



Función Pública

Sentencia 1328 de 2012 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ.

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil doce (2012)

Expediente número: 11001-03-15-000-2009-01328-01

Actora: NERY GERMANIA ALVAREZ BELLO

Referencia: ACCION DE TUTELA (IMPORTANCIA JURIDICA)

Por importancia jurídica y con miras a la unificación de su jurisprudencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97, numeral 5°, del C.C.A., corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo conocer de los asuntos que, por importancia jurídica o trascendencia social, le remitan las Secciones.

La Sección Primera presentó, en principio, el asunto de la referencia a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en orden a unificar la jurisprudencia, en lo relativo a determinar el momento a partir del cual se había de exigir el

requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, toda vez que sobre este punto la Sección Segunda -Subsección "A"- de esta Corporación expresó un criterio diferente en la sentencia de 28 de enero de 2010, (Expediente núm. 2009-00804-01, Actora: Rubiela Delgado Escobar, Consejero ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren).

Al acometer la Sala el estudio del proyecto sometido a su consideración, estimó de mayor relevancia referirse, en primer término, al tema concerniente a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, también involucrado en la controversia inicial y frente al cual no ha habido un criterio unificado en las distintas Secciones ni entre éstas y la Sala Plena.

Por tal razón habrá de abordarse el mismo, de la siguiente manera:

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991, dispuso:

"... Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión. ...".

En virtud de la norma transcrita se expidió el Decreto Ley 2591 de 19 de noviembre de 1991, que en lo pertinente, precisó:

Artículo 11:

"Caducidad. La acción de tutela podrá ejercerse en todo tiempo salvo la dirigida contra sentencias o providencias judiciales que pongan fin a un proceso, la cual caducará a los dos meses de ejecutoriada la providencia correspondiente."

Artículo 40:

"Competencia especial. Cuando las sentencias y las demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, proferidas por los jueces superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, amenacen o vulneren un derecho fundamental, será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente.

Cuando dichas providencias emanen de magistrados, conocerá el magistrado que le siga en turno, cuya actuación podrá ser impugnada ante la correspondiente sala o sección.

Tratándose de sentencias emanadas de una sala o sección, conocerá la sala o sección que le sigue en orden, cuya actuación podrá ser impugnada ante la sala plena correspondiente de la misma corporación.

PARÁGRAFO 1º-La acción de tutela contra tales providencias judiciales sólo procederá cuando la lesión del derecho sea consecuencia directa de éstas por deducirse de manera manifiesta y directa de su parte resolutive, se hubieren agotado todos los recursos en la vía judicial y no exista otro mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho vulnerado o amenazado. Cuando el derecho invocado sea el debido proceso, la tutela deberá interponerse conjuntamente con el recurso precedente.

Quien hubiere interpuesto un recurso, o disponga de defensa judicial, podrá solicitar también la tutela si ésta es utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. También podrá hacerla quien, en el caso concreto, careciere de otro mecanismo de defensa judicial, siempre y cuando la acción sea interpuesta dentro de los sesenta días siguientes a la firmeza de la providencia que hubiere puesto fin al proceso.

La tutela no procederá por errónea interpretación judicial de la ley ni para controvertir pruebas.

PARÁGRAFO 2º-El ejercicio temerario de la acción de tutela sobre sentencias emanadas de autoridad judicial por parte de apoderado será causal de sanción disciplinaria. Para estos efectos, se dará traslado a la autoridad correspondiente.

PARÁGRAFO 3º-La presentación de la solicitud de tutela no suspende la ejecución de la sentencia o de la providencia que puso fin al proceso.

PARÁGRAFO 4º-No procederá la tutela contra fallos de tutela."

Bien puede decirse que los dos artículos transcritos abrieron la posibilidad, debidamente regulada, de interponer acción de tutela en contra de providencias judiciales.

Fue así como en virtud de una acción de tutela instaurada contra providencia judicial, la Corte Constitucional en sentencia T-006 de 12 de mayo de 1992 (Expediente núm. T-221, Magistrado ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz), amparó el debido proceso, ordenando que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, procediera a fallar de fondo el asunto sometido a su consideración, pues, entre otros aspectos, analizó que en un Estado de Derecho, las autoridades, incluidas las judiciales, no pueden tener poderes ilimitados y que los actos jurisdiccionales violatorios de los derechos constitucionales de las personas carecen de legitimidad y no pueden merecer acatamiento.

Con posterioridad a la mencionada sentencia, la Corte Constitucional profirió la sentencia T-501 de 21 de agosto de 1992 (Expediente núm. T-2506, Magistrado ponente doctor José Gregorio Hernández Galindo), de la cual se destacó el papel que debe cumplir el juez de tutela en la determinación del derecho posiblemente violado, que no puede ser idéntico al que cumple ordinariamente en los asuntos judiciales propios de los demás procesos, para recabar en la necesidad de no negar de plano una tutela precaria en su contenido, sino en el deber de investigar a fin de garantizar el derecho de Acceso a la Administración de Justicia.

Con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11, 12 y 40 del Decreto Ley 2591 de 19 de noviembre 1991, la Corte Constitucional profirió el 10. de octubre de 1992 (Expedientes núms. D-056 y D-092, Magistrado ponente doctor José Gregorio Hernández Galindo), la sentencia C-543 de 1992, que bien puede considerarse como un hito, en la cual se consagró la procedencia "excepcional" de la acción de tutela contra sentencias para los casos en que se configurara una evidente vía de hecho, así:

"Ahora bien, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.

Pero, en cambio, no está dentro de las atribuciones del juez de tutela la de inmiscuirse en el trámite de un proceso judicial en curso, adoptando decisiones paralelas a las que cumple, en ejercicio de su función, quien lo conduce, ya que tal posibilidad está excluida de plano en los conceptos de autonomía e independencia funcionales (artículos 228 y 230 de la Carta), a los cuales ya se ha hecho referencia.

De ningún modo es admisible, entonces, que quien resuelve sobre la tutela extienda su poder de decisión hasta el extremo de resolver sobre la cuestión litigiosa que se debate en un proceso, o en relación con el derecho que allí se controvierte.

No puede, por tanto, proferir resoluciones o mandatos que interfieran u obstaculicen diligencias judiciales ya ordenadas por el juez de conocimiento, ni modificar providencias por él dictadas, no solamente por cuanto ello representaría una invasión en la órbita autónoma del juzgador y en la independencia y desconcentración que caracterizan a la administración de justicia (artículo 228 C.N.), sino porque, al cambiar inopinadamente las reglas predeterminadas por la ley en cuanto a las formas propias de cada juicio (artículo 29 C.N.), quebrantaría abierta y gravemente los principios constitucionales del debido proceso. Lo anterior sin tener en cuenta la ostensible falta de competencia que podría acarrear la nulidad de los actos y diligencias producidos como consecuencia de la decisión con los consiguientes perjuicios para las partes, la indebida prolongación de los procesos y la congestión que, de extenderse, ocasionaría esta práctica en los despachos judiciales.

De las razones anteriores concluye la Corte que no procede la acción de tutela contra ninguna providencia judicial, con la única salvedad del perjuicio irremediable, desde luego aplicada en este evento como mecanismo transitorio supeditado a la decisión definitiva que adopte el juez competente." (Negrilla fuera de texto).

Al proferir la mencionada providencia, la decisión de la Corte no fue la de excluir la tutela contra decisiones judiciales, sino suprimir del ordenamiento jurídico unos preceptos normativos que afirmaban la procedencia de ese mecanismo contra las sentencias como regla general y no como excepción.

En la sentencia SU-1031 de 27 de septiembre de 2001 (Expediente núm. 454716, Magistrado ponente doctor Eduardo Montealegre Lynett), la Corte Constitucional amplió la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial para las decisiones judiciales que se aparten de los precedentes sin motivación alguna, ya que no se trata sólo de casos en que el Juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad).

En el fallo SU-1184 de 13 de noviembre 2001 (Expediente núm. T-282730, Magistrado ponente doctor Eduardo Montealegre Lynett), la Corte discutió sobre el alcance del juez natural, para concluir, que el mismo comprende, entre otros, el derecho de acceder a la jurisdicción ordinaria y, en los casos autorizados por la Constitución, a las jurisdicciones especiales; y que dicho derecho, en el caso que fue materia de estudio, "existirá violación del juez natural cuando (i) se desconoce la regla general de competencia para la investigación de delitos fijada en la Constitución, como ocurre con la Fiscalía General de la Nación; las excepciones a este principio están expresamente señaladas en la Carta; (ii), cuando se violan prohibiciones constitucionales, como aquella que proscribe el juzgamiento de civiles por militares o el juzgamiento de hechos punibles por parte de autoridades administrativas; (iii) cuando no se investiga por jurisdicciones especiales definidas en la Carta, como sería el caso de indígenas o menores; (iv) cuando se desconoce el fuero constitucional (y el legal); (v) cuando se realizan juicios *ex-post* con tribunales *ad-hoc*; y, (vi) cuando se desconoce el derecho a ser juzgado por una autoridad judicial ordinaria. ...". (negrilla fuera de texto).

En la sentencia SU-1219 de 21 de noviembre de 2001, (Expediente núm. T-388435, Magistrado ponente doctor Manuel José Cepeda Espinosa), el Tribunal Supremo Constitucional, ratifica la improcedencia de tutela contra tutela, aún en el evento de una nueva acción de tutela basada exclusivamente en el argumento de que al concederla se incurrió en una vía de hecho porque la tutela era desde el principio improcedente. Igualmente, resaltó la diferencia entre el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, para enfatizar en los efectos vinculantes de esta última.

En la sentencia SU-159 de 6 de marzo de 2002 (Expediente núm. 426353, Magistrado ponente doctor Manuel José Cepeda Espinosa), se precisaron los presupuestos para configurar la vía de hecho, así: "(1.) la utilización de un poder concedido al juez por el derecho para un fin no previsto en las disposiciones legales (defecto sustantivo), (2.) en el ejercicio de una atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), (3.) en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal a partir de pruebas válidas (defecto fáctico), o (4.) en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental)[10]. Esta carencia sustancial de poder o de desviación del otorgado por la ley, revelan (i.) una manifiesta desconexión entre lo establecido en el ordenamiento y la voluntad del funcionario judicial (que aparejará su descalificación como acto judicial)[11] y (ii.) una clara violación de los derechos fundamentales de quien sufre las consecuencias del acto arbitrario[12]".

En el fallo C-590 de 8 de junio de 2005 (Expediente núm. D-5428, Magistrado ponente doctor Jaime Córdoba Triviño), que también puede considerarse como un hito, señaló la Corte los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, así:

"...a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional...."

"b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable

"c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez"

"d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora...."

"e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible...."

"f. Que no se trate de sentencias de tutela...".

..." acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas.....".

"...La procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales está legitimada también por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos...."

EVOLUCIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN EL CONSEJO DE ESTADO.

Cabe advertir que inicialmente el conocimiento de la acción de tutela fue radicado en cabeza de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, hasta que mediante Acuerdo núm. 4 de 8 de febrero de 1994, se dispuso que las impugnaciones y demás asuntos relacionados con aquella serían resueltos por la Sección de la cual hiciera parte el Consejero a quien le hubiese correspondido en reparto y el trámite se haría a través de la Secretaría General de la Corporación.

Como providencia relevante se trae a colación la de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 29 de enero de 1992 (Expediente núm. AC-009, Consejera ponente doctora Dolly Pedraza de Arenas), en la cual se sostuvo, en síntesis, lo siguiente:

"... CONSIDERACIONES:

De conformidad con los hechos relatados en el libelo y en la copia que se aportó de la sentencia impugnada, el accionante interpuso acción contencioso administrativa con el objeto de obtener la nulidad del Decreto 224 de 18 de noviembre de 1981 por medio del cual se le destituyó del cargo que desempeñaba entonces en la Tesorería Distrital y, como restablecimiento del derecho, su reintegro, el pago de todos los emolumentos dejados de percibir, la declaración de que no ha existido solución de continuidad entre la destitución y el reintegro, y el pago de los perjuicios morales sufridos por razón de la destitución.

Situado el proceso, el Tribunal falló en única instancia declarando fundada la excepción propuesta de ineptitud sustantiva de la demanda e inhibiéndose de resolver en el fondo la cuestión planteada.

Dice el accionante que como lamentablemente por razón de la cuantía el negocio no podía ser llevado ante el Consejo de Estado, se acoge a la acción de tutela y pide sean restablecidos sus derechos injustamente negados, para lo cual formula las mismas pretensiones de su fallida demanda.

Como puede observarse, el accionante hace uso de la acción de tutela ante el fracaso de la acción contencioso administrativa que había intentado, o sea como un recurso que reemplace el de alzada que legalmente no procede por ser un negocio de única instancia.

Por tratarse de una institución nueva y de jerarquía constitucional, la Sala debe tener sumo cuidado en examinar si la acción así interpuesta reúne los elementos esenciales señalados por la propia Constitución.

Esta precisión es pertinente ab initio, porque examinado el Decreto 2591 de 1991 que reglamenta el artículo 86 de la Carta y consagra expresamente la acción de tutela contra sentencias y providencias judiciales que ponen término a un proceso (arts. 11 y 40) encuentra la Sala que sus prescripciones contrarían el precepto constitucional como a continuación se demuestra.

Desde la ponencia presentada a la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente para primer debate, se señalaron los elementos esenciales de la nueva figura en los siguientes términos:

"Para evitar equívocos y erróneas referencias interpretativas a otras legislaciones, hemos preferido hablar de acción o derecho de tutela para conformar una figura específica para el caso colombiano, que complemente y perfeccione nuestro modelo de control de constitucionalidad, legalidad y defensa de los derechos...

"Así concebida, la tutela se presenta como un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual. Sólo procede en ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, con la finalidad de otorgar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública...

Debe recalcar el carácter transitorio de la decisión del juez y el hecho de que en la misma no se defina el fondo del asunto. Estamos frente a un mecanismo excepcional y sumario para una protección inmediata de los derechos, dejando a salvo la posibilidad que tienen las partes para recurrir a las vías ordinarias cuando ello sea necesario para la definición del derecho controvertido...

"Con el criterio de simplificar el artículo, en la Comisión se suprimieron ciertos aspectos. Unos, como la referencia a los derechos colectivos, porque serán protegidos de manera especial mediante la consagración de las acciones populares. Otros, porque se considera que hacen parte de la naturaleza de la institución y no requieren por lo tanto enunciarse expresamente; tal el caso de la no procedencia de la acción frente a las situaciones consumadas o frente a las cuales se haya producido sentencia con fuerza de cosa juzgada...

"En estos últimos casos es evidente que ya no cabe la protección inmediata de los derechos bien sea porque lo procedente es intentar una acción ordinaria de reparación, o porque ya hay una decisión definitiva de autoridad competente sobre la materia objeto de la controversia, y la acción de tutela no tiene —como en ocasiones sí ocurre con el llamado recurso de amparo—, el carácter de una instancia adicional para la controversia de unos derechos que ya han sido definidos judicialmente. Por esta razón, consideramos conveniente insistir en que este inciso se suprimió simplemente para simplificar el artículo pero su precepto es parte consustancial de la figura que se propone y se mantiene implícitamente en la norma tal como se aprobó en la Comisión".

(Gaceta constitucional No. 77, 20 de mayo de 1991, pág. 9 y 10).

Con estas explicaciones fue aprobado el artículo 86 de la Carta y se consagró la tutela como una ACCION JUDICIAL tendiente a obtener protección INMEDIATA de derechos constitucionales fundamentales, a través de un PROCEDIMIENTO PREFERENTE Y SUMARIO, procedente SOLO cuando el afectado NO DISPONGA DE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL, salvo que se utilice como medio para precaver un perjuicio irreparable, en cuyo caso debe utilizarse únicamente como MECANISMO TRANSITORIO.

Para el caso que ocupa a la Sala debe destacarse la condición que impone el precepto de carencia de otro medio judicial de defensa, que es lo que hace que sea una acción subsidiaria y residual, es decir, que solamente procede a falta de otro medio de defensa y siempre que el derecho fundamental no esté protegido por acción judicial diferente.

También debe destacarse que cuando excepcionalmente puede salvarse esta condición de procedibilidad para evitar un perjuicio irremediable, la tutela es simplemente preventiva, provisional y eminentemente transitoria, lo que quiere decir que procede MIENTRAS se pone en movimiento el medio de defensa judicial ordinario.

Las características destacadas que la norma constitucional otorga a la nueva institución pertenecen a su esencia y son desconocidas por el legislador extraordinario al instituir la tutela contra las sentencias y providencias judiciales en firme o con medio de impugnación pendiente (arts. 11 y 40).

La simple existencia de un proceso concluido mediante providencia en firme, indica que el afectado con ella tuvo a su disposición un medio judicial de defensa de su derecho y que lo ejerció efectivamente bien como demandante o como impugnante hasta agotarlo, o sea que no se da la condición exigida por el artículo 86 de la Constitución para la procedencia de la acción de tutela.

Por otra parte, tampoco resulta viable constitucionalmente interponer la acción de tutela como mecanismo transitorio, conjuntamente con los recursos ordinarios o con otros medios de defensa judicial, (art. 40 parágrafo 1o, inc 2o.), porque aún cuando todavía no se haya dictado providencia definitiva, la existencia del proceso en curso hace inoperante el instrumento transitorio que, como anteriormente se anotó, dentro de los lineamientos constitucionales no es paralelo y sólo es viable hasta cuando asume el conocimiento el juez ordinario.

En este orden de ideas cabe concluir que el Decreto 2591 al establecer la acción de tutela contra sentencias y providencias judiciales que pongan término a un proceso, contraría el artículo 86 de la Constitución Política, pues convierte lo que en esencia se instituyó como un mecanismo subsidiario y residual en un instrumento adicional y subsiguiente a las acciones judiciales ordinarias, en una instancia más a la que puede acudir quien haya fracasado en su pretensión.

Igualmente desborda el precepto constitucional al reglamentar la tutela como mecanismo transitorio, toda vez que al prolongar sus efectos hasta la decisión de fondo del proceso ordinario (art. 8o.) y al permitir que se utilice contra providencias judiciales cuando el proceso aún se encuentra en curso (art. 40), transforma lo que se concibió como una medida cautelar, provisional y limitada en el tiempo, en una institución paralela y concurrente con las acciones ordinarias.

La acción de tutela tal como aparece desarrollada en el Decreto 2591 no corresponde al Estado de derecho que consagra el artículo 1o. de la Constitución Nacional, pues desinstitucionaliza la administración de justicia duplicando las jurisdicciones, permitiendo la reapertura indefinida de litigios y socavando así uno de sus más firmes pilares: la certeza que imprimen las decisiones judiciales.

Vista la contrariedad del Decreto 2591 de 1991 con el precepto constitucional en cuanto consagra la acción de tutela contra sentencias y providencias judiciales que ponen término a un proceso (arts. 11 y 40), debe la Sala dar aplicación al artículo 4o. de la Constitución Política que le obliga en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley a aplicar las disposiciones constitucionales.

Ello implica que al aplicar el artículo 86 de la Carta tenga que inadmitir la acción de tutela incoada contra la sentencia judicial en firme, que falló el proceso contencioso administrativo promovido por el mismo accionante para obtener el restablecimiento del derecho cuya tutela, hoy reclama.

En mérito de lo expuesto, la Sala

RESUELVE:

INADMITESE la acción de tutela interpuesta por JESUS MARIA MORENO RODRIGUEZ contra la sentencia proferida el 25 de octubre de 1991 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca..."

Esta posición jurisprudencial se reiteró, entre otras, en providencia de 3 de febrero del mismo año, con ponencia del Consejero doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía (Expediente AC-015).

En proveído de 14 de octubre de 1993 (Expediente núm. AC-1247, Consejero ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez), actuando en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Sala Unitaria, se dispuso:

"... IV CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Una vez estudiado el contenido del escrito contentivo de la acción instaurada, de la providencia recurrida y del escrito de impugnación, el Despacho comparte las consideraciones del tribunal a quo, por las siguientes razones:

La acción se dirige contra una providencia judicial, lo cual es improcedente de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corporación y especialmente debido a la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 11,12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que consagraban la posibilidad de ejercer la acción de tutela contra sentencias y demás providencias judiciales, producida mediante Sentencia número C-543 del 1o de octubre de 1992 de la honorable Corte Constitucional (Expedientes D-056 y D-092, Actores: Luis Eduardo Marino Ochoa y Alvaro Palacios Sánchez, Magistrado ponente: doctor José Gregorio Hernández Galindo).

Si bien es cierto que en la parte motiva de la citada sentencia la Corte Constitucional ha dejado abierta la posibilidad de que pueda proceder la acción de tutela cuando la providencia judicial por sus características de arbitrariedad manifiesta constituya propiamente una vía de hecho que permita afirmar que se trata apenas de una apariencia de decisión judicial, no lo es menos, como lo expresa el tribunal, que en el presente caso la acción ha sido ejercida para pretender que el juez de tutela revise la decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, controvirtiendo sus fundamentos, sin que se vislumbre por ninguna parte la arbitrariedad que pudiera dar lugar a considerar tal decisión como una vía de hecho, que pudiera llegar a constituir una violación del derecho al debido proceso, ni mucho menos de los derechos a la honra y al trabajo alegados por el actor.

El Despacho hace notar que en casos como el presente la posible vía de hecho debe aparecer ostensible y manifiesta a los ojos del juez de tutela, sin que sea necesario que éste proceda al análisis detallado de cada uno de los argumentos del actor que, como en este caso, pretenden controvertir las consideraciones del juez que adoptó la providencia que es objeto de la acción.

Concordante con lo anterior, el Despacho procederá a revocar la decisión del Tribunal que denegó la tutela para, en su lugar, rechazarla por improcedente.....".

A nivel de las Secciones, la postura jurisprudencial frente a la tutela contra providencias judiciales, se puede extraer de los pronunciamientos que a continuación se reseñan:

La Sección Primera, por ejemplo, en sentencia de 23 de enero de 1997 (Expediente núm. AC-4329, Consejero ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz), con apoyo en la sentencia C-543 de 1º de octubre de 1992, admitió la posibilidad de estudiar la acción de tutela contra providencia judicial, siempre y cuando se estuviera en presencia de una vía de hecho, circunstancia esta que no halló demostrada en el caso analizado, razón por la cual confirmó la sentencia de primer grado que rechazó por improcedente la tutela instaurada.

Igualmente, en sentencia de 13 de diciembre de 1999, (Expediente AC-9183, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), reiteró, con apoyo en la sentencia C-543 de 1º de octubre de 1992, que la acción de tutela contra providencias judiciales sólo es procedente ante la existencia de una vía de hecho, esto es, cuando obedece al capricho o arbitrariedad de quien la profirió, aspecto este que, luego de analizar la providencia judicial sometida a estudio, no halló configurada.

Cabe resaltar que en sentencia de 7 de septiembre de 2000 (Expediente núm. AC- 12045, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), la Sección Primera tuteló el debido proceso en una acción instaurada contra una sentencia de la Sección Segunda -Subsección "B"- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Al efecto, se precisó lo siguiente:

"... Frente a dicho fallo la actora aduce que constituye una vía de hecho por cuanto no tuvo en cuenta el estado de gravidez en que ella se encontraba cuando se produjo su desvinculación del servicio a través del Decreto 069 de 5 de febrero de 1997, expedido por el Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá, D.C..

Del análisis detenido de la demanda presentada por la actora en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el citado acto administrativo, advierte la Sala, que si bien en la misma no se hizo mención a dicho estado de gravidez, en la adición de la demanda sí se formuló la pretensión relacionada con indemnización por haber sido desvinculada del servicio encontrándose en estado de embarazo, la cual fue admitida mediante proveído de 6 de noviembre de 1998.

De tal manera que al no haberse pronunciado la sentencia sobre el aspecto a que alude la actora, contravino, inopinadamente y de manera flagrante, lo dispuesto en el artículo 170 de. C.C.A., que ordena al juzgador analizar los argumentos de las partes con el objeto de resolver todas las peticiones y, por contera, se violó el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política como derecho fundamental.

Así las cosas, se concederá la tutela impetrada y, con base en las orientaciones del artículo 311 del C. de P.C., conforme al cual cuando la sentencia omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis, o de cualquier otro punto que deba ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria. Con el objeto de que lo anterior tenga lugar se dejará sin efecto la ejecutoria de la providencia que dirimió la instancia.

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

FALLA

TUTELASE el derecho al debido proceso de la actora. En consecuencia, se ordena a la Sección Segunda - Subsección "B" - del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que dentro del término de cinco (5) días hábiles, contado a partir de la notificación de esta providencia, dicte sentencia complementaria, decidiendo la pretensión irresoluta...".

Con ponencia del mismo Consejero, también se accedió a la tutela en fallo de 13 de junio de 2002 (Expediente núm. AC-1124), al encontrar que

las decisiones objeto de la misma desconocieron el alcance de la sentencia C-470 de 25 de septiembre de 1997 (Magistrado ponente doctor Alejandro Martínez Caballero) que se refirió a la protección constitucional a la maternidad y estabilidad del empleo, disponiendo que carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo o en los tres meses siguientes posteriores al parto sin autorización previa del funcionario del trabajo competente que debe verificar la justa causa para el despido.

Dicha decisión también se fundamentó en la sentencia T-842 de 2001 (Magistrado ponente doctor Alvaro Tafur Galvis), según la cual se configura vía de hecho por el no acatamiento de los fallos de constitucionalidad proferidos por la Corte Constitucional.

Igualmente, en sentencia de 19 de julio de 2002 (Expediente núm. 2002-00358, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), la Sección Primera estudió un asunto desde la perspectiva de la vía de hecho en un proceso de única instancia en el que el fallo fue inhibitorio.

En esta ocasión la decisión se fundamentó en la sentencia T-1017 de 13 de diciembre de 1999 de la Corte Constitucional, que considera que se configura tal causal cuando el Juez tenía dentro del ordenamiento jurídico una oportunidad clara y objetiva de proferir pronunciamiento de fondo. De tal manera que se vulnera el debido proceso -el derecho fundamental de Acceso a la Administración de Justicia- en tanto que la Constitución Política exige al Juzgador adoptar, en principio, decisiones de fondo, al imponerle una participación activa en la búsqueda de la genuina realización de la justicia, la seguridad jurídica y la equidad.

La Sección Segunda, en sentencia de 16 de agosto de 2001 (Expediente núm. AC-2001-0519, Consejero ponente doctor Alejandro Ordoñez Maldonado), accedió a la tutela instaurada por considerar que la sentencia cuestionada constituía una vía de hecho.

Conforme a la sentencia de 14 de mayo de 2002 (Expediente núm. AC-2931, Consejero ponente doctor Alberto Arango Mantilla), la Sección Segunda venía aceptando la acción de tutela contra providencias judiciales por vías de hecho. Sin embargo, a partir de este fallo cambió su posición y negó la posibilidad de acciones de tutela frente a providencias judiciales. Al efecto señaló:

"... Modifica la Sala su posición sobre la acción de tutela contra providencias judiciales, en relación con la viabilidad que le había venido reconociendo cuando quiera que en estas se incurriera en vías de hecho. Estudiaba la Sala el fondo del asunto; analizaba los cargos del actor contra tales providencias por presuntas vías de hecho y profería el fallo correspondiente.

A partir de hoy y en relación con este caso la Sala cambia su criterio y niega la posibilidad de acciones de tutela contra providencias judiciales; no las reconoce viables y no admite excepciones en su nueva postura, por las siguientes razones:

1.- La norma sustancial que permitía acciones de tutela contra providencias judiciales desapareció del ordenamiento jurídico. En efecto, mediante sentencia C-543 de 1992, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del artículo 11 del decreto 2591 de 1991 que establecía:

Artículo 11.- Caducidad. La acción de tutela podrá ejercerse en todo tiempo salvo la dirigida contra sentencias o providencias judiciales que pongan fin a un proceso, la cual caducará a los dos meses de ejecutoriada la providencia correspondiente.

La posibilidad que esta Sala, lo mismo que otras del Consejo de Estado y algunas diferentes instancias de la rama jurisdiccional, que, inclusive, aún parece que continúan haciéndolo, había venido admitiendo para la acción de tutela contra providencias judiciales por presuntas vías de hecho, después de tal declaratoria, tuvo como fundamento un criterio jurisprudencial posterior de la propia Corte Constitucional que ni al Consejo de Estado ni a jueces y magistrados obliga y que en su exacta medida constituye criterio auxiliar y orientador para interpretación de normas y situaciones -nada más-, del que en cualquier momento pueden apartarse la Sala y los funcionarios judiciales.

2.- La acción de tutela contra providencias judiciales puede quebrantar en materia grave principios como el de la cosa juzgada, el de la firmeza de las providencias judiciales y, en general, el de la seguridad jurídica, pilares fundamentales de una recta, oportuna y eficaz administración de justicia que, por encima de cualquier consideración, deben preservarse. Garantizan ellos la vigencia de la norma jurídica como base insustituible de la vida civilizada.

3.- Si se acepta o se continúa aceptando la acción de tutela contra providencias judiciales abundarán, sin duda, casos insólitos de usurpación de jurisdicción y aún, en ocasiones, de desconocimiento de normas sobre competencia que los jueces en manera alguna pueden permitir y a toda costa han de evitar.

4.- Admitiendo la tutela contra providencias judiciales puede llegarse al aberrante caso de acción de tutela contra sentencias de tutela en las que presuntamente también pudo haberse incurrido en vías de hecho.

5.- Todo parece indicar que con la acción de tutela contra providencias judiciales se llega y se llegará más temprano que tarde al desorden jurídico o, mejor, al desquiciamiento del orden jurídico que conduce a la ineficacia de las normas y del derecho mismo y, como consecuencia, a la negación de justicia, que es la barbarie.

Casos de reciente y lamentable ocurrencia, aparte de otros que con características alarmantes ha tenido qué enfrentar el propio Consejo de Estado, le asignan fundamento cabal a las anteriores afirmaciones de la Sala. Lo expuesto en los numerales anteriores es suficiente para que la Sala cambie de criterio y para que, en bien de la vigencia y conservación de valores superiores no admita excepciones de índole alguna en relación con la no viabilidad de la acción de tutela contra decisiones de los jueces ...".

La Sección Tercera, en sentencia de 28 de agosto de 1997 (Expediente núm. AC-5007, Consejero ponente doctor Ricardo Hoyos Duque), confirmó el fallo de primer grado, que había denegado por improcedente la acción de tutela frente a providencias judiciales dictadas en un

proceso penal, previo análisis del acervo probatorio y el contenido de aquéllas, del que concluyó que las actuaciones de las autoridades jurisdiccionales involucradas en las decisiones cuestionadas, no evidenciaban vía de hecho alguna que ameritara la protección.

Igual estudio se efectuó para proferir, entre otros, los fallos de 21 de febrero de 2002 (AC-2219, Consejero Jesús María Carrillo Ballesteros) y de 6 de febrero de 2003 (Expediente núm. AC-346, Consejero ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez), en los que también se confirmó la decisión impugnada ante la ausencia de vías de hecho.

La misma Sección, en fallo de 11 de septiembre de 2000 (Expediente AC-11980, Consejera ponente doctora María Elena Giraldo Gómez), accedió a la tutela instaurada por considerar que la providencia cuestionada constituía una vía de hecho.

Así mismo, la Sección Tercera, en sentencia de 9 de agosto de 2001 (AC-241, Consejero ponente doctor Germán Rodríguez Villamizar), concedió la acción de tutela por configurarse una vía de hecho, argumentando para ello que "La Sala Civil-Familia-Laboral-Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal evidentemente incurrió en una irregularidad, toda vez que el fallo de segunda instancia es incongruente, ya que, si bien es cierto esa Corporación era y es competente para conocer del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por acción de reintegro según el artículo 2º de la ley 362 de 1997, en ese momento al declararse incompetente por estimar que el asunto era competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, no debió confirmar el fallo, y menos aún sin motivar su decisión, al punto que la sentencia de primer grado fué confirmada sin que el superior proferiera ni una sola razón para fundamentar su decisión, lo cual, por supuesto, pone de presente una vía de hecho por inmotivación de la sentencia...".

A partir de la expedición del Acuerdo núm. 55 de 5 de agosto de 2003, "Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado", la Sala Plena de la Corporación excluyó del conocimiento de las acciones de tutela a la Sección Tercera.

Por su parte, la Sección Cuarta, en sentencia de 27 de marzo de 1998 (Expediente núm. AC-5670, Consejero ponente doctor Daniel Manrique Guzmán), no obstante que denegó la tutela instaurada, efectuó el análisis de fondo para descartar la configuración de la vía de hecho, causal que consideró viable frente a tutelas contra providencias judiciales.

En fallo de 4 de diciembre de 2003 (Expediente núm. 2003-00953, Consejera ponente doctora Ligia López Díaz), dicha Sección reitera tal postura, y señala que la vía de hecho se configura cuando: a) la conducta del operador jurídico carece de fundamento legal; b) la acción obedece a la voluntad subjetiva de quien desempeña la autoridad judicial; c) tenga como consecuencia la vulneración de los derechos constitucionales fundamentales, de manera grave e inminente; d) no exista otra vía de defensa judicial o que, existiendo, se interponga la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, a menos que el medio resulte ineficaz, para proteger el derecho fundamental violado o amenazado. También por defecto orgánico (falta de competencia); defecto sustantivo (la decisión se fundamenta en norma inaplicable por falta de vigencia, inconstitucional o no guarda relación de conexidad material con los presupuestos de hecho a los cuales se ha aplicado); defecto fáctico (las pruebas tenidas en cuenta eran inadecuadas para tomar la decisión o insuficientes desde el punto de vista material); y defectos procedimentales (se originan en una manifiesta desviación de las formas propias del juicio que conduce a una amenaza o vulneración de los derechos y garantías del alguna de las partes o de los demás sujetos procesales con interés legítimo).

La misma Sección en fallo de 22 de enero de 2004 (Expediente núm. 2003-1103, Consejero ponente doctor Juan Angel Palacio Hincapié), tuteló el debido proceso en un incidente de desacato dentro de una acción popular, por cuanto se dejaron de valorar dos pruebas aportadas, lo cual crea un desequilibrio procesal grave que afecta el derecho de defensa.

La Sección Quinta, en sentencia de 12 de diciembre de 2002 (Expediente 2002-0954, Consejero ponente doctor Reinaldo Chavarro Buriticá), accedió a la tutela contra la sentencia objeto de la misma y dispuso:

"... PRIMERO. - TUTÉLANSE los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia y principio de las dos instancias de la señora María Orfilia Arango Martínez, para cuyo efecto se dispone:

DECLÁRANSE sin valor ni efecto todas las providencias dictadas en el proceso de reparación directa N°960823077 de María Orfilia Arango Martínez y otros contra la Nación - Departamento de Caldas - Instituto Nacional de Vías, a partir del auto del 26 de abril de 2001 por medio del cual el Tribunal Administrativo de Caldas declaró desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del 13 de octubre de 2000.

ORDÉNASE al Tribunal Administrativo de Caldas que, en el término de 48 horas, siguientes a la notificación de esta providencia, señale a la demandante la suma necesaria para cubrir el valor del envío del expediente a fin de que se surta ante el Consejo de Estado, el recurso de apelación contra la referida sentencia ...".

Igualmente, dicha Sección, con ponencia del mismo Consejero, en sentencia de 27 de junio de 2003 (Expediente núm. AC-2002-1177), tuteló el debido proceso frente a una sentencia del Tribunal

Administrativo del Valle del Cauca, la cual revocó, y, en su lugar, ordenó que en el término de cinco días, contado a partir de la notificación de dicha providencia, dictara un nuevo fallo, atendiendo la orientación expuesta en las consideraciones.

En el año 2004, la Sala plena de esta Corporación en sentencia de 29 de junio (Expediente AC-10203, Consejero ponente doctor Nicolás Pájaro Peñaranda), sostuvo que la acción de tutela es absolutamente improcedente contra providencias judiciales que pongan fin a un proceso o actuación.

En fallo de 9 de noviembre de 2004 (Expediente IJ-2004-0270, Consejero ponente doctor Rafael Ostau de Lafont Pianeta), la Sala Plena de esta

Corporación, reiteró la prohibición anterior, precisando que habiendo desaparecido del ordenamiento jurídico la normativa con la que el legislador trató de incluir las providencias judiciales en los actos susceptibles de la acción de tutela, y existiendo claras y precisas razones axiológicas y jurídicas de rango constitucional que las sustraen imperativamente de dicha acción, expuestas por la Corte Constitucional de manera contundente, enfática y coherente en la sentencia C-593 de 2002, es claro e indudable que con fuerza de cosa juzgada constitucional la acción de tutela no procede contra providencias judiciales, pues en palabras de esa sentencia "...la misma idea de justicia sugiere la de un punto definitivo a partir del cual la sentencia no pueda ser modificada. Habiéndose llegado a él, una vez agotados todos los momentos procesales, concluidas las instancias de verificación jurídica sobre lo actuado y surtido, si eran procedentes, los recursos extraordinarios previstos en la ley, no puede haber nuevas opciones de revisión del proceso, en cuanto la posibilidad de que así suceda compromete en alto grado la prevalencia del interés general (artículo 1º C.N.), representado en la necesaria certidumbre de las decisiones judiciales..."

Que, además de resultar temeraria por lo claramente infundada y contraria a la cosa juzgada constitucional, insistir en cobijar las providencias judiciales con la acción de tutela utilizando el atajo irregular e inadecuado de la vía de hecho, era introducir inconstitucionalmente una circunstancia que no sólo derogaría la característica fundamental de la función jurisdiccional: la cosa juzgada¹ y la consecuente seguridad jurídica, sino que también amenazaría la estabilidad y confianza judicial, en la medida en que podía originar una desconfianza ciudadana generalizada en las decisiones judiciales de los procesos ordinarios y en la actuación de los respectivos jueces, pues en lugar de vérselos como los dispensadores de justicia y protectores de los derechos de las personas, y quienes ponen fin o deciden con carácter de verdad y de forma definitiva los litigios jurídicos entre ellas, haría que se les mirara como potenciales vulneradores de los derechos fundamentales y como dispensadores precarios o provisionales de justicia, erosionando de esa forma la autoridad de los órganos judiciales, amén de que con la ilusión de revertir la situación jurídica adversa que le ha sido definida y el afán de acudir a todos los medios a su alcance, más aún si no le genera costo alguno, la parte vencida no pararía en mientes para hacer uso de la acción de tutela, como la práctica lo ha demostrado, pretendiendo tornarla incluso en una instancia más del proceso respectivo, en condiciones procesales que no están pensadas ni diseñadas para examinar controversias jurídicas y administrar justicia en condiciones normales, y que en manera alguna garantizan que la decisión del juez de tutela pueda ser mejor o más acertada que la del juez natural del asunto.

A título de conclusiones, señaló:

"... Es posición mayoritaria de la Sala:

Que en virtud de la cosa juzgada constitucional originada en la sentencia C-543 de 1992, las providencias judiciales no son susceptibles de acción de tutela, pues están protegidas por el principio de la cosa juzgada y por la independencia y autonomía de los jueces que la Constitución Política, como pilar del Estado de Derecho y de la democracia, les otorga al someterlos sólo al imperio de la Constitución y la Ley.

Que la jurisprudencia contencioso administrativa unificada únicamente la profiere la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, como autoridad suprema de dicha jurisdicción, y que en virtud de su independencia tiene autonomía plena para interpretar la ley en el marco de la Constitución y de las normas que le sean superiores.

Que reitera la posición jurisprudencial que mayoritariamente ha venido sosteniendo sobre el control judicial de los actos administrativos particulares, por cuanto contiene una interpretación razonada y sistemática de las normas que regulan las acciones contencioso administrativas y que se aviene con el contenido de la función jurisdiccional, la eficacia de dichas normas y los asuntos a cargo de la jurisdicción contencioso administrativa, en especial los relativos a los actos administrativos, en aras de preservar la estabilidad de los mismos, y por ende la seguridad jurídica y los derechos reconocidos mediante ellos cuando crean situaciones jurídicas particulares o subjetivas.

Con base en lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

RESUELVE:

PRIMERO. DECLARASE que la sentencia de tutela de 1 de septiembre de 2004, proferida por la Corte Constitucional en Sala Sexta de Revisión, dentro del expediente T-927.827, que invalida lo actuado dentro del expediente de acción de nulidad identificado con radicación Núm.: 25000 2324 000 2003 00557 01, actor fundación PRO NIÑOS POBRES, y ordena que se le dé trámite a la demanda de dicha acción, carece de validez por haberse producido en contravía de los mandatos de la Carta Política, sin competencia constitucional alguna, suplantando al Consejo de Estado y a los demás órganos de la jurisdicción contencioso administrativa en el ejercicio de su función como jueces naturales en materia de acciones contencioso administrativas y con desconocimiento de la cosa juzgada constitucional. Por consiguiente no produce ningún efecto sobre el auto de cinco (5) de febrero de dos mil cuatro (2004), proferida en por la Sección Primera de esta Sala, mediante el cual confirmó el auto de primera instancia que rechazó dicha demanda.

SEGUNDO. DECLARASE, en consecuencia, que el referido auto de cinco (5) de febrero de dos mil cuatro (2004), proferido por la Sección Primera de esta Sala sigue incólume e hizo tránsito a cosa juzgada material, razón por la cual es inmodificable, inimpugnable y definitivo en cuanto confirmó el auto de primera instancia que rechazó dicha demanda, y sus efectos no pueden suprimirse mediante fallo de tutela.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en los Anales y cúmplase. Ejecutoriada esta providencia, archívese definitivamente el expediente. ...".

Sin embargo, la Sección Primera en providencia de 9 de julio de 2004 (Expediente núm. 2004-00308), con ponencia del Consejero doctor Rafael Ostau de Lafont Pianeta, abrió la posibilidad de acceder a la acción de tutela contra providencias judiciales, precisando que el principio de la seguridad jurídica no es absoluto, de manera que no pueden desconocerse, en un Estado Social de Derecho, otros de similar importancia, como

la paz, la convivencia pacífica o la existencia de un orden social justo, de ahí que deba protegerse a quien no tuvo siquiera la oportunidad de ingresar al proceso, pues en ese evento no se quebranta la cosa juzgada ni la seguridad jurídica que caracteriza a las providencias judiciales que han puesto fin a un proceso, criterio que se ha venido aplicando hasta la fecha.

Precisamente, con base en dicho criterio, en varias ocasiones, la Sección Primera ha accedido a la solicitud de tutela frente a providencias judiciales, cuando ha encontrado acreditado la vulneración del derecho de Acceso a la Administración de Justicia.

En efecto, entre otras, en sentencia de 14 de julio de 2005 (Expediente núm. 2005-00501, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), se tuteló el Acceso a la Administración de Justicia de los actores, dejando sin efecto los proveídos que rechazaron la demanda y el recurso de apelación proferidos dentro de un proceso de reparación directa y, en su lugar, se dispuso que se rehiciera la actuación "teniendo en cuenta que se trataba de un proceso de única instancia en el que la admisión o el rechazo de la demanda (que no resuelve la suspensión provisional) debe resolverlo el ponente", y de esta forma garantizar la prevalencia del derecho sustancial a que alude el artículo 228 Constitucional.

En sentencia de 3 de mayo de 2007 (Expediente núm. 2006-00815), siendo ponente el mismo Consejero, también se accedió a proteger el Acceso a la Administración de Justicia de dos menores, en un proceso de reparación directa, pese a que frente a la providencia judicial cuestionada se contó con medios de defensa y no medio el principio de inmediatez para la interposición de la acción constitucional. Para tal efecto, la Sección Primera argumentó:

"... observa la Sala que pese a que el apoderado de la actora allegó los registros civiles de nacimiento de las menores Yurany Lizeth y Sammy Madelyn Escobar Oliva, los que certifican que son hijas del occiso y de la actora, en la parte motiva de la sentencia controvertida, no se hizo alusión alguna respecto de la solicitud de reparación directa en relación con aquéllas por el fallecimiento del señor Campo Elías Escobar Quintanchala.

Lo anterior pone de manifiesto que el Despacho Judicial demandado omitió, sin justa causa, pronunciarse respecto de dicha pretensión, bien fuera para negar el derecho o para reconocerlo, pues no mediaba ningún obstáculo jurídico que lo impidiese.

Cabe señalar que frente a esta omisión quien actúa como demandante en representación de sus menores hijas, mediante apoderado, bien pudo solicitar se adicionara la sentencia para incluir en ella el pronunciamiento correspondiente respecto de las pretensiones irresolutas, y tal posibilidad tornaría improcedente la acción de tutela pues, como bien se sabe, ésta sólo tiene cabida cuando se carece de recurso o medio de defensa judicial. Sin embargo, ha sido criterio de esta Corporación que la no formulación de una solicitud de adición de una providencia judicial no excusa ni hace nugatoria el deber que le asiste al juez de subsanar oficiosamente esa irregularidad, máxime cuando este último es el mayor responsable de que sus providencias resuelvan adecuadamente todos los extremos de la litis.

No puede la Sala desconocer el tiempo transcurrido desde cuando se profirió el auto que negó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la cual se predica la vía de hecho (20 de febrero de 2001) y el momento en que se presentó la demanda de tutela (6 de julio de 2006), esto es, que entre una y otra fecha se cuentan cinco (5) años y cuatro (4) meses, lo cual conduce a la consideración de que el ejercicio de la acción no resultó oportuno.

Sin embargo, la Sala no puede perder de vista que en el sub lite están en juego los intereses de dos menores, SAMMY MADELYN y YURANY LIZETH ESCOBAR OLIVA, quienes se encuentran en estado de indefensión, respecto del derecho de acceso a la administración de justicia por no haber obtenido una decisión del juez con respecto a sus pretensiones y si se enfrenta esa situación con la necesidad de actuar oportunamente en el reclamo de los derechos fundamentales (principio de inmediatez), necesariamente, habría que darle prelación a la primera, es decir, a la protección del derecho de acceso a la administración de justicia de las menores.

Si bien es cierto que la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que la acción de tutela no puede tornarse en instrumento para suplir las deficiencias, errores y descuidos de quien ha dejado vencer términos o permitido la expiración de sus propias oportunidades de defensa judicial, también ha sostenido que ello no impide reconocer que en determinadas situaciones la absoluta imposibilidad en que se halla el sujeto perjudicado por la omisión procesal para evitarla, o para ejercer los recursos que permitan sus defensa, lo libera plenamente de responsabilidad por la conducta omisiva, atendiendo la prevalencia del derecho sustancial, se atempere la rigidez de la exigencia expuesta y se otorgue la posibilidad del amparo judicial extraordinario, máxime si los intereses corresponden a menores, quienes no pueden resultar sacrificados en sus derechos, por la omisión de quienes los representaron en el juicio ordinario.

En efecto, en sentencia T-329 de 25 de julio de 1996, en un asunto similar, en el que se vieron comprometidos los derechos de un menor, la Corte Constitucional accedió a la tutela, a pesar de que se tuvieron medios de defensa judicial para controvertir la sentencia controvertida y al efecto discurrió la Corte:

"...Procedencia de la tutela no obstante haber omitido el ejercicio de recursos cuando las consecuencias de la omisión afectan a menores.

... Tal ocurre, por ejemplo, cuando los intereses en juego corresponden a menores, cuya indefensión se presume según el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, en especial si esos intereses corresponden a derechos fundamentales que pueden quedar vulnerados o amenazados en la hipótesis de una tutela denegada por no haber hecho su abogado uso oportuno de los recursos que los favorecerían en el proceso ordinario.

Un principio de elemental justicia indica que en dichas circunstancias no debe ser sancionado el niño con la eliminación de toda posibilidad de hacer valer sus derechos fundamentales y que, mereciendo él la protección especial del Estado impuesta por el artículo 44 de la Constitución,

procede la tutela, siendo imperativo, en cambio, que se promueva la investigación y sanción de la conducta omisiva del apoderado judicial.

Estas situaciones son, desde luego, extraordinarias y deben ser apreciadas en concreto por el juez, con el objeto de verificar si en realidad la circunstancia del afectado reviste las indicadas características, evento en el cual, no habiendo sido su culpa, descuido o negligencia la causa de que las decisiones en su contra hubieran quedado en firme por falta de los oportunos recursos, carece de justificación concreta la eliminación del único medio de defensa judicial a su alcance..."

Atendiendo la jurisprudencia transcrita, sin lugar a dubitación alguna, en el caso sub examine la Corporación demandada, esto es, el Tribunal Administrativo del Cauca, quebrantó los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de las menores, al no haber resuelto la pretensión encaminada a que el INPEC les reconociera los perjuicios morales y materiales como resultado del fallecimiento del señor Campo Elías Escobar Quistanchal, progenitor de aquellas.

En este orden de ideas, se dispondrá que el Tribunal Administrativo del Cauca, adicione la providencia objeto de tutela, en el sentido de que se pronuncie sobre todos los extremos de la litis, esto es, frente a la pretensión de las menores que como hijas del señor Campo Elías Escobar Quistanchal, reclaman del INPEC el reconocimiento de los perjuicios morales y materiales por el fallecimiento de su padre, de acuerdo con los documentos aportados al proceso ...".

Igualmente, dicha Sección amparó el derecho de Acceso a la Administración de Justicia en las sentencias de 21 de febrero de 2008 (Expediente núm. AC-2007-01345, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta) y 11 de noviembre de 2010 (Expediente núm. AC-2010-00889, Consejera ponente doctora María Claudia Rojas Lasso), al encontrar configurada vías de hecho en las providencias objeto de tutela.

La Sección Segunda, Sala Plena, en sentencia de 19 de mayo de 2005 (Expediente AC-00329, Consejera ponente doctora Margarita Olaya Forero), estudió de fondo la sentencia objeto de la acción de tutela desde la perspectiva de la vía de hecho.

En sentencia de 3 de febrero de 2009 (Expediente núm. 2009-01268, Consejero ponente doctor Gerardo Arenas Monsalve), la Sección Segunda - Subsección "B"- dispuso en la parte resolutive:

"PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso del señor Galvis Antonio Bolaño Daza, con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS las sentencia del 6 de noviembre de 2008 y del 27 de agosto de 2009 proferidas por el Juzgado Segundo Administrativo de Valledupar y el Tribunal Administrativo del Cesar respectivamente, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 2004-01183.

TERCERO: ORDENAR al Juzgado Segundo Administrativo de Valledupar, que en el término de un mes a partir de la notificación del presente fallo, profiera una nueva sentencia en la que analice de forma integral la totalidad de las pruebas documentales y testimoniales practicadas y trasladadas al proceso de nulidad y restablecimiento promovido por el accionante, teniendo en cuenta los lineamientos que sobre el particular se expresaron en esta providencia, y los principios que inspiran la sana crítica ...".

Así mismo, en sentencia de 27 de mayo de 2010 (Expediente AC-2010-00559, Consejero ponente doctor Alfonso Vargas Rincón), la Sección Segunda sostuvo:

"... Tratándose de tutela contra providencia judicial, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación viene afirmando su improcedencia² fundada tanto en la declaratoria de inexequibilidad que de los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991 hiciera la Corte Constitucional en sentencia C- 543 del 1º de octubre de 1992, como en el hecho de que la existencia de una providencia, presupone que quien intenta la acción, ya hizo uso del otro medio de defensa judicial ordinario o especial con el que contaba y en el cual dispuso de recursos e incidentes a través de los cuales pudo hacer valer sus derechos.

De aceptar la procedencia, afirma la Sala, se quebrantarían pilares fundamentales del Estado Social de Derecho tales como la firmeza de la cosa juzgada de las sentencias, el principio de la seguridad jurídica y hasta se correría el riesgo de incurrir en usurpación de jurisdicción y desnaturalizar la institución de la tutela.

Los anteriores argumentos son compartidos en su integridad por esta Subsección, no obstante, cuando con la providencia se haya vulnerado el derecho constitucional fundamental de acceso a la administración de justicia ha declarado procedente la acción y ha tutelado los derechos fundamentales vulnerados siempre que aparezca clara su trasgresión.

Lo anterior teniendo en cuenta que en tales casos, los pilares que se pretenden defender, no se ven afectados, pues el proceso jamás se adelantó y no es posible hablar de cosa juzgada, seguridad jurídica etc.

En atención a lo expuesto por la Sala Plena, y dado el carácter excepcionalísimo de la acción de tutela como mecanismo para infirmar una providencia judicial, estima la Sala necesario precisar que la procedencia de la misma, en estos particulares casos, resulta viable sólo si los alegatos de la demanda se encuentran sustentados en la violación de derechos fundamentales constitucionales relacionados con el debido proceso y el derecho de defensa (art. 29) o con el acceso a la administración de justicia (art. 238), por tratarse precisamente de garantías esenciales de un proceso de tal naturaleza.

En el asunto bajo, estima la sala que se configuró la vulneración de los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia, por lo siguiente:

En la decisión impugnada a través de la presente acción, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla no accedió a fijar una nueva fecha para la diligencia de declaración y dio por surtida la misma al no llenarse los requisitos previstos en el artículo 225-2 del C.P.C.

De acuerdo con los documentos allegados al expediente y de los hechos narrados en el escrito de tutela, se acreditó que en efecto la señora ROSIBEL FIGUEROA JIMENEZ no asistió a la diligencia de recepción de testimonio programada para el 20 de febrero de 2008 a las 9 A.M., sin embargo, se observa que era su intención cumplir con la orden judicial, pues el mismo día siendo las 10:18 de la mañana allegó un escrito en el que consignó las razones por las cuales no asistió a la misma.

Sobre el particular, el artículo 225 del Código de Procedimiento Civil, dispone:

"En caso de que el testigo desatienda la citación, se procederá así:

1. Si dentro de los tres días siguientes a la audiencia, no acredita siquiera sumariamente causa justificativa, se le impondrá una multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales, quedando siempre con la obligación de rendir el testimonio, para lo cual se señalará nueva audiencia.
2. Si en el término mencionado el testigo acredita siquiera sumariamente un hecho justificativo de su inasistencia, el juez lo exonerará de sanción y señalará audiencia para oírlo, sin que sea necesaria nueva citación.
3. El interesado podrá pedir que se ordene a la policía la conducción del testigo a la nueva audiencia; igual medida podrá adoptar el juez de oficio, cuando lo considere conveniente.
4. Cuando se trate de alguna de las personas mencionadas en el artículo 222, *la desobediencia la hará incurrir en la misma sanción, que será impuesta por el funcionario encargado de juzgarla disciplinariamente, a solicitud del juez.*"

De acuerdo con lo anterior, es claro que la inasistencia justificada o no del testigo a la diligencia de testimonio, no lo libera de la obligación de rendir declaración, ni al juez de señalar una nueva audiencia para oírlo.

Nótese que justificada o no la ausencia del testigo, siempre deberá darse una nueva oportunidad.

En el presente asunto, si bien la señora FIGUEROA JIMENEZ, no allegó prueba sumaria de su inasistencia, lo cierto es que asistió el día en que estaba programada la diligencia explicando las razones de su retraso, argumentos que el Juez no tuvo en cuenta y dio por surtida la diligencia programada, siendo que su obligación de declarar no se ha extinguido es decir, el funcionario judicial pretermirió una etapa dentro del trámite del proceso.

La decisión proferida es vulneradora del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, pues le impide a los interesados acudir a los medios de prueba que consideran pertinentes para demostrar los hechos que generaron la interposición de la acción de reparación directa.

Por lo anterior, la Sala decretará el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, en consecuencia le ordenará al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla que profiera una nueva decisión ordenando la práctica de la diligencia de recepción de testimonio solicitada.

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

FALLA:

DECRETASE el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia invocados por los señores CIROJIMENEZ LOPEZ y LUCIA FIGUEROA JIMENEZ.

En consecuencia, ORDENASE al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla que, dentro de los 10 días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, profiera una nueva providencia dentro del proceso # 080013331002200700109-00, promovido por los señores CIRO JIMENEZ LOPEZ y LUCIA FIGUEROA JIMENEZ, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia ...".

La Sección Cuarta en sentencia de 28 de enero de 2010 (Expediente núm. AC-2009-00778, Consejero ponente doctor Hugo Fernando Bastidas Barcenás), precisó:

"... La Sección Cuarta, al igual que la Sección Quinta, ha considerado que la acción de tutela contra providencias judiciales no procede en ningún caso. El argumento central de esta postura tiene que ver con la defensa de los principios de seguridad jurídica, autonomía judicial y cosa juzgada. Sin embargo, se han presentado excepciones a esa regla. En efecto, en algunos casos, sin entrar a estudiar el contenido del fallo objeto de la acción, se han amparado los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, debido proceso e igualdad, cuando ha sido evidente la vulneración de esos principios³ en el desarrollo del trámite que dio lugar a la sentencia cuestionada, empero, se ha evitado hacer una revisión de fondo de la decisión judicial ..."

Considera la Sala que los principios de seguridad jurídica, autonomía judicial y cosa juzgada son principios absolutamente indispensables para mantener en correcto funcionamiento el Estado de Derecho. Sin embargo, una reflexión sobre la necesidad de que ese Estado de Derecho

asegure la justicia material en el sentido de proteger los derechos fundamentales de las personas y la comprobación de que las autoridades judiciales no están exentas de error, lleva a la Sala a recoger la tesis de que en ningún caso habría lugar a la tutela contra providencias judiciales para adoptar el criterio de que, muy excepcionalmente, cabría ese mecanismo judicial extraordinario previsto para defender los derechos que fundamentan el modelo de convivencia previsto en la Constitución de 1991.

En consonancia con lo expuesto, la Sala adopta la tesis sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Este cambio, además, se sustenta en la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, en la defensa del contenido del Estado Social de Derecho y en el hecho de que los principios de autonomía judicial y primacía de los derechos fundamentales no son excluyentes. Por el contrario, advierte la Corte Constitucional que *"la estructura abierta de tales preceptos vincula al operador jurídico con la obligación, no de encontrar una única solución al caso concreto como conclusión necesaria de una deducción, sino de realizar una labor hermenéutica de ponderación entre los contenidos normativos en conflicto y justificar, mediante la fundamentación razonable de la decisión, cómo se concilian aquellos preceptos o cómo con la solución propuesta se menoscaba en menor medida el principio que resulta derrotado"*⁴.

"...En razón a las anteriores consideraciones, esta Sección rectifica su jurisprudencia en relación con la procedencia de la tutela contra providencias judiciales y confirma lo dispuesto por el juez de primera instancia, que amparó los derechos fundamentales del debido proceso y defensa del actor ...". (Resalta la Sala fuera de texto).

La misma Sección, en fallo de 10 de febrero de 2011 (Expediente AC-2010-01239, Consejera ponente doctora Martha Teresa Briceño de Valencia), accedió a la tutela por encontrar que la providencia cuestionada constituía una vía de hecho.

En sentencia de 3 de marzo de 2011 (Expediente núm. 2010-01271, Consejero ponente doctor Hugo Fernando Bastidas Barcenás), dicha Sección confirmó el fallo de 9 de diciembre de 2010, proferido por la Sección Segunda –Subsección "B"- del Consejo de Estado, que amparó, entre otros, el derecho de Acceso a la Administración de Justicia y, en consecuencia, dejó sin efectos la providencia de 5 de mayo de 2010, dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida contra el Municipio de Soledad y, en su lugar, dispuso que se profiriera nueva decisión de fondo, la que debía ceñirse a resolver los fundamentos del recurso de apelación presentado por la entidad demandada, por cuanto en la sentencia cuestionada se decidieron de oficio aspectos que no fueron planteados en la alzada.

Por su parte, la Sección Quinta, mediante sentencia de 13 de noviembre de 2008 (Expediente AC-00912, Consejero ponente doctor Filemón Jiménez Ochoa), la Sección Quinta hizo énfasis en que no obstante que la Corte Constitucional abrió paso a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, a través de la existencia de la vía de hecho, no le da curso a la misma en consideración a que en un Estado Social de Derecho, se debe salvaguardar el orden y la seguridad jurídica.

En sentencia de 13 de mayo de 2010 (Expediente AC-2010-00051, Consejera ponente doctora Susana Buitrago Valencia), la Sección Quinta expresó:

"... 3. La acción de tutela contra providencia judicial

Por regla general, en la inmensa mayoría de los casos, la Sala rechaza por improcedente la tutela cuando se propone para dejar sin efectos o para modificar providencias judiciales porque, como primera y esencial razón, este instrumento constitucional no existe en el ordenamiento jurídico colombiano desde que se expidió por la Corte Constitucional la sentencia C-543 de 1992 declarando inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 que admitían su viabilidad.

Otros argumentos que sustentan esta postura tienen que ver con la causal legal de improcedencia de esta acción cuando existe otro medio de defensa judicial, en el entendido que precisamente, este medio estuvo presente y operó a favor del accionante al tener acceso a la justicia y obtener definición de su controversia.

Igualmente, que para el juez de tutela se impone preservar valores superiores de la justicia: la certeza y seguridad jurídica derivadas de la cosa juzgada y de la inmutabilidad de la sentencia, así como respetar la autonomía del fallador. Anudado a todo ello está la consideración de que no es admisible, a la luz de la misma lógica, que un juez de tutela en el breve lapso que la ley le otorga para decidirla, pueda inmiscuirse en el examen y en la definición sobre el fondo de una controversia de la especialidad propia del juez natural al cual, resolverla le reportó un complejo y profundo análisis, para el que tuvo que invertir un término de tiempo muy superior.

Fundada en estos razonamientos, solo en situaciones especialísimamente excepcionales en las cuales se evidencie de manera superlativa que la providencia judicial padece un vicio procesal ostensiblemente grave y desproporcionado, que lesiona en grado sumo el derecho fundamental de acceso a la justicia, individualmente considerado o en conexidad con el derecho de defensa y de contradicción, núcleo esencial del derecho al debido proceso, la Sala ha admitido que la acción de tutela constituye el remedio para garantizar estos especiales y concretos derechos amenazados o trasgredidos, procediendo en tales casos a ampararlos porque considera que prevalecen sobre los mencionados valores de seguridad jurídica y de cosa juzgada en tanto de nada sirve privilegiarlos, si no se ha garantizado al individuo como ser humano la justicia material en tan especialísimos derechos inherentes a su misma dignidad... ." (Negrilla fuera de texto).

En sentencia de 24 de marzo de 2011 (Expediente AC-01016, Consejero ponente doctor Mauricio Torres Cuervo), la Sección Quinta de esta Corporación reiteró la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, en casos excepcionales.

Es así como mediante sentencia de 27 de enero de 2011 (Expediente núm. AC-2010-00365, Consejera ponente doctora María Nohemi Hernández

Pinzón), la Sección Quinta tuteló el derecho a la defensa, al debido proceso y al Acceso a la Administración de Justicia del actor, por cuanto no fue vinculado a una acción popular, no obstante tener interés directo en los resultados del proceso.

De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos fundamentales, de ahí que se haga imperiosa la necesidad de rectificar tal criterio radical y admitir que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente y los que en el futuro determine la Ley y la Jurisprudencia, y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

Consecuente con lo anterior, corresponde a la Sala abordar el segundo aspecto que es objeto de estudio, relacionado con una tutela contra providencia judicial, con miras a determinar el momento a partir del cual se hace exigible el presupuesto de procedibilidad de la conciliación extrajudicial en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y, por ende, establecer si se vulneró o no el debido proceso de la actora y el Acceso a la Administración de Justicia.

Para el efecto, es preciso traer a colación los antecedentes del proceso de la referencia:

I. LA SOLICITUD DE TUTELA.

I.1.- La ciudadana NERY GERMANIA ALVAREZ BELLO, obrando a través de apoderado, interpuso acción de tutela contra el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Montería y la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, al proferir, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado bajo el núm. 2009-00104, los autos de 18 de mayo y 13 de agosto de 2009, mediante los cuales se rechazó la demanda, por no haberse agotado el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial.

I.2.- Las violaciones antes enunciadas las infiere la actora, en síntesis, de los siguientes hechos:

Manifestó que ante el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Montería interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Instituto de Seguros Sociales (I.S.S.), con el objeto de que se efectuara la reliquidación de su pensión.

Adujo que mediante auto de 18 de mayo de 2009, el citado Despacho Judicial, rechazó la demanda *"por no haber agotado la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad."*

Señaló que interpuso y sustentó el recurso de apelación contra el citado auto, ante el Tribunal Administrativo de Córdoba, aduciendo al efecto, lo siguiente:

- Que la institución de la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa ha sido regulada en varias ocasiones por las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1285 de 2009, y por el Decreto 1716 de 2009.

- Que el artículo 34 de la Ley 640 de 2001 fijó, como requisito de procedibilidad para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la conciliación para las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código de Contencioso Administrativo; y en el artículo 42, ibídem, determinó que las normas del capítulo relativo al requisito de procedibilidad entrarían a regir de forma gradual, situación que fue reglamentada por el Decreto 2771 de 2001, afirmación soportada en jurisprudencia del Consejo de Estado⁵.

- Que la Ley 1285 de 2009, *"por medio de la cual se reformó la Ley Estatutaria 270 de 1996"*, estableció en su artículo 13 que *"A partir de la vigencia de esta Ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A."*, la que fue declarada exequible por la Corte Constitucional⁶, por considerar que la conciliación extrajudicial, como requisito de procedibilidad para acudir a la administración de justicia, es un requisito previo y necesario que garantiza el derecho a la administración de justicia.

- Que la Corte Constitucional no se refirió de manera expresa en cuanto a la vigencia de la norma de que trata el artículo anterior, pero sí lo hizo respecto del artículo 30 de la misma, lo que significa que el trámite de la conciliación extrajudicial para las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A. es válido, pero es necesario examinar si se encuentra implementado y desde cuándo se hace obligatorio para acudir ante la administración de justicia.

- Que sabido es que las normas rigen a partir de su promulgación, y que en este caso la Ley Estatutaria se limitó a señalar la obligatoriedad de la conciliación pero guardó silencio sobre su aplicación, razón por la cual, el Gobierno Nacional, a través del Decreto 1716 de 14 mayo de 2009, reglamentó los artículos 13 de la Ley 1285 de 2009, 75 de la Ley 446 de 1998 y el Capítulo V de la Ley 640 de 2001, con el propósito de adoptar un procedimiento para el trámite del requisito de procedibilidad, en el que dispuso la aplicación desde la fecha de su expedición, por lo que la carga se imponía desde su publicación.

- Que por lo anterior no podía exigirse el cumplimiento del requisito de procedibilidad de manera inmediata, dado que, como ya se indicó, hubo una modificación a la Ley Estatutaria de Administración de la Justicia a través de la Ley 1285 de 2009, y ante la necesidad de que se tuviera precisión de la forma de implementación y aplicación de dicho requisito, se expidió el Decreto 1716 de 2009, el que fijó las condiciones y el procedimiento respectivo.

Concluyó que en su caso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se interpuso el día 21 de abril de 2009, antes de la expedición del Decreto Reglamentario 1716 de 2009, por lo que no era necesario el agotamiento del trámite de la conciliación extrajudicial, razones que no compartió el Tribunal Administrativo de Córdoba, que mediante auto de 13 de agosto de 2009 confirmó la providencia apelada.

Por lo anterior, solicitó amparar sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia y, en consecuencia, se dejen sin efectos jurídicos las providencias 18 de mayo y de 13 de agosto de 2009, proferidas por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Montería y la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba, respectivamente; y que en el término improrrogable de 48 horas, a partir de la notificación de la decisión tomada, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Montería admita la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho por ella formulada contra el Instituto de Seguro Social -I.S.S.-.

II.- CONTESTACION DE LA DEMANDA.

II.1.- El Juez Primero Administrativo del Circuito de Montería, solicitó rechazar la tutela, por improcedente, para lo cual adujo, en resumen, lo siguiente:

Manifestó que la actora fundamenta la vulneración al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, con el argumento de que para la fecha de la demanda no era exigible la conciliación como requisito de procedibilidad prevista en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, en razón de que para entonces no había sido expedido el Decreto Reglamentario 1716 de 2009, motivo por el cual se deben revocar las providencias judiciales objeto de tutela y, en su lugar, se admita la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Señaló que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han sostenido que de manera excepcional puede proceder la acción de tutela frente a providencias judiciales, esto es, cuando opere una vía de hecho, situación que no se presenta en el caso sub examine, dado que las providencias cuya invalidez solicita la demandante, no son configurativas de vías de hecho ya que se dictaron con estricta observancia de la ley.

Indicó que la vulneración al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, es infundada porque la nulidad del acto administrativo que pretende es de aquellos relativos a pensiones y se entiende que por constituir prestaciones periódicas no están sometidas a término de caducidad alguno.

Sostuvo que a la actora no se le ha desconocido el acceso a la administración de justicia, ya que está habilitada para presentar nuevamente su demanda, sin necesidad de alterar el orden jurídico al pretender que por vía de tutela se revoquen providencias judiciales.

Concluyó que el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, que señaló la exigencia de la conciliación extrajudicial para acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no dispuso ningún condicionamiento para su entrada en vigencia a partir de su promulgación, por lo que, a su juicio, carece de sustento lo expuesto por la demandante acerca del condicionamiento de dicha ley a la expedición del Decreto Reglamentario 1716 de 2009.

II.2.- El Tribunal Administrativo de Córdoba y el Instituto de Seguros Sociales no hicieron manifestación alguna, no obstante haber sido notificados.

III.- FALLO IMPUGNADO

La Sección Quinta del Consejo de Estado rechazó por improcedente la acción de tutela, por las razones que a continuación se exponen:

Señaló que la acción de tutela ha sido ejercida para que se dejen sin valor dos providencias judiciales a las cuales la actora atribuye la vulneración de sus derechos fundamentales, por contener una decisión que le es adversa.

Indicó que el ejercicio de la acción de tutela con tal propósito ha sido rechazado por la Jurisprudencia de esta Corporación, habida cuenta de que el proceso en el cual fueron proferidas las providencias censuradas, constituye otro medio de defensa judicial al que acudió el interesado y fue decidido en su oportunidad. Por ello cuando una persona desfavorecida por una providencia judicial acude a la tutela para que el juez revise su legalidad, se presenta siempre la causal prevista en el inciso primero del artículo 6° del Decreto Ley 2591 de 1991.

Agregó que, además de configurar improcedencia, aceptar la acción de tutela para revocar o dejar sin efectos providencias judiciales es ir contra la jurisprudencia de la Corte Constitucional,⁷ pese a que la misma Corte abrió nuevamente el camino para dicha acción contra providencias judiciales, pero de manera excepcional cuando se manifieste una vía de hecho.⁸

Concluyó que las providencias judiciales no pueden controvertirse dentro del proceso breve y sumario establecido para la acción de tutela, dada la autonomía de los jueces que las profieren y los procedimientos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico.

IV.- IMPUGNACIÓN

La actora, además de reiterar los argumentos expuestos en la solicitud de tutela, insiste en que el fallo de la Sección Quinta del Consejo de Estado, desconoció que la acción constitucional bajo examen está encaminada a proteger su derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, de manera que al rechazarla está incurriendo en la vulneración del citado derecho.

Sostuvo que la acción de tutela ejercida tiene fundamento legal y debe ser decidida a su favor, apoyando su petición en jurisprudencia de la Corte Constitucional acerca del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia⁹.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA PLENA

La actora en el proceso de la referencia plantea la vulneración de los derechos de acceso a la administración de justicia y al debido proceso, como consecuencia del rechazo de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho por ella instaurada, al no haber agotado la etapa de conciliación extrajudicial.

La Sección Segunda -Subsección "A"- de esta Corporación, en sentencia de 28 de enero de 2010 (Expediente núm. 2009-00804-01, Actora: Rubiela Delgado Escobar, Consejero ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren), señaló lo siguiente:

"...V. CONSIDERACIONES

Como lo precisa el apoderado de la actora en su escrito de impugnación, esta Subsección en sentencia de primero (1) de septiembre del año dos mil nueve (2009), concluyó que las personas en condiciones de vulnerabilidad manifiesta que solicitan la protección de un derecho laboral irrenunciable, pueden ejercer directamente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para defenderlo ante los jueces competentes, sin mayores condicionamientos a los definidos por el Legislador en los artículos 137 y siguientes del Código Contencioso Administrativo:

"La Carta Política (artículo 53), ordena al Congreso que al expedir el Estatuto de Trabajo, tenga en cuenta principios mínimos fundamentales. De ellos se destacan el de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y la facultad para conciliar sobre derechos inciertos y discutibles.

Por su parte, la Ley 1285 de 2009, reformó y adicionó algunas disposiciones de la Ley estatutaria de la administración de justicia. En el artículo 13 adoptó una nueva disposición así:

"...Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial..."

Armonizados los preceptos citados, para efectos de decidir sobre el trámite de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, es indispensable no perder de vista que son materia de conciliación, derechos que tengan el carácter de "inciertos y discutibles" estos son los autorizados por el artículo 53 de la Carta Política, y a los que hace referencia la Ley Estatutaria al establecer dicho requisito "... *cuando los asuntos sean conciliables...*"

Cuando una persona considera que ha causado el derecho a la pensión, por cumplir los requisitos señalados en la ley, las partes involucradas en la eventual controversia judicial, no están en posibilidad jurídica de conciliar tal derecho. Él, como se sabe, es de carácter imprescriptible e irrenunciable, las condiciones para su reconocimiento están señaladas en la ley y ella no puede ser objeto de negociación por ninguno de los extremos, por ser de orden público.

La anterior, es la razón de ser del condicionamiento señalado en la ley, para exigir la conciliación extrajudicial, como requisito de procedibilidad del contencioso administrativo laboral "...*cuando los asuntos sean conciliables...*" de lo contrario el legislador no hubiera consignado dicha frase.

El artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 fue reglamentado por el Gobierno Nacional mediante Decreto 1716 de 14 de mayo de 2009, del cual, a pesar de haber sido expedido con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda que motiva la presente acción de tutela, conviene hacer referencia a sus criterios sobre los asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en lo Contencioso Administrativo.

De ellos se destaca la responsabilidad de velar porque no se menoscaben derechos ciertos e indiscutibles. Como antes se precisó, los presupuestos de la pensión en los términos reclamados en la demanda no pueden ser objeto de conciliación."

Aunque en el caso objeto de análisis no es evidente, *a priori*, que la accionante pretenda obtener el amparo de un derecho laboral irrenunciable, ni que se encuentre en un estado de manifiesta vulnerabilidad que le hiciera imposible el agotamiento del requisito de la conciliación, es imperativo señalar que este presupuesto procesal aún no había sido reglamentado por parte del Ejecutivo para la fecha en que la actora instauró la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el juez accionado, aspecto que modifica sustancialmente la decisión de primer grado, y que conmina a la Sala a proteger el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia de la parte impugnante.

En efecto, el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, cuando señala que la conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa, "siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan", no consagra, por sí solo, una regulación básica o materialidad esencial a partir de la cual los ciudadanos conocieran de antemano si su proceso podía ser objeto de conciliación en materia administrativa y en dado caso, cuál funcionario del Ministerio Público es competente para conocer la solicitud conciliatoria, las oportunidades para postular y pedir pruebas en la audiencia, o el término de duración de la misma.

Cabe destacar que tal vacío sólo fue colmado con la expedición del Decreto 1716 de mayo 14 de 2009, en donde el Ejecutivo estableció los asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso-administrativa, el contenido de la petición de conciliación, las audiencias, las pruebas, entre otros aspectos. De manera que, a juicio de la Sala, es a partir de la expedición de este Decreto, que a los ciudadanos se les debe exigir el agotamiento de este requisito, so pena de quebrantar el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia.

Así las cosas, concluye la Sala que en situaciones como la presente, en donde se instauraron acciones de nulidad y restablecimiento del derecho con anterioridad a la reglamentación de la conciliación prejudicial, se les debe garantizar a los ciudadanos el acceso pleno a la administración de justicia. En consecuencia, revocará el Auto No. 261 de fecha 27 de marzo de 2009 proferido por el Juez Dieciséis (16) Administrativo del Circuito de Cali y el Auto No. 247 de 21 de julio de 2009, emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca confirmó el proveído anterior. En su lugar, se ordenará al titular del juzgado dieciséis para que en ejercicio de sus competencias legales y constitucionales, profiera el correspondiente auto de admisión de la demanda y le otorgue el trámite respectivo ...". (negritas y subrayas fuera de texto).

Se observa entonces que en el caso que dio lugar a la sentencia transcrita, la Sección Segunda -Subsección "A"- sostiene que es exigible la conciliación judicial y extrajudicial, en materia contencioso-administrativa, como requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1716 de 2009, esto es, el 14 de mayo del mismo año, mediante el cual se reglamentó el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, so pena de quebrantar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

No sobra resaltar que la columna vertebral del fallo de la Sección Segunda -Subsección "A"- no fue la irrenunciabilidad de la pretensión objeto de demanda ni, por ende, la no conciliación frente a la misma, como tampoco el estado de manifiesta vulnerabilidad de quien ejerció la acción, sino, como se desprende del texto de la misma, cuyos apartes fueron resaltados, la determinación del momento a partir del cual se hace exigible el mencionado requisito de procedibilidad de la acción.

De otra parte, la misma Sección, pero en la Subsección "B" (Expediente núm. 2010-00609, Actor: Edgar Raúl Viveros Gaviria, Consejero ponente doctor Gerardo Arenas Monsalve), ha admitido que "... La Sala reitera que no puede someterse la vigencia de la Ley 1285 de 2009 a su reglamentación cuando la conciliación prejudicial, era un requisito exigible desde su promulgación...", obviamente haciendo énfasis en la exigibilidad del presupuesto de conciliación prejudicial de que trata el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, en las controversias que giran en torno a derechos inciertos y discutibles; énfasis éste que también se hizo en sentencia de 11 de marzo de 2010 (Expediente núm. 2009-00130, Actora: Fondo de Previsión Social del Congreso) con ponencia del mismo Consejero, en la cual se desechó la exigencia del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, previsto en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, precisamente porque la pretensión reclamada tenía carácter de irrenunciable e indiscutible.

Por su parte, la Sección Primera ha indicado, al igual que la Subsección "B" de la Sección Segunda, que la Ley 1285 de 2009 es aplicable desde el 22 de enero de 2009, fecha de su promulgación; y que, a partir de ese momento, la conciliación extrajudicial, conforme al artículo 13, es requisito de procedibilidad para demandar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio de las acciones allí consagradas, siempre que el asunto a tratar sea conciliable.

Para sostener este criterio, la Sección Primera tiene en cuenta que el operador jurídico está obligado a dar estricta observancia al principio constitucional de respeto a la jerarquía normativa y, en consecuencia, a optar por la interpretación que preserve el rango de Ley Estatutaria que tiene la Ley 1285 de 2009, reformativa de la Ley 270 de 1996, a la que pertenece el artículo 13, que a partir de su vigencia hizo obligatoria la conciliación como requisito de procedibilidad de las acciones contencioso administrativas. Supeditar la aplicación de este mandato al reglamento, desvirtuaría su jerarquía superior, inclusive respecto de la ley ordinaria, pues implicaría conferirle a aquél un rango preeminente, amén de que equivaldría a afirmar que la Ley Estatutaria no es susceptible de aplicación directa. Además, cabe tener en cuenta que el instituto de la conciliación extrajudicial ha sido objeto de una detallada y completa regulación normativa que forma parte del ordenamiento jurídico vigente, lo cual contra lo afirmado por la Sección Segunda, Subsección A, de la Corporación, desvirtúa el argumento en pro de la necesidad del reglamento, por no ser cierta su premisa subyacente, ya que no existe vacío normativo.

En efecto, conforme lo observó la Sección Primera en providencia de 30 de agosto de 2007¹⁰, y lo reiteró en proveído de 18 de marzo de 2010¹¹, la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos fue introducida en nuestra legislación desde el Decreto núm. 2158 de 1948, adoptado como legislación permanente mediante el Decreto núm. 4133 de 1948, por el cual se expidió el Código Sustantivo del Trabajo, encontrando un nuevo impulso a partir de la reforma del Código de Procedimiento Civil, efectuada mediante Decreto Ley núm. 2282 de 1989.

Con la expedición de la Ley 23 de 1991, modificada por la Ley 446 de 1998 y desarrollada por la Ley 640 de 2001, se extendió a los procesos contencioso administrativos para los conflictos de carácter particular y de contenido económico, es decir, aquellos que se tramiten en ejercicio de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A.

En dicha Ley, se previó que la conciliación en asuntos contencioso administrativos, podría ser prejudicial. Para tal fin, no constituía un requisito de procedibilidad de la acción.

Por su parte, la Ley 446 de 7 de julio de 1998, que modificó la Ley 23 de 21 de marzo de 1991, estableció en su artículo 70, que el artículo 59 de la anterior Ley quedaría así:

"Artículo 70. Asuntos susceptibles de conciliación. El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

"Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 1º. En los procesos ejecutivos de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, la conciliación procederá siempre que en ellos se hayan

propuesto excepciones de mérito.

Parágrafo 2º. No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario". (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En ese momento, la conciliación en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho era posible de forma judicial o prejudicial, pero en ningún momento, constituía un requisito de procedibilidad de la acción; y sólo era viable para los asuntos *de carácter particular y de contenido económico, pero nunca en asuntos de carácter tributario*, según se infiere del texto transcrito.

A través del Decreto núm. 2511 de 10 de diciembre de 1998¹², se reglamentó "la conciliación extrajudicial contencioso administrativa y en materia laboral previstas en la Parte III, Título I, capítulos 1, 2 y 3, Secciones 1, 2 y 3 de la Ley 446 de 1998, y en los artículos 19, 21 y 22 del Código Procesal del Trabajo", el que empezó a regir el 15 de diciembre de 1998. En su artículo 1º indicó el campo de aplicación, en el 2º los asuntos susceptibles de conciliación, en el 3º el término de caducidad, en el 6º ante quién debía presentarse la solicitud de conciliación extrajudicial y los requisitos que debía contener ésta y en las disposiciones subsiguientes, esto es, de los artículos 7 a 14, señaló el trámite a seguir en la audiencia de conciliación, oportunidad para aportar pruebas, la suspensión y culminación de ésta, etc..

Con la entrada en vigencia del artículo 37 de la Ley 640 de 2001, publicada en el Diario Oficial núm. 44.303 de 24 de enero de 2001, en cumplimiento del Decreto 131 de 2001 y según la corrección que le hizo el artículo 2º de éste, fue que se dispuso la conciliación como requisito de procedibilidad en algunas acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo. Allí se estableció:

"ARTICULO 37. Requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 8669 y 8770 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones".¹³

En dicho momento legislativo, la conciliación como requisito de procedibilidad sólo era exigible en las acciones de reparación directa y de controversias contractuales. (artículos 86 y 87 del C.C.A.)

De tal forma, que fue con la expedición de la Ley 1285 de 22 de enero de 2009¹⁴, "Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia", que se estableció la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en cuyo artículo 28 dispuso que dicha exigencia regía a partir de su promulgación y de ello se sigue que surte efectos inmediatos¹⁵, pues, según lo dispone el artículo 6º del Código de Procedimiento Civil, las normas procesales son de orden público y, por ende, de aplicación inmediata y obligatorio cumplimiento.

Al respecto señala este último artículo:

"Artículo 6. Modificado por el art. 2, Ley 794 de 2003 Observancia de normas procesales. Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley.

Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas."

Es preciso resaltar que cuando entró a regir la Ley 1285 de 2009, esto es, el 22 de enero de ese año, aún estaba vigente el Decreto 2511 de 10 de diciembre de 1998, el que, como ya se anotó, reguló el procedimiento para la conciliación extrajudicial, en sus artículos 1º a 14, señalando en el artículo 6º los requisitos que debía contener la petición de conciliación extrajudicial, así:

"De la petición de conciliación extrajudicial. La solicitud de conciliación extrajudicial podrá presentarse en forma individual o conjunta, por los interesados, ante el Agente del Ministerio Público (Reparto) Correspondiente, ante los Centros de Conciliación o cualquier otra autoridad facultada para ello.

La solicitud deberá contener los siguientes requisitos:

- a) La designación del funcionario o del Centro de Conciliación a quien se dirige;
- b) La individualización de las partes y de sus representantes si fuere el caso;
- c) Las diferencias que se quieren conciliar y los hechos en que se fundamentan;
- d) La relación de las pruebas que se acompañan y de las que se harían valer en el proceso;
- e) La demostración del agotamiento de la vía gubernativa, a través del acto expreso o presunto, cuando ello fuere necesario;
- f) La estimación razonada de la cuantía de las aspiraciones;
- g) La manifestación, bajo la gravedad del juramento, de no haber presentado demandas o solicitudes de conciliación con base en los mismos hechos;
- h) La indicación del lugar para que se surtan las notificaciones, y (sic)

i) La firma del solicitante o solicitantes;

Parágrafo. En todo caso no se podrá rechazar inicialmente, la solicitud por ausencia de cualquiera de los requisitos anteriores.

En este evento, el conciliador informará al interesado sobre la falta de alguno de ellos, para que subsane la omisión a más tardar el día de la audiencia, si no lo hiciere se citará para nueva audiencia.

Si durante el trámite de la audiencia se observare que no es procedente la conciliación, se dejará constancia en el acta, y se devolverán los documentos aportados por los interesados..."

De igual manera, el artículo 2° del mencionado Decreto preveía que eran conciliables los conflictos de carácter particular y de contenido económico, lo cual también pone de manifiesto que al momento de la promulgación de la Ley 1285 de 22 de enero de 2009, se encontraba reglamentado el trámite de la conciliación extrajudicial, lo que descarta vacío normativo alguno frente al tema bajo examen.

Ahora, si bien es cierto que el Decreto núm. 1716 de 14 de mayo de 2009, "por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009...", derogó los artículos 1° a 14 del Decreto núm. 2511 de 1998 y el Decreto Reglamentario 1214 de 2000¹⁶, y precisó los lineamientos a seguir para dar cumplimiento al requisito de conciliación extrajudicial exigido por la nueva norma, no lo es menos que su expedición no puede tener la virtualidad de suspender la aplicación de la Ley 1285 de 2009, pues, como quedó visto, para aplicar la Ley no se requería imperiosamente su reglamentación, en la medida en que con anterioridad existía un trámite para efectivizar el presupuesto de procedibilidad de la conciliación extrajudicial frente a acciones distintas de las de nulidad y restablecimiento del derecho, trámite éste que no resulta en nada diferente a las normas derogadas, si se tiene en cuenta que el citado Decreto 1716, reprodujo en gran parte su esencia.

En relación con el papel que cumple el reglamento, la Sección Primera de esta Corporación ha sido enfática en sostener que:

"... Los actos reglamentarios proferidos por el ejecutivo con arreglo al precepto constitucional anteriormente transcrito, en cuanto productos emanados de la voluntad administrativa, tienen el carácter de normas jurídicas que desde el punto de vista formal y material se encuentran subordinadas a la ley, o como lo expresa la doctrina francesa, se trata de actes de puissance subalterne, encaminados a explicitar y completar las disposiciones legales, con el propósito de garantizar su más cumplida y estricta ejecución y asegurar el cumplimiento de la voluntad general en ellas representada. En ese orden de ideas, los actos reglamentarios no son más que unas normas jurídicas secundarias, inferiores y complementarias de la Ley.

... La sumisión del acto administrativo reglamentario a la ley es absoluta y por lo mismo, se trata de decisiones necesitadas de justificación, con posibilidades restringidas en el campo de la regulación, lo cual explica que su ámbito de acción sea restringido y que, por lo mismo, no tengan la fuerza suficiente para derogar, subrogar o modificar un precepto legal, ni mucho menos para ampliar o limitar su alcance o su sentido. Lo anterior explica su carácter justiciable, pues es claro que la administración no puede contradecir los mandatos del legislador, ni suplir la Ley allí donde ésta es necesaria para producir un determinado efecto o regular cierto contenido.¹⁷..."

No habiendo necesidad de esperar a la reglamentación de la Ley 1285 de 2009, no le asiste razón a la parte actora, quien afirma que la conciliación como requisito de procedibilidad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa sólo es exigible a partir del 14 de mayo de 2009, fecha en que la Ley 1285 fue reglamentada.

De otra parte, no sobra advertir que la Corte Constitucional en sentencia C-713 de 2008, (Magistrada ponente doctora Clara Inés Vargas Hernández) fijó el alcance del hoy artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, en la cual, entre otros aspectos, precisó:

"3.- Ahora bien, en la disposición contenida en el inciso primero del artículo 13 del proyecto se prevé la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo -CCA-.

La Corte observa que se introduce como novedad la exigencia de la conciliación previa para interponer la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho, por cuanto la norma hasta ahora vigente -artículo 37 de la Ley 640 de 2001- sólo menciona las acciones previstas en los artículos 86 (acción de reparación directa) y 87 (acción de controversias contractuales) del CCA.

Para el caso específico de la conciliación en asuntos relacionados con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la Sala recuerda que el artículo 70 de la Ley 446 de 1998 dispuso lo siguiente [317]:

"Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 1º.- En los procesos ejecutivos de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, la conciliación procederá siempre que en ellos se hayan propuesto excepciones de mérito.

Parágrafo 2º.- No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario" [318]. (Resaltado fuera de texto).

Como puede notarse, desde el año 1998 el Legislador autorizó la conciliación sobre los conflictos ventilados a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la acción de reparación directa y la acción de controversias contractuales, previstas en los artículos 85, 86 y 87 del CCA, respectivamente. Así también lo reconoció la Corte en la sentencia C-111 de 1999, cuando señaló que en ese marco legal podía "haber

conciliación sobre las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa o en las controversias contractuales (arts. 85, 86 y 87 del C.C.A.)". Conforme a dicha normatividad, serían conciliables "todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley" [319], por supuesto bajo las condiciones allí indicadas. .

4.- Sin embargo, en el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 sólo se contempló la conciliación como requisito de procedibilidad para hacer uso de la acción de reparación directa y de la acción de controversias contractuales, excluyéndose ese requisito para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho [320.]

De conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la Sala considera que es conforme a la Carta Política que se mantenga el instituto de la conciliación como requisito de procedibilidad para las acciones consagradas en los artículos 86 y 87 del CCA. Así mismo, es constitucionalmente válido que se haga extensiva su exigencia a la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A.

En este último evento resulta razonable aceptar la exigencia de conciliación prejudicial, pues lo que se discute son intereses de contenido particular y subjetivo, generalmente de orden patrimonial [321], y no la legalidad o constitucionalidad en abstracto, que se ventila a través de la acción de simple nulidad (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo) o de la acción de nulidad por inconstitucionalidad (art.237-2 de la Constitución Política). En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad del inciso primero del artículo 13 del proyecto."¹⁸ (Negritas y subrayas fuera de texto).

Como puede observarse, la Corte Constitucional, como lo hace en esta oportunidad la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, reconoce que el presupuesto de procedibilidad de la conciliación extrajudicial para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, no es más que una extensión del que ya existía frente a las otras acciones mencionadas, de allí que el trámite establecido para éstas resultara perfectamente aplicable, sin que fuera menester esperar a la expedición de un Decreto Reglamentario para darle cumplimiento a Ley.

Basta confrontar los textos legales que han quedado reseñados para concluir, como ya se dijo, que la normativa preexistente a la Ley 1285 de 2009, permitía efectivizar o materializar el presupuesto de procedibilidad de la conciliación extrajudicial para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y que, concretamente, en lo que respecta a los asuntos conciliables en materia laboral, así como la prohibición en asuntos de carácter tributario, no requería necesariamente de reglamentación, pues, se reitera, estos aspectos ya estaban previstos en tal normativa.

Tan cierto es lo anterior que el Decreto 1716 de 2009, no dice cuáles son los asuntos de carácter laboral que son conciliables y cuáles no, como para que pudiera pensarse que debe acudir al mismo en el momento de exigir el presupuesto de procedibilidad de la acción. Basta tener en cuenta, como se afirmó en la providencia de 28 de junio de 2010 (Expediente núm. 2010-00609, Consejero ponente doctor Gerardo Arenas Monsalve), a que se hizo referencia anteriormente, que se trate de derechos inciertos y discutibles, para que pueda reclamarse tal presupuesto de procedibilidad.

De otra parte, si bien es cierto que dicho Decreto prohíbe la conciliación en asuntos tributarios, esta prohibición ya estaba consagrada en la Ley 446 de 1998, artículo 70, que modificó el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, incorporada en el Decreto 1818 de 1998, "por medio del cual se expide el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos".

De la misma manera, son válidas las anteriores consideraciones en relación con el fenómeno de la caducidad. Es decir, que el Decreto 1716 de 2009 no hace una modificación esencial de las materias a que se ha hecho mención, que han sido objeto de regulación en normas anteriores y que, por lo mismo, se hiciera imperioso para el juzgador acudir a sus prescripciones.

CASO CONCRETO.

Ahora bien, en el caso bajo examen cabe resaltar que la acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, fue instituida para proteger en forma inmediata los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular, en los casos previstos en el artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991. Dicha acción se establece como mecanismo subsidiario, es decir, que sólo procede cuando el afectado no disponga de otros instrumentos de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio, con miras a evitar un perjuicio irremediable.

En el presente asunto la demandante asevera que los autos de 18 de mayo de 2009 y de 13 de agosto de 2009, proferidos por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Montería y el Tribunal Administrativo de Córdoba, respectivamente, en los cuales se rechazó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que interpuso contra el Instituto de Seguros Sociales (I.S.S.) "*por no haber agotado la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad*", vulneran sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

Precisa la Sala que son dos los proveídos que dieron lugar a la presente acción constitucional: el de 18 de mayo de 2009, mediante el cual se rechazó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, por no haber agotado la conciliación extrajudicial, y el de 13 de agosto del mismo año, que la confirmó, proferidos, respectivamente por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Montería y el Tribunal Administrativo de Córdoba.

El artículo 13 de la Ley 1285 de 22 de enero de 2009, modificatorio del artículo 42A de la Ley 270 de 1996, dispone:

"Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos

sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 Y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial".(Negrillas fuera del texto original)

Por su parte, como ya se dijo, la normativa anterior a la expedición de la Ley 1285 de 2009, preveía que eran conciliables los conflictos de carácter particular y de contenido económico, de que conozca la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, normativa esta por demás, que conservó su esencia en el Decreto 1716 de 14 de mayo de 2009.

Conforme quedó reseñado anteriormente, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO solicitó la nulidad parcial de la Resolución núm. 7156 de 14 de mayo de 2008 y el auto núm. 00038 de 18 de diciembre de 2008, por medio de los cuales el Instituto de Seguros Sociales, reconoció una pensión de vejez y resolvió la solicitud de reliquidación de su pensión.

Fuerza es entonces concluir que en el caso *sub examine* era exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, promovida por la ciudadana NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO, como quiera que la demanda se presentó el 21 de abril de 2009¹⁹, es decir, estando en vigencia la citada Ley 1285, que comenzó a regir el 22 de enero de 2009, fecha de su promulgación, amén de que el asunto sobre el que versa el litigio es de carácter particular y de contenido económico, relativo a la reliquidación pensional, aspecto éste que en lo que atañe a su monto o cuantía puede ser objeto de conciliación.

Así las cosas, la Sala Plena confirmará el fallo de primera instancia, en cuanto denegó la acción de tutela instaurada, habida cuenta de que a la actora no se le vulneraron los derechos invocados en su solicitud.

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

FALLA:

PRIMERO: RECTIFÍCASE la postura jurisprudencial que ha tenido esta Corporación en relación con la tutela contra providencias judiciales y, en su lugar, se dispone que la misma es procedente cuando resulten violatorias de derechos fundamentales, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente, así como los que en el futuro determine la Ley y la Jurisprudencia.

SEGUNDO: CONFÍRMASE la sentencia de 29 de enero de 2010, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala Plena en la sesión del día 23 de agosto de 2011.

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Presidente

HERNAN ANDRADE RINCON
VICTOR HERNANDO ALVARADO A.
SUSANA BUITRAGO VALENCIA
HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS
RUTH STELLA CORREA PALACIO
ENRIQUE GIL BOTERO
GUSTAVO EDUARDO GOMEZ A
RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
DANILO ROJAS BETANCOURTH
JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ
MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ
GERARDO ARENAS MONSALVE
STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ
WILLIAM GIRALDO GIRALDO
CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ
BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ
MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO
MAURICIO TORRES CUERVO
ALFONSO VARGAS RINCON
LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

ALBERTO YEPES BARREIRO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 "La cosa juzgada es, en este orden de elementos, la piedra de toque del acto jurisdiccional. Donde hay cosa juzgada hay jurisdicción y donde no hay cosa juzgada no existe función jurisdiccional", dice la obra de Eduardo J. Couture, "ELEMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL", 16ª reimpresión de la 3ª edición, póstuma, ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1990, pág.43.

2 Sentencia del 29 de marzo de 2007, Exp. No. 00859-01, Sala Plena del Consejo de Estado.

3 Consejo de Estado. Sección Cuarta. Exp. AC-01032. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; AC-00774. C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

4 Corte Constitucional, sentencias T-179 de 2003, T-620 de 2002, T-999 de 2001, T-968 de 2001, T-875 de 2001, T-037 de 1997, entre otras.

5 CONSEJO DE ESTADO SECCION TERCERA C.P: MAURICIO FAJARDO GOMEZ AUTO INTERLOCUTORIO. RAD. 27001-23-31-000-2005-01007-01 -

6 CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-713 DE 2008 M.P CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

7 CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-543 DE 1992 "Se declararon inexecutable los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991.

8 CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA T-162 DE 1999

9 CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIAS C-426 DE 2002 Y T-096 DE 2008.

10 Expediente 2002-00493, Consejero Ponente doctor Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta.

11 Expediente 2009-00086, Consejero Ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno.

12 Este Decreto derogó el Decreto 173 de 1993, mediante el cual se reglamentó la conciliación prejudicial de que trataba el Capítulo V de la Ley 23 de 1991.

13 El motivo de la corrección reseñada se presentó en la parte considerativa del citado Decreto 131 de 2001, así: "Que en el artículo 3711 de la Ley 640 de 2001 se incluyó una referencia al artículo 8512 del Código Contencioso Administrativo, la cual es errada toda vez que el legislador sólo aprobó referenciar los artículos 8613 y 8714 del mismo Código, tal como consta en el texto aprobado en segundo debate por la Cámara de Representantes y en el texto de la Comisión Accidental de Conciliación, aprobado por las plenarias de las Cámaras, ambos el 12 de diciembre de 2000". El artículo 2º del mismo, que dispuso tal corrección, fue encontrado ajustado a derecho por esta Sala, en sentencia de 30 de enero de 2004, expediente núm. 6914, consejero ponente doctor Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda de nulidad que se interpuso contra el mismo.

14 El artículo 13 de la citada ley, prevé: Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:

"Artículo 42A. *Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa.* A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.

15 Artículo 11 Código Civil. La ley es obligatoria y surte sus efectos desde el día en que ella misma se designa, y en todo caso después de su promulgación.

16 "Por el cual se establecen funciones para los Comités de Conciliación de que trata el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y se dictan otras disposiciones".

17 Sentencia de 11 de Junio de 2009, Consejo de Estado –Sección Primera; M.P: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

18 CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-713 DE 2008. MP. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

19 Folio 33.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:41:23