miras a una acción contenciosa dirigida contra actos que, a su juicio, le han vulnerado derechos fundamentales”. (folio 143, Cuaderno 2).

### III. PRUEBAS RECAUDADAS

3.1. Certificado de existencia y representación de la empresa PROMOTORA AMBIENTAL CARIBE S.A., E.P.S. (folios 34 a 36, Cuaderno 1).

3.2. Comunicación del pliego de cargos contra dicha sociedad, recibida el 18 de septiembre de 2008 y pliego en sí mismo (folios 37 y 38 a 71, Cuaderno 1).

3.3. Resolución del 17 de septiembre de 2009, por la cual se impone una sanción a PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A., E.S.P. y comunicación de la misma (folios 72 y 73 a 191, Cuaderno 1).

3.4. Resolución del 31 de mayo de 2010, por la cual se resuelve un recurso de reposición (folio 192 a 561, Cuaderno 1), con la confirmación de la sanción impuesta y la comunicación a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación, a la Fiscalía General de la Nación y a la Alcaldía Mayor del Distrito de Cartagena.

3.6. Pliego de condiciones, licitación DAM 002-05, versión final con adendos, de la Concesión para la recolección, barrido y limpieza de vías y áreas públicas y corte de césped en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición en el Distrito de Cartagena (folios 597 a 737, Cuaderno 1).

3.7. Contrato de concesión del 9 de marzo de 2006, celebrado entre el Distrito de Cartagena y la sociedad PROMOTORA AMBIENTAL CARIBE S.A., E.S.P., (folios 738 a 769, Cuaderno 1).

3.8. Certificación del Banco Sudameris de 12 de mayo de 2009, por el cual se informa de la apertura de cuenta de ahorros, bajo el nombre de: “Fideicomisos fiduciaria GNB Sudameris-

Alcaldía de Cartagena, Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso del servicio público domiciliario de aseo” (folio 770, Cuaderno 1).

3.9. Comunicación del Asesor de Servicios Públicos de la Alcaldía Mayor de Cartagena, en la que se informa a PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A., E.S.P., sobre la apertura de la cuenta correspondiente, a la que se trasladan unos recursos y se informa que deberán girarse el total de superávits que llegaren a generarse de los recaudos de las ASE´S del servicio de aseo en la ciudad de Cartagena (folios 771 a 772, Cuaderno 1).

3.10. Informe del Contralor General de la República a la Alcaldesa de Cartagena en el que se establece que con “fundamento en la documentación puesta en conocimiento de la Contraloría (...)” ese órgano de control “concluye que el concesionario PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A., E.S.P., ha venido cumpliendo con el traslado de los superávits al Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos y su actuar no constituye un potencial detrimento patrimonial de la nación”. (folios 773 a 777, Cuaderno 1).

3.11. Comunicación de la Fiduciaria Bogotá, al gerente general de PROMOAMBIENTAL AMBIENTAL CARIBE S.A., E.S.P., en la que se remite la “relación detallada de los traslados efectuados por solicitud de Promoambiental Caribe al encargo de fondo de Fiducia, (...) desde el año 2006 al 30 de junio de 2010” (folio 778 a 781, Cuaderno 1).

3.12. Copia remitida por la SSPD con la contestación de la demanda, del expediente 2008440350600064E, “contentivo de la investigación adelantada por la Dirección de Investigación de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en contra de la empresa PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A., E.S.P.” y dentro de la cual se expidieron las resoluciones objeto de discusión en la tutela. Son un total de dosmil ochocientos veintitrés (2823) folios.

#### IV. CONSIDERACIONES

##### 4.1. Competencia

1. Esta Corte es competente para revisar la presente acción de tutela de conformidad con los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de

1991 y en las demás disposiciones pertinentes; asimismo, por la selección del respectivo expediente y la determinación de que el caso sea decidido por la presente Sala de Revisión.

#### 4.2. Problemas jurídicos preliminares y esquema de resolución

2. Como ocurre con todos los casos de tutela, corresponde establecer de manera preliminar la cuestión sobre la procedibilidad de la acción que dio inicio al presente proceso. Esto es, conocer si para el caso en concreto, no existe otro mecanismo de defensa judicial o el mecanismo existente no es idóneo o suficientemente eficaz para proteger el debido proceso administrativo de la accionante cuya vulneración se alega, o, en fin, se está en riesgo inminente de producir un perjuicio irremediable.

2.1. Tales preguntas se deben responder, en el marco de los problemas jurídicos expuestos por el demandante, que a juicio de la Sala giran en torno de conocer si el Superintendente Delegado para Acueducto, Alcantarillado y Aseo, mediante las resoluciones del 17 de septiembre de 2009, confirmada mediante resolución del 31 de mayo de 2010, vulneró el derecho al debido proceso de PROMOAMBIENTAL S.A. E.S.P., constituyendo su actuación una vía de hecho administrativa que al decir de la accionante se produjo por:

- haber dispuesto órdenes administrativas sin competencia por no estar incluidas dentro de las sanciones por imponer previstas en el artículo 81 de la ley 142 de 1994;
- haber incluido obligaciones relacionadas con hechos frente a los cuales ha operado la caducidad del poder sancionatorio de la SSPD;
- no haber siquiera respondido a la presentación del recurso de apelación formulado por la actora durante la vía gubernativa ante el Superintendente Delegado de la SSPD, con desconocimiento de lo previsto en el art. 113 de la ley 142 de 1994 según el cual procede ese recurso contra los actos del delegante, con errada aplicación del artículo 12 de la ley 489 de 1998;
- haber impuesto una multa tan onerosa como la que ordenó el Superintendente Delegado a la empresa accionante por la suma de cuatrocientos (400) millones de pesos, que de estar obligada a pagar, le causaría un perjuicio irremediable al impedirle subsistir financieramente

y al reducirle sus opciones de participar con éxito en las licitaciones públicas de concesión para la prestación de servicios públicos domiciliarios.

2.2. Sólo establecidas positivamente las anteriores condiciones de procedibilidad de la acción, será posible determinar la prosperidad o no de las pretensiones de los demandantes, por comprobarse la clara vulneración de los derechos fundamentales alegados o de otros de igual naturaleza, de modo tal que deban ser protegidos con la eficacia constitucional del mecanismo judicial de la tutela.

3. Por ello y para los efectos de resolver los problemas procesales formulados, la Sala reiterará la jurisprudencia relativa a la procedibilidad de la acción de tutela (5), las exigencias argumentales que se impone cuando se alega la vía de hecho administrativa (6) y con tales elementos estudiará lo propio para el caso concreto (7).

#### 5. Procedencia de la acción de tutela

4. Hace parte esencial del derecho de acceso a la justicia y en particular del debido proceso de la acción de tutela, el verificar si este mecanismo es el procedente como forma de amparar los derechos fundamentales cuya vulneración se alega.

La procedibilidad es la “calidad que se refiere a la concurrencia de los requisitos procesales necesarios que ha de tener la actuación de las partes para iniciar el proceso y que garantiza la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho”<sup>2</sup>. En otras palabras, los requisitos de procedibilidad son aquellos presupuestos indispensables, desde el punto de vista procesal, para ejercer una determinada acción, sin cuyo cumplimiento no es posible que el juez se pronuncie de fondo.

5. Esta cuestión de ordinario suele ser una pregunta preliminar y formal en todo proceso. En el caso de la tutela, empero, trasciende a las formas y se convierte en asunto de radical importancia, pues con ella se garantiza que el problema jurídico planteado por el demandante, ha de ser atendido a través de esta acción privilegiada del orden constitucional, llamada a proteger los bienes más preciados para el Estado constitucional.

6. Teniendo en cuenta esta definición, los requisitos generales de procedibilidad de la acción

de tutela están regulados en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991 (en especial artículos 1º, 2º, 42, y 5º) y se pueden resumir en los siguientes términos: i) que la acción de tutela sea instaurada para solicitar la protección inmediata de un derecho fundamental; ii) que exista legitimación en la causa por activa, es decir, que la acción sea instaurada por el titular de los derechos fundamentales invocados o por alguien que actúe en su nombre; iii) que exista legitimación en la causa por pasiva, en otras palabras, que la acción se dirija contra la autoridad o el particular que haya amenazado o violado, por acción o por omisión, el derecho fundamental; iv) que el afectado no disponga de otro mecanismo de defensa judicial, porque ya agotó los que tenía o porque los mismos no existen o cuando, a pesar de disponer de otro mecanismo de defensa judicial, la acción de tutela sea instaurada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando el medio judicial ordinario no resulta idóneo para la protección de los derechos invocados por el accionante.

7. En este orden, se evidencian dos ámbitos de valoración para definir si la tutela como acción procede o no. Uno subjetivo alusivo a la legitimidad de las partes (5.1.), otro objetivo o sobre la legitimidad de las razones materiales para acudir a la tutela (5.2.).

#### 5.1. La procedibilidad desde el punto de vista subjetivo

8. En este asunto se tratan dos temas sustancialmente. Por una parte el análisis sobre la legitimación en la causa de tutela, tanto por activa como por pasiva. Con ella se determina si las partes del proceso, esto es accionantes y accionados, poseen legitimidad procesal o interés para actuar en la controversia judicial por la afectación de sus derechos fundamentales o por haber participado en su presunta vulneración.

9. De conformidad con la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es procedente, cuando es ejercida por personas naturales y jurídicas. Frente a las personas naturales, sólo por el hecho de existir, poseen derechos fundamentales, que las hacen sujetos habilitados para el ejercicio de la acción. Con todo, en razón de las exigencias constitucionales propias del Estado social de derecho y pluralista, (arts. 1º, 5º, 7º, 13, 43, 44, 45, 46, 47 C.P.), la jurisprudencia de esta Corte ha ido reconociendo en cabeza de mujeres, niños, adolescentes, ancianos, discapacitados, indígenas, afrocolombianos y, en general, sobre grupos tradicionalmente discriminados o ignorados, la condición de sujetos de especial

protección. Con ella, su legitimidad por activa se incrementa, pues las condiciones que soporta facilitan que pueda ser la tutela el mecanismo -principal o transitorio- con que se atienden sus reclamos de garantía efectiva de las posiciones jurídicas iusfundamentales de los derechos cuando fueren objeto de violación.

10. Con relación a las personas jurídicas, la acción de tutela es procedente pero sólo con relación de los derechos fundamentales que las mismas ostentan<sup>3</sup>.

11. En cuanto a la legitimidad por pasiva, pueden ser objeto de la acción tutela las autoridades públicas (art. 1º del Decreto 2591 de 1991), por razón de sus poderes y competencias con las que puede más fácilmente poner en riesgo o vulnerar los derechos fundamentales de las personas<sup>4</sup>. También los particulares, mas en los términos trazados por la ley (art. 42, Decreto 2591 de 1991) y desarrollados por la jurisprudencia constitucional, bajo el supuesto del carácter vinculante de la Constitución para todos los asociados (art.6º C.P.), de los deberes constitucionales frente a los derechos ajenos (art. 95, nums. 1º y 4º, C.P.) y también de la desigualdad entre las personas, la indefensión de unas y la capacidad de subordinación de otras o la trascendencia de las actuaciones que despliegan<sup>5</sup>.

5.2. La procedencia de la acción de tutela desde el punto de vista objetivo.-

12. En este caso se pregunta si la acción de tutela procede ante la inexistencia de otros mecanismos judiciales, o ante la ineficacia e inidoneidad de los existentes, buscando, en todo caso, evitar la ocurrencia de un inminente perjuicio irremediable. Es decir que como se ha manifestado en innumerables pronunciamientos, por regla general la acción de tutela no es procedente como mecanismo principal, pues la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados, debe operar a través de los mecanismos judiciales ordinarios previstos para su defensa.

13. En esta valoración, aparecen tres elementos determinantes de la procedibilidad objetiva de la tutela. Por un lado, según la naturaleza de los derechos reclamados (5.2.1.), por otro, conforme el carácter necesario, indispensable de la tutela, aún ante la existencia de otros mecanismos ordinarios (5.2.2.), ésto, en particular, a partir de la prueba de que en caso de no operar la tutela es inminente la ocurrencia de un perjuicio irremediable (5.2.3.). Por último, se revisará brevemente el significado de la vía de hecho administrativa como alegato en sede de tutela (5.2.4.)

### 5.2.1. Reclamo de tutela para proteger derechos fundamentales

14. Un elemento objetivo que se analiza en este ámbito, es el relacionado con la naturaleza de los derechos reclamados. Pues no todo derecho o interés legítimo merece la aplicación de un mecanismo judicial tan valioso, exigente y ágil, sino que se debe tratar de ingredientes sustanciales de los derechos, que permiten su ejercicio o goce efectivo, en condiciones de libertad e igualdad básicas y que además, resultan inherentes al sujeto, consustanciales a su dignidad humana.

15. Como se ha establecido por la jurisprudencia, se encuentran allí de manera evidente, las más de las facetas, atributos o posiciones jurídicas de los derechos, libertades y garantías fundamentales a la vida, a la integridad física, al habeas corpus, a la intimidad, la honra, el habeas data, las libertades de expresión, asociación, investigación, cultos, reunión y manifestación, las libertades sindicales y las prohibiciones constitucionales específicas garantes de las libertades y derechos. Y lo son también respecto de algunos elementos de los demás derechos constitucionales fundamentales, como ocurre, por citar algunos ejemplos, con el derecho de contradicción en el debido proceso para todas las actuaciones<sup>6</sup>, las garantías mínimas reconocidas por el legislador frente a los derechos sociales<sup>7</sup>, el mínimo vital que asegura el ejercicio de las libertades y derechos económicos<sup>8</sup>, o el pleno desconocimiento de la libertad y la autonomía en cuanto a los derechos y libertades políticas<sup>9</sup>.

17. En ese orden, resulta consistente que la jurisprudencia constitucional haya reconocido con reiteración la improcedencia de la acción de tutela para controvertir asuntos de mera legalidad. Al respecto se decía en la SU 713 de 2006 que “(...) es preciso recordar que la procedencia de esta acción, conforme lo ha reconocido la jurisprudencia de este Tribunal, supone la afectación del contenido de un derecho fundamental a partir de su confrontación u oposición frente a las actuaciones de las autoridades públicas o de los particulares, en los casos previstos en la Constitución<sup>10</sup>. No es procedente someter al conocimiento del juez de tutela, conflictos que en sus razones y antecedentes fácticos son propios exclusivamente de las relaciones contractuales de índole privada<sup>11</sup>, o que implican una simple confrontación de legalidad en cuanto al acatamiento del principio de sujeción normativa<sup>12</sup>, pues, por regla general, el conocimiento de dichos asuntos le corresponde a los jueces ordinarios. Al respecto, el artículo 2° del Decreto 306 de 1992<sup>13</sup>, dispone que: ‘De conformidad con el

artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela protege exclusivamente los derechos constitucionales fundamentales, y por lo tanto, no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que sólo tienen rango legal, ni para hacer cumplir las leyes, los derechos, los reglamentos o cualquier otra norma de rango inferior' ”.

Es que de no ser así, todos los asuntos llamados a ser conocidos por los jueces naturales se podrían plantear en sede de tutela, a fin de resolver conflictos sobre la correcta interpretación y aplicación de la legalidad, a partir del mecanismo breve y sumario de la tutela, para vaciar así de funciones a las jurisdicciones ordinaria y contenciosa administrativa y desvirtuar la acción del art. 86 C.P. y llevarla a su anulación como mecanismo constitucional de excepción, capaz de proteger con la intensidad y prontitud los ámbitos más valiosos de los derechos.

5.2.2. Carácter principal o subsidiario de la tutela y la necesaria acreditación o evidencia de un inminente perjuicio irremediable sobre el derecho fundamental vulnerado.-

18. También son ingredientes propios de la procedibilidad objetiva, que la tutela sea o bien la acción principal o única existente para proteger el derecho vulnerado para el caso en concreto, o bien deba operar como herramienta judicial constitucional de carácter subsidiario. Lo anterior, explicaba, entre otras decisiones<sup>14</sup>, la sentencia SU-1070 de 2003<sup>15</sup>, en razón a que: “1º) Los medios y recursos judiciales ordinarios constituyen los mecanismos preferentes a los cuales deben acudir las personas para invocar la protección de sus derechos; 2º) En los procesos ordinarios se debe garantizar la supremacía de los derechos constitucionales y la primacía de los derechos inalienables de la persona (C.P. arts. 4º y 5º); 3º) La tutela adquiere el carácter de mecanismo subsidiario frente a los restantes medios de defensa judicial; su objeto no es desplazar los otros mecanismos de protección judicial, ´sino fungir como último recurso (...) para lograr la protección de los derechos fundamentales’<sup>16</sup>; y 4º) La protección de derechos constitucionales fundamentales es un asunto reservado a la tutela, en la medida que el ordenamiento jurídico no ofrezca al afectado otros medios de defensa judicial” <sup>17</sup>.

19. Ahora bien, la existencia de otros medios y recursos judiciales ordinarios para la protección de los derechos fundamentales, no es óbice para ejercer la acción de tutela<sup>18</sup>. Como se ha establecido en decantada jurisprudencia, por ejemplo en la sentencia T-997 de

2007<sup>19</sup>, en determinados casos “en que existan medios de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados<sup>20</sup>; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable (...) [resaltado añadido]”.

20. En cuanto a la aptitud del medio judicial alternativo, se dijo en la sentencia T-199 de 2007 que ésta: “(...) podrá acreditarse o desvirtuarse en estos casos, teniendo en cuenta entre otros, los siguientes aspectos<sup>21</sup>: i) el objeto de la opción judicial alternativa y ii) el resultado previsible de acudir a ese otro medio de defensa judicial.<sup>22</sup>”. De modo que “el juez constitucional deberá observar si las otras acciones legales traen como resultado el restablecimiento pleno y oportuno de los derechos fundamentales vulnerados en la situación puesta en su conocimiento, evento en el que, de resultar afirmativa la apreciación, la tutela resultará en principio improcedente. A contrario sensu, si el juez determina que el mecanismo de defensa judicial aparentemente preeminente no es idóneo para restablecer los derechos fundamentales vulnerados, la tutela puede llegar a ser procedente (...)”.

21. En lo que hace propiamente a la procedencia de la acción como mecanismo transitorio y con el objeto de evitar un perjuicio irremediable, como lo ha venido acuñando la jurisprudencia de esta Corporación, cuando la persona interpone la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, este tiene la carga de probar, aunque sea sumariamente<sup>23</sup>, la existencia de un perjuicio que: (i) sea inminente, es decir que produzca, de manera cierta y evidente, la amenaza de un derecho fundamental; (ii) imponga la adopción de medidas urgentes para conjurarlo<sup>24</sup>; (iii) amenace gravemente un bien jurídico que sea importante en el ordenamiento jurídico<sup>25</sup> y; (iv) dada su urgencia y gravedad, imponga la impostergabilidad del amparo a fin de garantizar el restablecimiento del orden social justo en toda su integridad<sup>26</sup>, pues, de lo contrario, la acción se torna improcedente.

5.2.3. De la prueba sobre la idoneidad de la tutela y del perjuicio irremediable.

22. Como quiera que el establecimiento del perjuicio irremediable se constituye en el

elemento esencial para definir la necesidad de la tutela como mecanismo judicial principal o subsidiario, en principio resulta necesario aportar pruebas o información que permitan advertir las condiciones de inminencia, urgencia, gravedad, impostergabilidad señaladas.

23. Sólo excepcionalmente esta Corte ha considerado que el juez de tutela pueda no exigir la demostración del perjuicio irremediable. Ello sucede cuando el tipo de reclamo que se formula permite razonablemente presumir que existe afectación gravosa de derechos fundamentales y, en esa medida, corresponde es a la entidad demandada desvirtuar la referida presunción<sup>27</sup>. O cuando en general el perjuicio irremediable o la necesidad de la eficacia inmediata de la tutela, aparezcan justificadas por las circunstancias del caso, conforme a la aplicación de las reglas derivadas de la experiencia o de la evidente condición de debilidad del sujeto que reclama. Particularmente, la Corte ha señalado que los requisitos o condiciones para que se estructure tal perjuicio se hacen más flexibles cuando la acción es promovida por un sujeto de especial protección o que se encuentre en situación de debilidad manifiesta, a saber, discapacitados, madres cabeza de familia o las personas de la tercera edad<sup>28</sup>.

24. Pero de no ser esta la situación que el asunto plantea, en principio es una carga de los accionantes exponer las razones por las cuales están sufriendo un perjuicio irremediable o por qué el medio judicial ordinario no es eficaz para proteger sus derechos fundamentales, por lo que deben, al menos mencionar los hechos que le permitan al juez deducir la existencia de una u otra condiciones de la acción de tutela. Porque, como se exponía en la sentencia T-377 de 2011, “no obstante la informalidad del amparo constitucional, quien pretenda acudir a la tutela, debe presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia de la misma”.

En el mismo orden, se decía en la sentencia T-436 de 2007, para declarar improcedente una acción de tutela impetrada por el no registro de un remate sobre el registro de un inmueble, por cuanto en el proceso no quedó acreditado por qué dicha actuación podría constituir un perjuicio irremediable: “Sobre este particular, ha expresado la Corte que el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que el juez de tutela no

está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable. (...) La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en un distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo. Por ello, ha señalado la Corte que quien promueva la tutela como mecanismo transitorio, no le basta con afirmar que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable. Es necesario, además, que el afectado ´explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión´ 29.”

25. Por último conviene precisar que, en principio, el perjuicio irremediable no está directamente relacionado con la imposición de sanciones por parte de la Administración, pues éstas suelen ser expresión de la función de policía administrativa o de la función disciplinaria existente en cabeza suya, contempladas en la ley y por tanto arropadas por la presunción de legalidad.

En este sentido se decía en la sentencia T-143 de 2003, al decidir sobre la demanda de tutela instaurada por una funcionaria del Instituto de los Seguros Sociales que había sido sancionada con multa: “Por lo tanto, la única consecuencia directa del fallo controvertido es la multa de 80 salarios mínimos. Sin embargo, la Corte reitera que un detrimento económico como el descrito no representa una vulneración a un derecho fundamental ni un perjuicio irremediable. Se observa que el detrimento económico ha sido considerado como reparable y por lo tanto remediable.”

También en la sentencia T-115 de 2004 en la que se revisó una demanda de tutela interpuesta por algunos conductores de servicio público en contra de resoluciones de inspectores de Tránsito, la Corte partió de un supuesto esencial: “la potestad administrativa sancionadora del Estado” que se manifestaba en ese caso en la imposición de “sanciones por infracciones de tránsito no puede tener otro carácter que administrativo” mas no jurisdiccional. Por tanto, contra ellas procedía la acción de nulidad ante lo contencioso administrativo. Y al revisar si se estaba de una hipótesis donde existiera un perjuicio irremediable, observó la Corte que no se vislumbraba su posible ocurrencia, “toda vez que la multa impuesta no puede considerarse en sí misma un perjuicio irremediable, y teniendo en cuenta que al demandarse la nulidad de un acto administrativo se cuenta con la posibilidad

de solicitar su suspensión provisional, medida cautelar que hace perder al acto su fuerza ejecutoria mientras se decide de fondo sobre su legalidad". Por lo anterior, entonces la Corte decidió confirmar los fallos en el sentido que negaban el amparo en este aspecto.

En la sentencia T-954 de 2005, se resuelve la demanda de tutela entablada como mecanismo transitorio por distintos concejales que habían sido por parte de la Procuraduría General de la Nación, objeto de las sanciones de destitución y de inhabilitación para ejercer cargos públicos por un período de 10 años.

Sobre este punto, manifestó esta Corporación: "la Sala considera que no se reúnen los elementos señalados para configurar el perjuicio irremediable, pues aunque los actores afirman que existe una limitación al derecho al buen nombre, y se restringe su posibilidad de acceder a cargos públicos, se ha establecido que el buen nombre es el que resulta de la propia conducta del servidor. Así este derecho no se ve afectado por la apertura o la tramitación de un proceso disciplinario, ni por la imposición de una sanción disciplinaria que se encuentra en firme, pues la percepción de la comunidad surge de los actos propios del peticionario y el ejercicio legítimo del poder disciplinario del Estado. Por eso, la apertura de un proceso disciplinario o la imposición de una sanción disciplinaria no constituyen en sí mismas un perjuicio irremediable al derecho al buen nombre."

26. Y en ese mismo orden, en principio tampoco existe perjuicio irremediable cuando se alega sustancialmente afectación patrimonial derivada de las decisiones adoptadas por la Administración. Así quedó dicho por la sentencia SU 713 de 2006, que atendía la acción de tutela planteada por una empresa de apuestas contra la Lotería de Bolívar, con ocasión del proceso de licitación No. 01 de 2003 convocado por ésta, para adjudicar en concesión la explotación del juego de apuestas permanentes "Chance" en el citado departamento.

Así, la Corte entiende que la tutela "supone la necesidad de conferir un amparo transitorio, o en otras palabras, de adoptar una medida precautelativa, para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se invocan. De suerte que, la prueba de su configuración debe recaer necesariamente sobre el posible daño o menoscabo que sufriría el derecho fundamental objeto de protección y no en relación con las consecuencias económicas que se derivarían de los efectos nocivos de un acto de la Administración".

En el asunto entonces bajo examen, observaba el juez constitucional que "no se argumentan

las razones para considerar configurados los elementos que estructuran el perjuicio irremediable, y además, no se solicita su protección por la afectación, daño o menoscabo que se produciría a los derechos fundamentales invocados, sino al mal que se le generaría a [la accionante] (...) por la adjudicación del contrato, en su opinión, por fuera de las reglas de la transparencia, los cuales se traducirían en el desequilibrio económico para una sociedad que lleva más de 10 años en las actividades del “Chance” y en los empleos permanentes y transitorios que se perderían por parte de más de 500 personas que se benefician de la explotación de dicho juego” 30.

A este argumento se agregan los adicionales que impiden la procedencia del amparo tutelar: “De un lado, el carácter de estricta legalidad de las razones invocadas en la demanda, y por la otra, la posibilidad de solicitar, en el trámite de las acciones contenciosas y contractual, la suspensión provisional del acto administrativo que se considera lesivo de los derechos alegados, como medida cautelar con idoneidad y eficacia suficiente para evitar un daño contingente sobre los mismos”.

27. Cosa distinta es que la afectación trascienda a los ámbitos económicos y de los derechos de propiedad y expectativas de utilidad y la decisión de la contraparte en el contrato o de la autoridad pública, cause una anulación de ámbitos inherentes a la persona, en ese caso, a la persona jurídica, como ocurrió por ejemplo en el caso de la sentencia SU-219 de 2003, cuando esta Corporación reconoció un perjuicio irremediable, en su carácter personal, específico y concreto capaz de comprometer los derechos de naturaleza iusfundamental invocados por las sociedades demandantes como lo fue, en dicha ocasión, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (C.P. art. 14), derivado de la imposición de una sanción de “inhabilidad” que las privó de manera total del ejercicio de la capacidad jurídica<sup>31</sup>.

28. Por consiguiente, es claro que ante la falta de demostración de un perjuicio irremediable que tenga la virtualidad de comprometer o amenazar los derechos fundamentales invocados, la acción de tutela como mecanismo transitorio de defensa judicial, no está llamada a prosperar. Pues, se reitera sin embargo que la acción y el juez de tutela no entran a reemplazar ni a los mecanismos ordinarios ni al juez natural<sup>32</sup>, como tampoco tiene la capacidad de “revivir términos vencidos u oportunidades procesales vencidas por la negligencia o inactividad injustificada del actor”<sup>33</sup>. Muy al contrario, el ejercicio de la acción

de tutela “apunta a remediar aquellas situaciones en las que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del juez de tutela”<sup>34</sup>. De lo que se trata es, entonces, de “brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”<sup>35</sup>.

29. La evaluación del perjuicio irremediable es, en consecuencia, un ejercicio de análisis que debe consultar siempre las particularidades o supuestos fácticos del caso concreto y de las condiciones personales de quien invoca la protección de sus derechos fundamentales<sup>36</sup>. En ese orden, dicho perjuicio deberá acreditarse en el proceso. Y aunque condiciones de debilidad manifiesta de los afectados puede dar lugar a la aplicación de excepciones a esta regla, en general es al accionante a quien corresponde plantear los hechos que pueden acreditar la amenaza correspondiente y en su caso presentar o reclamar la o las pruebas al menos sumarias con las cuales se haga evidente para el juez de tutela la necesidad de actuar de manera inmediata, urgente e impostergable. Condiciones éstas que por último, no se pueden circunscribir a afectaciones económicas que en todo caso se pueden reponer, salvo que con ellas se enerven nítidamente otros derechos o posiciones jurídicas fundamentales.

#### 5.2.4. La vía de hecho administrativa como violación del debido proceso

30. La procedencia de la acción de tutela frente a las actuaciones administrativas se encuentra consagrada de manera expresa en el artículo 29 de la Constitución, en desarrollo del cual la Corte ha decantado una sólida jurisprudencia sobre su contenido y alcances fundamentales<sup>37</sup>.

Al respecto en sentencia T-214 de 2004<sup>38</sup> se dijo: “El derecho al debido proceso administrativo se traduce en la garantía que comprende a todas las personas de acceder a un proceso justo y adecuado, de tal manera que el compromiso o privación de ciertos bienes jurídicos por parte del Estado a sus ciudadanos no pueda hacerse con ocasión de la suspensión en el ejercicio de los derechos fundamentales de los mismos. Es entonces, la garantía consustancial e infranqueable que debe acompañar a todos aquellos actos que

pretendan imponer legítimamente a los sujetos cargas, castigos o sanciones<sup>39</sup>".

31. En el análisis del debido proceso a instancias de la Administración, es que se ha reconocido la figura de la vía de hecho administrativa. Se decía sobre el particular en sentencia T-995 de 2007<sup>40</sup> que "La tesis de las vías de hecho (...) ha sido aplicada principalmente en el campo de la actividad judicial, pero esta Corporación también ha reconocido su aplicación en el ámbito de los procesos y actuaciones administrativos". Esta se produce "cuando quien toma una decisión, sea ésta de índole judicial o administrativa, lo hace de forma arbitraria y con fundamento en su única voluntad, actuando en franca y absoluta desconexión con el ordenamiento jurídico".

En esta línea se dijo en la sentencia T-076 de 2011<sup>41</sup>, retomando la jurisprudencia constitucional sobre el debido proceso administrativo, que el mismo se concreta en "(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. El objeto de esta garantía superior es (i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones, (ii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados<sup>42</sup>". Bajo esta perspectiva es que, como mecanismo excepcional, se ha determinado que procede la tutela contra los actos administrativos conforme las reglas comunes, pero enfatizando en particular en la inminencia de perjuicio irremediable y en que el acto sea contrario a los derechos fundamentales de los interesados en la actuación, en especial las garantías propias del derecho al debido proceso. Se habla a este último respecto, como ocurre en materia judicial, de una vía de hecho administrativa que se puede presentar por defecto orgánico absoluto, defecto procedimental absoluto, un defecto fáctico, defecto material o sustantivo, error inducido o vía de hecho por consecuencia, falta de motivación, desconocimiento del precedente constitucional vinculante y violación directa de la Constitución<sup>43</sup>.

32. Ahora bien, no obstante la vía de hecho judicial es un referente de base que puede servir para reconocer las falencias del procedimiento ante la Administración que constituyan vía de hecho, entre una y otra figura existen diferencias que no se pueden desconocer. De acuerdo con el carácter subsidiario y residual de la tutela, conforme al art. 86 C.P., la posibilidad de tutelar derechos fundamentales vulnerados por un acto administrativo siempre será

excepcional puesto que tales decisiones están, si así se reclama, sujetas a un control jurisdiccional por vocación propia. Es decir que, salvo ciertos supuestos<sup>44</sup>, existe otro mecanismo de defensa judicial, por lo que el juez podrá amparar la petición de tutela sólo cuando se esté frente “a la posibilidad de sufrir un perjuicio irremediable, que puede ser conjurado [únicamente] mediante una orden de amparo transitorio.”.

Por su parte, la vía de hecho judicial constituye una situación que amerita no el uso de la última instancia o de la instancia extraordinaria, que lo pueden ser la revisión o la casación, mas sí el único mecanismo existente para proteger los derechos fundamentales en juego cuando se hayan agotado todos ellos, capaz además de evitar un perjuicio irremediable sobre los derechos. Desde el punto de vista de la importancia de la acción, frente a situaciones producidas por la decisión del juez en sí misma y su impacto sobre los ámbitos intangibles o esenciales de las libertades y derechos, a diferencia de lo que ocurre en los actos administrativos, la acción de tutela se convierte o bien en el mecanismo único o principal. Esto no determina que sea una instancia común sobre las sentencias ejecutoriadas, pues las exigencias que comporta, y los bienes jurídicos que involucra tal intervención del juez constitucional, hacen de ella también un mecanismo excepcional<sup>45</sup>.

33. De lo anterior se concluye que entre las vías de hecho en los procedimientos aplicados por los poderes públicos del Estado, es la vía administrativa la que debe demostrar, como condición previa, por qué es la tutela y no las acciones comunes, la que debe proceder para proteger los derechos fundamentales en juego. Y en esa medida, como se dijo en sentencia T-658 de 2005, el juez de tutela debe efectuar un estudio mucho más intenso y riguroso, incluso que el efectuado con respecto de una vía de hecho originada en una decisión judicial. Es decir, que los elementos competencia, debido proceso, decreto y práctica de pruebas, notificaciones, derecho de defensa y, como ámbitos sustanciales derivados del mismo, la proporcionalidad y racionalidad de las sanciones y responsabilidades impuestas por la Administración, deben aparecer vulnerados de manera cierta e indiscutible, para activar el poder judicial de la tutela como actuación que se debe preferir a la del juez natural de la causa.

## 7. La solución del caso concreto

34. PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A. E.S.P. como accionante en este proceso, estima que la

SSPD, en particular el Superintendente Delegado para Acueducto, Alcantarillado y Aseo, vulneró su derecho fundamental al debido proceso, específicamente porque violó el principio de legalidad al que se somete conforme el art. 29 C.P.

Lo anterior cuando impuso sanciones no establecidas en la ley (Decreto 990 de 2002, artículos 5º y 7º y en la ley 142 de 1994, artículo 81), ni en el pliego de condiciones, consistentes en órdenes administrativas de carácter económico, exigibles además, en un término imposible.

Así cuando se dispuso determinar que PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A. E.S.P. ““efectúe el cálculo y traslado periódico al fondo de solidaridad y redistribución de ingreso de Cartagena de Indias D.T. y C. (...) de los superávits solidarios generados en la facturación periódica de su prestación del servicio público de aseo en las Áreas de Servicio Exclusivo -ASE- 1 y 2 de la citada ciudad”” (folio 2 y 20). Cuando en desarrollo de la orden administrativa anterior, impuso que en el término de 10 días hábiles siguientes, se efectuara “el cálculo de los superávits solidarios (...) que haya dejado de trasladar al Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos” de la ciudad de Cartagena. Y también cuando se ordena la ““reversión de la información que reportó con mala calidad al Sistema Único de Información de Servicios Públicos”” para reportarlo con la información corregida, respecto de sus cuentas de los años 2006 y 2007, dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que sea autoriza la reversión.

En particular, el accionante alega que ha existido violación del debido proceso por cuanto se negó la doble instancia en el procedimiento administrativo, por equivocada aplicación de la ley 489 de 1998 y el desconocimiento del artículo 113 de la ley 142 de 1994. Porque se resolvió sin haber comunicado en debida forma la respuesta a la recusación formulada contra el Superintendente delegado. Y porque se sancionaron conductas no impuestas por el pliego de cargos, porque la administración abusa de su poder cuando sí disfruta de los recursos consignados, cuando reclama un imposible dado que la cuenta fiduciaria la constituye sólo hasta 2009, cuando se sancionan conductas donde la acción ya estaba caducada.

Por último precisa que es la acción de tutela el mecanismo que reclaman los hechos anteriores, pues con las resoluciones se lesiona el derecho al buen nombre, por violación del principio de legalidad de las sanciones, donde puede producirse un perjuicio irremediable en

tanto para ejecutar las sanciones en caso de no cumplimiento, la SSPD dispone de la facultad de jurisdicción coactiva que doblega la voluntad de la empresa.

35. Por su parte, la entidad accionada, SSPD, señala que la tutela no es el mecanismo idóneo para plantear los alegatos de la demanda de tutela, pues no existe ningún perjuicio irremediable. Lo anterior sin dejar de describir el procedimiento adelantado desde la apertura de la investigación y la formulación del pliego de cargos en agosto de 2008, las pruebas decretadas y recaudadas y las que se rechazaron, se adoptó la decisión, se valoró el monto de la multa, se adoptaron las demás decisiones para hacer cumplir el orden jurídico y la forma como se atendieron los recursos interpuestos en vía gubernativa. También precisa que su función como SSPD es la de ejercer vigilancia y control de la actividad de las E.S.P. y la forma como se someten al Derecho que regula su actividad. De allí la opción de imponer obligaciones de diversa índole.

Atiende además la cuestión sobre la caducidad de la acción sancionatoria, según la naturaleza de infracciones continuadas y aún a partir de fechas determinadas, no completaban el tiempo para que no pudiera imponer sanción el 17 de septiembre de 2009. Unas sanciones y órdenes administrativas dispuestas, no con base en el pliego de condiciones, sino en las competencias constitucionales y legales atribuidas, destinadas a determinar que cesaran los incumplimientos detectados y fuese posible la adecuada prestación del servicio público.

Y respecto de la no concesión del recurso de apelación, lo funda en una interpretación propia efectuada del ordenamiento jurídico y en particular en la modificación que atribuye a la regla de la ley 142 de 1994, por la ley 489 de 1998. También se explicó lo relativo a la comunicación de lo resuelto en cuanto a la recusación y se precisó que se exigió lo imposible sino el cumplimiento mismo de la ley.

36. Esta síntesis de los argumentos expuestos por las partes, ponen en evidencia la corrección con que valoraron el asunto los jueces de primera y segunda instancia de tutela. Porque a la luz de los conceptos generales arriba referidos y de los argumentos y elementos fácticos que se han apreciado, la presente tutela es improcedente, en particular desde el punto de vista objetivo (7.1.) , pues no existe en el presente asunto más que una discusión de carácter legal que no constitucional (7.2.), en la que no se advierte vulneración de

posiciones jurídicas iusfundamentales del derecho al debido proceso, como para producir una vía de hecho administrativa (7.3.) y en ese tanto, no se puede apreciar afectación del derecho al buen nombre o de ámbitos fundamentales de la libertad empresarial (7.4.). Es decir, que en definitiva, existe otro mecanismo judicial, idóneo y eficaz para la defensa de los derechos de la accionante y no se ha demostrado la existencia de perjuicio irremediable alguno (7.5.).

#### 7.1. Los elementos subjetivos y objetivos de procedibilidad

37. La acción de tutela es procedente desde el punto de vista de la legitimidad por activa y por pasiva. Pues quien ejerce la acción, PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A., es persona jurídica y en concreto E.S.P., un sujeto de derechos fundamentales dentro de los cuales se encuentran los derechos reclamados: el debido proceso, el derecho al buen nombre y la libertad de empresa.

Por su parte la acción de tutela se ejerce contra una autoridad pública, la SSPD como órgano de carácter constitucional, llamado a ejercer el control y vigilancia que reclama el tipo de servicios de que se trata, como manifestaciones concretas del Estado social de derecho. Puede ser, naturalmente, sujeto pasivo de la acción de tutela, como lo establece el Decreto 2591 de 1991.

38. Donde la tutela se torna improcedente es en el análisis de los elementos de carácter objetivo necesarios, pues no resulta acreditado en el expediente ni que el mecanismo judicial ordinario no fuese idóneo o eficaz, ni que la tutela procurase evitar un perjuicio irremediable. Al contrario, los argumentos de la demanda lo que pusieron en evidencia fue el carácter legal de la discusión planteada y la no afectación de derechos fundamentales.

#### 7.2. Preeminencia de una cuestión legal en la que no se advierte vulneración de posiciones jurídicas iusfundamentales

39. Como se vio atrás, lo que protege la tutela es el ámbito iusfundamental de los derechos, esto es, sus contenidos constitucionales que desde el punto de vista normativo y práctico estarían llamados a ser protegidos, cuando así lo determinen las circunstancias del caso, la

falta de acción distinta, la falta de idoneidad y eficacia de la acción existente y la prueba de que en caso de no actuar el juez constitucional de tutela, existe riesgo inminente de que se produzca un perjuicio irremediable.

Y por ello, la tutela se hace improcedente cuando la acción se interpone para controvertir asuntos de legalidad, de la interpretación de la norma jurídica legal, que no los ámbitos protegidos de los derechos por la Constitución, como garantías de inmunidad o de protección esenciales. Por esto no es procedente que conozca el juez de tutela el estudio que implique una directa y concreta confrontación de legalidad o de la forma como sí o no se ha cumplido, pues se trata de asuntos para los que no está hecha la tutela y no es admisible su empleo por desvirtuar el calado, la especificidad, la ponderación que impone el análisis legal frente al caso, que debe efectuar el juez de lo contencioso administrativo, pues es a él a quien corresponde en general interpretar la ley y los reglamentos, que contienen el desarrollo puntual de los derechos, en ámbitos que escapan su naturaleza constitucional y decantan en los aspectos legales su desempeño concreto.

40. Y en el presente asunto, no cabe duda que se hizo patente que ese fue el reclamo que PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A., E.S.P. formuló en sede de tutela y de esa misma condición fueron los argumentos aducidos en contra por la SSPD.

Así se puede apreciar con claridad en la forma como se estructuraron los problemas jurídicos reconocibles en la argumentación de la demanda, cuanto la vía de hecho administrativa se reclama en tanto se incumplió la ley, o más en concreto, la interpretación específica que como accionante reclama de la misma. Esto por haberse decretado órdenes administrativas sin competencia, al no estar incluidas dentro de las sanciones por imponer previstas en el artículo 81 de la ley 142 de 1994, cuestión ante la cual la SSPD respondió conforme lo previsto en sus funciones constitucionales y legales (art. 370 C.P., ley 142 de 1994 y Decreto 990 de 2002), conforme a las cuales le corresponde a esta entidad velar no sólo por sancionar el incumplimiento de la ley sino también adoptar las medidas necesarias para que las empresas prestadores de servicios públicos domiciliarios se sometan a la misma. También cuando se reclama la caducidad de la acción sancionatoria frente a ciertos hechos que fueron incluidos dentro de la tasación de la multa, que si bien no se precisa con claridad, haría referencia al término previsto en el artículo 38 del C.C.A. aún vigente, que como norma general y a falta de disposición específica lo prevé por tres años, contados desde que se ha

producido el acto que pueda ocasionarlas.

De la misma condición legal que no constitucional ni de posiciones jurídicas fundamentales son los alegatos relacionados con el deber de conceder o no el recurso de apelación, por la disputa en torno del efecto del art. 12 de la ley 489 de 1998, como regla general para la Administración pública y los recursos que en caso de delegación, existen en vía gubernativa, frente a la norma especial del art. 113 de la ley 142 de 1994, en materia de competencias del delegado del Superintendente de Servicios públicos domiciliarios.

En fin, de la misma naturaleza señalada es la controversia relativa a los excesos en la tasación de la multa y por tanto de la aplicación de las normas legales que disponen los criterios y elementos de juicio que deben regir el ejercicio de la competencia legal soportada por la Constitución y decantada en la ley, para la SSPD.

41. No aprecia la Sala que ninguna de los anteriores debates ponga en cuestión ámbitos iusfundamentales del debido proceso administrativo y de allí en adelante de otros derechos constitucionales fundamentales.

7.3. No existe afectación del derecho al debido proceso y falta de acreditación de la ocurrencia de una vía de hecho administrativa.

42. En efecto, lo primero que se puede apreciar de los hechos acreditados en el proceso de tutela, es que a la empresa accionante no existe afectación del debido proceso, desde el punto de vista de los elementos que constituyen el derecho fundamental. Es decir que no aparece prueba alguna de que no hubiese tenido oportunidad de conocer de la actuación y de las imputaciones formuladas en su contra; tampoco se evidencia que no hubiese podido defenderse, conocer las pruebas en su contra, aportar otras nuevas y pertinentes, demostrar su inocencia, ser oída durante la actuación, recurrir y en definitiva, acudir ante el contencioso administrativo para controvertir ante el juez natural las decisiones que a su juicio incumplían la ley por indebida aplicación o interpretación.

En esa medida, no puede el juez de tutela pronunciarse sobre los problemas señalados por PROMOAMBIENTAL contra las resoluciones de 17 de septiembre de 2009 y 31 de agosto de

2010. Porque de existir las irregularidades en el procedimiento señaladas por la actora y ocurridas en el ámbito de las actuaciones administrativas, estaría la Sala de Revisión avanzando en la definición de la validez de tales actos administrativos, esto es, tomando partido en las controversias legales que los mismos pueden suscitar. Con ello, como se ha dicho entre otras en la sentencia T-404 de 2008, se estaría “desconociendo el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela y de contera la autonomía e independencia de los funcionarios judiciales competentes para dilucidarlas, establecida en el artículo 230 del ordenamiento constitucional”.

43. Por lo demás, como quiera que se alega la vía de hecho administrativa, sus manifestaciones habilitantes para que el juez de tutela actúe, no obstante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, debe ser protuberante, condición que no se aprecia en este caso. Al contrario, de las pruebas aportadas por la entidad accionada, el procedimiento en líneas generales ha seguido la normatividad que lo somete y no se advierte que la decisión contenida en las resoluciones objeto de reclamo sean arbitrarias o con fundamento en la mera voluntad de la Superintendencia, con franca y absoluta desconexión con el ordenamiento jurídico.

Y aunque se alega la falta de competencia, que es ciertamente una manifestación de la vía de hecho, no encuentra la Sala que tal defecto orgánico se haya demostrado en este proceso, ni se desprenda del Derecho aplicable. Así se deduce de lo previsto tanto en el mencionado artículo 370 de la Constitución, como en desarrollo suyo, de lo establecido en los artículos 75, 79 (modificado por el art. 13 de la ley 689 de 2001) y 81 de la ley 142 de 1994, así como de lo previsto en el Decreto 990 de 2002, artículos 3º, 5º, 7º, 13, entre otros, desde los cuales se puede entender de modo razonable que el Superintendente Delegado de Acueducto, Alcantarillado y Aseo es competente para controlar, inspeccionar y vigilar a PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A. E.S.P., como empresa prestadora del servicio de recolección y disposición de basuras en la ciudad de Cartagena de Indias.

44. La anterior aseveración no significa, naturalmente, que ante el juez de lo contencioso administrativo no se pueda plantear el incumplimiento específico de la legalidad contenida en los preceptos legales y reglamentarios llamados a ser aplicados en el caso, pero tales consideraciones y conclusiones no competen al juez de tutela y deben ser absueltos en su caso por las autoridades judiciales competentes.

7.4. Imposible afectación del derecho al buen nombre o de ámbitos fundamentales de la libertad empresarial.

45. En concordancia con la anterior aseveración, no se aprecia afectación ilegítima, llamada a ser protegida en sede de tutela, de los ámbitos iusfundamentales de los derechos al buen nombre y a la libre empresa de la actora. Lo anterior, porque al apreciarse la preservación constitucional del debido proceso, con independencia de las específicas interpretaciones que la legalidad pudiera imponer, a ser establecidas por el juez competente, las decisiones adoptadas aunque podrían representar una afectación del concepto que el conglomerado social tiene en este caso de la persona jurídica PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A., E.S.P., las mismas aparecen en principio como resultado de sus propios actos (sentencia T-129 de 2010).

46. Ocurre lo mismo con la afectación de la libertad empresarial, en cuanto al impacto que sobre su viabilidad financiera o a la reducción de las opciones que pueda tener para ganar nuevas licitaciones, pero en este caso porque estas posiciones jurídicas en principio no harían parte de los ingredientes iusfundamentales del derecho del art. 333 C.P., ni se aduce elemento alguno que pudiera determinar su conexidad con ámbitos de tal naturaleza pertenecientes a otros derechos.

7.5. De la improcedencia de la acción de tutela por la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y por la falta de acreditación de un perjuicio irremediable.

47. En conclusión, la acción de tutela en el presente asunto es improcedente por cuanto existen otros mecanismos judiciales para atacar las resoluciones de la Superintendencia Delegada objeto de acusación, en particular, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Un mecanismo que, por lo demás, resulta idóneo y eficaz para la defensa de los derechos alegados, que como se ha dicho, se plantean más en términos de su regulación legal, que no constitucional.

48. Lo anterior sin descontar el hecho de que dentro de la misma, podría la accionante reclamar la suspensión provisional de los actos, en aras de impedir la continuación de sus efectos jurídicos, como se encuentra previsto desde el propio artículo 238 Superior y en desarrollo suyo, en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, también hasta ahora vigente, esto es, previa solicitud, sustento y acreditación del interesado, en cuanto

medida cautelar urgente, dada la ruptura de la apariencia de validez y legalidad de los actos acusados, dada la demostración del perjuicio que sobre los derechos sustanciales pueda ocasionar el tiempo que tarda el proceso en llegar a su fin<sup>46</sup>.

Por consiguiente, si mediante la suspensión provisional de los actos administrativos proferidos por la Superintendencia delegada, es posible impedir total o parcialmente la imposición y ejecución de la multa y demás ordenes administrativas formuladas, no existe razón válida para entender que la acción de tutela se convierte en un mecanismo prevalente de defensa judicial, pues como ya se ha dicho en esta providencia, conforme la ley y el precedente, ello implicaría subvertir la regla conforme a la cual la acción de amparo constitucional tan sólo procede de manera subsidiaria (C.P. art. 86)<sup>47</sup>.

49. A este respecto debe por último señalarse que no existe claridad sobre si la empresa PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A. E.S.P. interpuso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como mecanismo idóneo para la defensa de sus derechos. Tal incertidumbre se plantea, no sólo porque no hay constancia alguna que de manera expresa así lo indique, sino también por las propias afirmaciones del actor en su demanda. Así, como ya se indicaba, cuando solicita de manera subsidiaria la inaplicación definitiva de las resoluciones de sanción, que se ordene la suspensión en la ejecución de los actos administrativos señalados, de manera provisional, hasta que el juez contencioso administrativo resuelva sobre su nulidad, pero con la precisión de que el juez de tutela conceda a la accionante un plazo de cuatro meses “contados a partir de la ejecutoria del acto que resolvió el recurso de reposición del acto que resolvió el recurso de reposición para que presente ante la jurisdicción contenciosa administrativa la respectiva acción judicial” (folio 30, Cuaderno 1).

50. Por su parte, en la impugnación de la sentencia de primera instancia de tutela, la accionante señaló que se había solicitado conciliación prejudicial consagrada en la ley 1285 de 2009, como requisito de procedibilidad para promover la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones acusadas de la SSPD.

Con base en las anteriores afirmaciones, en caso de que la entidad accionante no hubiese interpuesto en tiempo la acción judicial ordinaria existente para controvertir los actos administrativos proferidos por la SSPD, tal omisión no podrá ser subsanada mediante la acción de tutela, puesto que el mecanismo constitucional se torna improcedente para revivir

términos vencidos o para subsanar las omisiones de los demandantes<sup>48</sup>.

51. En lo demás, en el caso sub-examine, no se acreditó por el demandante la existencia de un inminente perjuicio irremediable sobre un derecho fundamental, de acuerdo con los elementos jurisprudenciales que se han definido para su configuración, atrás descritos. Prueba de su configuración de la que no estaba exonerada la empresa PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A., E.S.P., por no ser un sujeto de especial protección.

A su respecto, hay que decir además que los argumentos que la misma aduce, no recaían sobre el posible daño o menoscabo que sufriría el derecho fundamental objeto de protección, sino en particular sobre las consecuencias económicas que se derivarían de los efectos nocivos de las resoluciones de la SSPD acusadas, tanto por el monto de la multa, como por la disminución de sus opciones de éxito en los procesos licitatorios en los que pretendiera participar. Unas consecuencias que, por cierto, a juicio de la Sala no se manifiestan por sí solas como capaces de poner en peligro la existencia misma de la empresa, su derecho a la personalidad jurídica o su capacidad de contratar.

52. Por consiguiente, también en este caso, es claro que ante la falta de demostración o de evidencias de un perjuicio irremediable que tenga la virtualidad de comprometer o amenazar los derechos fundamentales invocados u otros predicables de la empresa accionante, la tutela como mecanismo transitorio de defensa judicial no está llamada a prosperar. Esta conclusión se complementa, por lo demás, con dos (2) argumentos adicionales que impiden la procedencia del amparo tutelar. Por una parte, el carácter de estricta legalidad de las razones invocadas en la demanda, y por la otra, la posibilidad de solicitar, en el trámite de las acciones contenciosas, la suspensión provisional del acto administrativo que se considera lesivo de los derechos alegados, como medida cautelar con la idoneidad y eficacia suficiente para evitar un daño contingente sobre los mismos.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

Primero.- Confirmar la sentencia proferida en segunda instancia por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, el veintitrés (23) de junio de dos mil

once (2011), que a su vez confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de decisión 2, del dieciséis (16) de noviembre de dos mil diez (2010), por la cual se declara improcedente la tutela interpuesta por PROMOAMBIENTAL CARIBE S.A., E.S.P., contra la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

Segundo.- Por Secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Presidente

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Poder otorgado por el representante legal suplente CARLOS ANDRES GAITAN ANZOLA ((folio 33, Cuaderno 1).

2 Diccionario Jurídico Básico, Editorial Colex, 2º Edición 2006, Madrid, p. 305.

3 Ver al respecto las sentencias: T-396 de 1993, SU-1193 de 2000; SU-182 de 1998; T-201 de 1993; T-300 de 2000; T-238 de 1996; T-575 de 2002; C-030 de 2006; T-809 de 2009, entre muchas otras.

4 Ver las siguientes sentencias sobre el tema: T-091 de 1993; T-416 de 1997; T-321 de

2011.

5 Pueden consultarse las sentencias: T-416 de 1997; T-213 de 2001; T-519 de 2001; T-562 de 2002; T-959 de 2002; T-1001 de 2006.

6 La Sentencia T-996 de 2003 dijo al respecto que “...el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones y actúa de forma arbitraria y caprichosa, con fundamento en su sola voluntad, se configura el defecto procedimental. El defecto procedimental se erige en una violación al debido proceso cuando el juez da un cauce que no corresponde al asunto sometido a su competencia, o cuando pretermite las etapas propias del juicio, como por ejemplo, omite la notificación de un acto que requiera de esta formalidad según la ley, o cuando pasa por alto realizar el debate probatorio, natural a todo proceso, vulnerando el derecho de defensa y contradicción de los sujetos procesales al no permitirles sustentar o comprobar los hechos de la demanda o su contestación, con la consecuente negación de sus pretensiones en la decisión de fondo y la violación a los derechos fundamentales.” Ver, entre otras, las sentencias: T-774 de 2004; T-639 de 2006; T-599 de 2009; T-576 de 2010; T-508 de 2011.

7 Al respecto, ver las sentencias: T-406 de 1992; T-016 de 2007; T-580 de 2007; T-585 de 2008; T-756 de 2011.

8 Sentencia T-063 de 2009; T-462 de 1992; T-291 de 2009, T-375 de 1997; SU-111 de 1997 y SU-995 de 1999; T-772 de 2003.

9 Al respecto puede consultarse la sentencia T - 601 de 2011, que reconoce la acción de tutela como el mecanismo de defensa judicial idóneo para proteger el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas, tribales y étnicas.

10 Véase, por ejemplo, la sentencia T-1212 de 2004.

11 Véase, sentencias T-638 de 1997 y T-613 de 1995.

12 Véase, sentencias T-346 de 2001, T-255 de 2002 y T-119 de 2003.

13 “Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991”.

14 Vid, por ejemplo, sentencia T-106 de 2006.

15 Caso en el cual la Sala Plena de la Corte se ocupó de la procedencia de la acción de tutela para resolver controversias generadas de la ejecución del contrato de concesión destinado a la construcción de obras viales.

16 Sentencia SU-544 de 2001.

17 Hace parte igualmente de los criterios para determinar la procedibilidad de la acción el principio de inmediatez conforme al cual la acción de tutela debe ser utilizada en un término prudencial, esto es, con cierta proximidad y consecuencia a la ocurrencia de los hechos que se dicen violatorios de derechos fundamentales, pues es claro que la tutela pierde su sentido y su razón de ser como medio excepcional y expedito de protección, si el paso del tiempo, lejos de ser razonable, desvirtúa tal inminencia y la necesidad de la protección constitucional. Al respecto puede consultarse, entre otras, la sentencia SU-961 de 1999.

18 Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, son muchas las decisiones que se pueden destacar como relevantes. Entre ellas, las sentencias C-1225 de 2004, SU-1070 de 2003; SU-544 de 2001; T-1670 de 2000; T-710 de 2011; igualmente en la T-225 de 1993, se sentaron la primeras directrices sobre la materia, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia posterior. También puede consultarse la sentencia T-698 de 2004. y la sentencia T-827 de 2003.

19 Que a su vez recoge lo dicho, entre otras, en sentencias T-954 de 2005 y T-185 de 2007.

20 Sentencias T-626 de 2000; T-585 de 2002; T-315 de 2000; T-972 de 2005 y T-822 de 2002, entre otras.

21 Sentencia T-822 de 2002.

23 La prueba sumaria es aquella que aún no ha sido controvertida por aquél a quien puede perjudicar. Se opone, por tanto, a la que ha sido practicada con citación y audiencia de la parte contra la cual se pretende hacer valer. Así, en la sentencia T-199 de 2004, la Corte afirmó que: “Expresamente, la legislación colombiana no define qué debe entenderse por prueba sumaria, a pesar de que en diversos ordenamientos y para distintos fines se alude a la misma. Por ejemplo, el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil establece que “Los

documentos privados desprovistos de autenticidad tendrán el carácter de prueba sumaria, si han sido suscritos por dos testigos”. De igual manera, el artículo 299 ibídem, referente al tema de los testimonios rendidos ante notarios y alcaldes, alude al mencionado instituto procesal; e igualmente, el artículo 4 de la Ley 716 de 2001 se refiere a la prueba sumaria para efectos de la depuración de los registros contables de las entidades públicas. No obstante, de vieja data, la doctrina y la jurisprudencia nacionales han precisado la noción de prueba sumaria. Así, para Antonio Rocha Alvira, la prueba sumaria es aquella que aún no ha sido controvertida por aquel a quien puede perjudicar. En efecto, de conformidad con el artículo 29 Superior, toda prueba para ser considerada como tal debe ser sometida al principio de contradicción del adversario, lo cual significa que aunque de hecho en el proceso no haya sido controvertida, por ejemplo, porque la contraparte lo consideró inútil o haya dejado pasar la etapa procesal para hacerlo, se haya tenido la oportunidad procesal de hacerlo”.

24 Respecto a la característica de urgencia que debe tener el perjuicio irremediable, se puede consultar, entre otras, la sentencia T-525 de 2007, en la que la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela porque el peticionario tenía a su disposición un medio ordinario de defensa judicial y no probaba el elemento de la urgencia, necesario para la configuración del perjuicio irremediable. En este caso, el peticionario de tutela interpuso la acción para pedir que se ordenara a su ARP la autorización de una cirugía pero la Corte no tuteló su derecho a la salud porque dicha cirugía ya había sido autorizada por la EPS del peticionario, de manera que no era necesario tomar medidas urgentes para conjurar la producción de un daño inminente.

25 Respecto a la característica de gravedad, se puede estudiar, entre muchas otras, la sentencia T- 640 de 1996, en la que la Corte decidió declarar improcedente la acción de tutela interpuesta porque el peticionario tenía a disposición un medio de defensa judicial y no se configuraba un perjuicio irremediable en la medida en la que el derecho que se pretendía proteger no reportaba gran interés para la persona y para el ordenamiento jurídico. Así, en esta oportunidad, la Corte afirmó que: “la restricción al derecho de circulación en determinado medio de transporte y en un horario restringido a unas pocas horas nocturnas dentro de los fines de semana, no puede considerarse, a juicio de esta Sala, una vulneración grave del derecho a la libre circulación que consagra el artículo 24 de nuestra Carta Política”.

26 En relación a la impostergabilidad del amparo, puede consultarse, entre otras, la sentencia T-535 de 2003, en la que se estudió el caso de un profesor de la Universidad de los Andes que consideraba que había sido injustamente despedido, en el año 1997, debido a la publicación de unos artículos que criticaban la gestión administrativa del Rector de esa institución. En dicha oportunidad, la Corte no tuteló los derechos invocados debido a que el paso del tiempo había desvirtuado la inminencia del perjuicio y la urgencia de las medidas transitorias a adoptar.

27 Así se evidencia en las sentencias T-573 de 2002 y T-259 de 1999, retomadas por la T-210 de 2011, en el caso de los pensionados. Una relación similar se podría apreciar en el caso de las presunciones a favor de lo dicho por los desplazados, vrg. sentencias T-141 y T-076 de 2011, o de mujeres cabeza de familia, T-737 de 2010.

28 Vid. sentencias T-083 de 2007, T-158 de 2006, T-446 de 2004. En cuanto a las personas mayores de 70 años, su edad permite entender que puede producir un perjuicio irremediable la falta de reconocimiento, reliquidación o reajuste de la pensión, no obstante puedan presentarse también excepciones. Ver entre otras las sentencias T-076 de 1996; T-295 de 1999; T-116 de 2000 y T-452 de 2001, T-668 de 2007.

29 Sentencia T-290 de 2005.

30 También se cita como referencia la sentencia T-569 de 1998, en la cual la Corte se pronunció acerca de una acción de tutela promovida por el club de fútbol Independiente Santa Fe, a quien se le declaró la caducidad de un contrato estatal suscrito con la Alcaldía de Bogotá para la administración, cuidado y explotación de una porción de terreno dentro del Parque Simón Bolívar. A pesar de la imposición de la inhabilidad para contratar por el término de cinco (5) años y de la exigibilidad de multas y garantías, la Corte consideró que existía otro mecanismo de defensa judicial para resolver la controversia planteada y que, además, no estaba acreditada la existencia de un perjuicio irremediable. En sus propias palabras, esta Corporación manifestó: “En el caso sometido a revisión no se evidencia la configuración de un perjuicio de esta naturaleza, pues las consecuencias que se derivan de la declaración de caducidad, responden a la naturaleza misma de esta figura. No se puede afirmar que son “sanciones ilegales”, pues las consecuencias que de su aplicación se derivan, han sido fijadas por el propio legislador, como efectos de su declaración. Aceptar el argumento esbozado,

implicaría admitir que todos los contratistas a los que se les hace efectiva esta cláusula estarían enfrentados a un perjuicio de esta naturaleza. La acción ante el contencioso administrativo es la vía que tiene a su alcance la Corporación, a efectos de solicitar la indemnización de los perjuicios por los yerros en que pudo incurrir la administración distrital al declarar la caducidad del contrato, en caso de poder comprobar que la administración distrital actuó arbitrariamente. En consecuencia, si a ello hay lugar, Santa Fe Corporación Deportiva obtendrá la reparación de los perjuicios correspondientes. (...) El argumento de la muerte civil de Santa Fe Corporación Deportiva es inadmisibile, pues si bien es cierto que mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo no decida sobre la legalidad de la declaración de caducidad, la Corporación no podrá celebrar contrato alguno con entidades estatales, esto, sin embargo, no le impide a la mencionada Corporación seguir desarrollando su objeto social, porque la devolución de los terrenos no incide en éste. Así, por ejemplo, el equipo de fútbol que lleva su mismo nombre ha seguido cumpliendo con sus obligaciones deportivas, sin que la declaración que efectuó la administración distrital hubiese implicado su exclusión o la imposibilidad de seguir actuando en el torneo nacional. Tampoco afectó la contratación de los futbolistas o de empleados de la institución. Igualmente, la escuela de fútbol, creada por virtud del contrato que fue objeto de la declaración de caducidad, podrá seguir funcionando, si así lo estima pertinente Santa Fe Corporación Deportiva, pues su existencia es independiente del mencionado contrato. Obviamente que se requerirán otros terrenos para continuar con ella, pero no por ello se puede afirmar que esta actividad no podrá ser ejercida, porque la disponibilidad de un campo específico como lo es el Parque Simón Bolívar, no es esencial para el desarrollo de ésta". En idéntico sentido, en sentencia T-1212 de 2004, señaló en el caso de la cancelación de un contrato. Pues si bien "en principio podría considerarse que la circunstancia específica en que se encuentra COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., hace procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, dada la posible ocurrencia de una causal de disolución obligatoria que conduciría forzosamente a dicha compañía a la liquidación (Decreto 2591 de 1991, artículo 6, numeral 1°); lo cierto es que en ningún momento se acreditó la impostergabilidad de la acción de tutela, pues como previamente se dijo, existen herramientas en el derecho societario que le permitirían a COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., corregir la relación patrimonio neto-capital suscrito y, por ende, enervar la causal de disolución.". Era el caso de probar "que de no concederse el amparo constitucional, se sufriría un agravio o amenaza sobre los derechos fundamentales de las personas, que no habría tenido ocurrencia de haber prosperado sin demoras ni retardos la defensa tutelar.

(...)En el asunto sub-examine, aunque la Corte encuentra que en relación con los atributos de la personería jurídica de COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., como expresiones fundamentales del derecho de asociación, existe un peligro inminente y grave que requiere además la adopción de medidas urgentes, pues la posible situación de liquidación obligatoria a la cual se encontraría sometida así lo amerita. En este caso, no se demostró que la prosperidad de la acción de tutela sea impostergable, toda vez que si bien existe una relación de causalidad entre el riesgo de estar incurso en la causal de disolución por pérdidas con la negativa de registrar la terminación del contrato de suministro por parte de ISA S.A. E.S.P., varias alternativas legales permiten restablecer la situación jurídico-económica de la empresa accionante, sin que el amparo fundamental se torne en herramienta imprescindible para defender la integridad de los derechos fundamentales de COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. (...) A manera de ejemplo, entre otros, la compañía demandante tenía a su alcance las siguientes alternativas legales para reparar su situación financiera, frente a las cuales no existe explicación alguna del por qué no resultan idóneas, o carecen de la entidad suficiente para solventar la crisis de COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. Dichas alternativas legales son: la posibilidad de emitir acciones conforme al capital autorizado, o de capitalizar la cuenta de revalorización del patrimonio, o de la prima en colocación de acciones, o de alguna reserva voluntaria a la cual se le varíe su destinación. (...) Así las cosas, en el caso sub-judice. no se demostró cómo la situación jurídico-económica de la compañía no era susceptible de ser corregida a través del uso de los institutos propios del derecho societario, que condujeran a la imperiosa necesidad de otorgar el amparo constitucional a pesar de existir un trámite ordinario, suficiente e idóneo para solucionar la controversia surgida entre las partes”. (Subrayado por fuera del texto original).

31 En la parte correspondiente de la sentencia, se señaló: “Es así como a partir del análisis de las causas invocadas y los fines inherentes a cada mecanismo, es que se debe establecer cuál de ellos es procedente e idóneo, o planteado de otra manera, en lo que atañe a la tutela, debe verificarse si las causas aludidas por los accionantes vulneran sus derechos fundamentales. De conformidad con lo anterior, la Corte considera necesario hacer un recuento de los supuestos fácticos que dieron origen a la presentación de las tutelas revisadas, para concluir en la clara vulneración de los derechos fundamentales de las accionantes y en la trascendencia constitucional de la controversia planteada. (...)La conclusión así alcanzada adquiere por lo tanto relevancia constitucional, pues no se trata de un asunto de mera interpretación sobre la legalidad de los actos administrativos respectivos,

sino que por el contrario, se demostró que quienes activaron el mecanismo excepcional de la tutela, dada la vulneración del derecho fundamental del debido proceso de que fueron objeto, soportan un perjuicio irremediable que exige la pronta intervención del juez de tutela. Perjuicio irremediable que la Corte advierte en relación con el objeto social y las actividades comerciales de las entidades accionantes, y que se materializa, como se expuso, en la imposibilidad en la que se les coloca para “la participación en licitaciones y / o concursos tendientes a la contratación de obras por el sistema de concesión y / o cualquier otro sistema”. La capacidad jurídica de cada una de las sociedades demandantes quedó de esa manera cercenada, al tiempo que se vieron expuestas, sin la observancia de la plenitud de las formas propias de la actuación administrativa, a paralizar sus actividades en detrimento además de su buen nombre. Así, la inhabilidad para contratar con el Estado por el término de 5 años, se traduce indudablemente en un perjuicio irremediable que exige del juez constitucional la adopción de medidas inmediatas y que convierte a la tutela en un mecanismo impostergable de urgente aplicación, y por ende de protección transitoria a la garantía constitucional del debido proceso, a cuyo análisis se ha contraído exclusivamente este fallo. (...)”. (Subrayado por fuera del texto original).

32 Sentencias T-199 de 2007 y T-038 de 1997, entre muchas.

33 Sentencia T-995 de 2007.

34 Sentencia T-995 de 2007.

35 Sentencia C-543 de 1992.

36 Por esto, en esta misma sentencia T-1316 de 2001, aunque se anotó frente a los accionantes que la sola circunstancia de pertenecer a un grupo de especial protección constitucional no era un motivo que justificara per se la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, dicha condición sí constituía un parámetro válido para disminuir la intensidad de la evaluación sobre la existencia de un perjuicio irremediable. Vid. también en la sentencia SU-961 de 1999 -reiterada en las sentencias T-033 y T-061 de 2002 y T-978 de 2006-, se afirmó que: “en cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera

posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral; en este evento, es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos fundamentales”<sup>36</sup> (resaltados e itálicas fuera de texto).

37 Vid. p. e., sentencia T 658 de 2005.

38 En el cual se tutelaron los derechos de unos pensionados de Colpuertos al debido proceso administrativo, en tanto el Ministerio del Trabajo había ordenado suspender el pago de sus mesadas, sin que existiera plena claridad sobre la legitimidad o ilegitimidad de las pensiones que les fueron concedidas.

39 Ver sentencia T-1263 de 2001.

40 En este caso la Corte confirma la decisión del ad quem cuando ordena reintegrar a un policía a la institución, al observar que en su retiro se vulneró abiertamente la Constitución y la ley.

41 Que tuteló entre otros, el derecho al debido proceso administrativo de una comunidad de campesinos desplazados, representada por el Procurador Delegado para Asuntos Ambientales y Agrarios General de la Nación, ante los actos administrativos proferidos por el INCODER por los cuales se había ordenado en su contra la extinción del dominio privado en favor de la Nación.

42 Vid. sentencia T-214 de 2004.

43 Vid. sentencias T-310 y T-465 de 2009.

44 Al respecto Sentencia T-115 de 2004 en donde se revisó la demanda de tutela interpuesta por algunos conductores de servicio público pertenecientes a la Asociación de Transportadores de Servicio Público de Bogotá, D.C., -ASOTRANSBOGO-ATB-, en contra de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, D. C., y en algunos casos también contra la

Alcaldía Mayor de esta ciudad. Algunos de los accionantes pretendían obtener copia de los expedientes contentivos de la actuación adelantada por la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, D.C., con motivo de la imposición de algunos comparendos, y así poder defender sus intereses, toda vez que consideraban violado su derecho al debido proceso por no haber sido citados a audiencia alguna. Así mismo, pretendían obtener la devolución de sus licencias de conducción, por cuanto ellas constituyen su herramienta de trabajo, adicionalmente pedían la revocación de las sanciones impuestas. Sobre la procedencia de la acción de tutela para controvertir las resoluciones proferidas por los inspectores de Tránsito y en ese sentido con respecto a la existencia de otro medio de defensa judicial en el caso concreto, la corte partió de un supuesto esencial: “la potestad administrativa sancionadora del Estado que se manifiesta en la imposición de sanciones por infracciones de tránsito no puede tener otro carácter que administrativo.” Así las cosas, a diferencia del supuesto de actos de administrativos de carácter jurisdiccional, los accionantes contaban con otro medio de defensa judicial, esto es, la acción de nulidad ante lo contencioso administrativo, por lo tanto, la acción de tutela sería en principio improcedente. Así, al revisar si se estaba ante una hipótesis donde existirá un perjuicio irremediable la Corte Concluyó: que “dicho instrumento procesal es idóneo y eficaz para alcanzar los propósitos planteados por los peticionarios en cuanto al derecho al debido proceso se refiere, máxime cuando en la situación descrita por ellos no se vislumbra la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable que haga viable la acción de tutela como mecanismo transitorio, toda vez que la multa impuesta no puede considerarse en sí misma un perjuicio irremediable, y teniendo en cuenta que al demandarse la nulidad de un acto administrativo se cuenta con la posibilidad de solicitar su suspensión provisional, medida cautelar que hace perder al acto su fuerza ejecutoria mientras se decide de fondo sobre su legalidad” Por lo anterior la corte decidió confirmar los fallos en el sentido que negaban el amparo en este aspecto.

45 Así lo ha entendido la jurisprudencia. Por ello se ha dicho que procede, sólo cuando en efecto se reúnen los elementos que configuran la vía de hecho judicial según la jurisprudencia (por todas, sentencia C-590 de 2005, que concretó los requisitos formales y requisitos de procedibilidad sustanciales), como forma de garantizar al mismo tiempo que las sentencias ofrezcan seguridad jurídica y también justicia material (sentencia T-264 de 2009, reiterada y aplicada en la T-386 de 2010). Solo con la suma de todas esas condiciones, es posible afectar una decisión judicial, revocarla en su integridad o en parte de sus órdenes y en ese tanto incidir en los principios de independencia judicial, cosa juzgada y seguridad

jurídica propia a las sentencias judiciales y de tanta importancia en el Estado de derecho que se encuentra a la base del Estado constitucional. Así lo justifica la vulneración radical del derecho al debido proceso y su resultado sobre otros derechos fundamentales sustanciales . Como se observa en sentencia T- 418 de 2003: “tratándose de una vía de hecho en una sentencia judicial, debidamente ejecutoriada, el juez de tutela debe considerar que si se reúnen las características constitucionales de la vía de hecho(...)”. Solo así, “eventualmente puede proferir el amparo correspondiente, por estar agotado para el afectado cualquier otro medio de defensa judicial (...)”.

46 Vid. p.e., sentencia C-634 de 2000 y C-774 de 2001.

47 SU- 219 de 2003, SU 713 de 2006.

48 Vid. Sentencias T-171 de 2011 y T-191 de 2010.