

ACCION DE TUTELA – Sustentación del recurso de apelación / RECURSO DE APELACION EN ACCION DE TUTELA – La falta de sustentación no hace improcedente el trámite de segunda instancia

La accionante se limitó a impugnar el fallo de tutela, sin sustentar la inconformidad, pues únicamente expresó que disienta “en su totalidad” del mismo. Frente a situaciones como ésta, la jurisprudencia ha sido clara y reiterativa en expresar que el juez de segunda instancia debe asumir el conocimiento de la impugnación. En efecto, el Consejo de Estado ha señalado que la falta de sustentación de la impugnación, en ningún caso significa que se haga improcedente el trámite de la segunda instancia, criterio reiterado entre otras, en providencia del 21 de agosto de 2003, en la que se aclaró que es necesaria la manifestación expresa del accionante (o interesado, se agrega) en el sentido de indicar su desacuerdo con la decisión. Así las cosas, al haber sido impugnado el fallo y haberse manifestado expresamente por el accionante “del cual disiento en su totalidad”, impone al juez de segunda instancia el conocimiento del asunto, partiendo además del principio de que las apelaciones se entienden presentadas en lo desfavorable al recurrente (artículo 357 del C. P. C.).

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 357

NOTA DE RELATORIA: Sobre la sustentación del recurso de apelación en tutela: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 1998, Rad. AC-6164, MP. Ricardo Hoyos Duque

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – Razones para su improcedencia / TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – Procedencia excepcional si la decisión es ilegítima / TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – Debe analizarse en cada concreto / TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – Debe determinarse la naturaleza de la providencia y la oportunidad procesal en que se profirió

Esta Sala, con fundamento en la sentencia C- 543 del 1º de octubre de 1992 de la Corte Constitucional, reiteradamente ha rechazado la tutela contra providencias judiciales, por las siguientes razones: (i) dado su carácter subsidiario, no puede tenerse dicha acción como medio alternativo para alcanzar la protección de un derecho frente al cual la ley ha contemplado otras acciones o recursos; (ii) no existe una norma constitucional o legal en la que pueda sustentarse el ejercicio de la acción contra providencias judiciales; (iii) el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia son órganos de cierre de sus respectivas jurisdicciones, de modo que sus decisiones son últimas, intangibles e inmodificables. (iv) la tutela no es un mecanismo que pueda elegirse discrecionalmente por el accionante; (v) siempre prevalece la acción ordinaria; dentro del respectivo proceso se han implementado recursos ordinarios y extraordinarios con los cuales se facilita la revisión de las decisiones de los jueces; (vi) admitir la tutela contra providencias desconoce los principios de cosa juzgada, juez natural, autonomía e independencia funcional de los jueces y las formas propias de cada juicio; (vii) así mismo genera inseguridad jurídica, interpretaciones subjetivas del juzgador de tutela y desconocimiento de las competencias establecidas por el legislador; y, (viii) somete a los usuarios a procesos interminables con la consecuente incertidumbre sobre los derechos e intereses reclamados, desconociendo los medios judiciales ordinarios de impugnación. Sin embargo, excepcionalmente, en determinados eventos, cuando la providencia judicial solo sea tal en apariencia por constituir una verdadera decisión ilegítima, afectada por defectos procedimentales, fácticos, orgánicos y sustantivos, que comporte violación de derechos

fundamentales que no puedan ser subsanados mediante el ejercicio de las acciones o recursos ordinarios, la Sección Quinta ha considerado viable admitir la procedibilidad de la acción contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política, para garantizar su amparo. Ante la presencia de tales errores jurídicos o fácticos inexcusables, el juez constitucional de tutela está habilitado para revisar las decisiones de otros operadores jurídicos. Entonces, la improcedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales no es un criterio que automáticamente se aplique para rechazar o negar las solicitudes de tutela, pues obedece al caso concreto que se someta a consideración de la Sala, como juez constitucional, siendo importante tener en cuenta para la eventual procedencia de la acción, el que el interesado hubiese tenido a su alcance los mecanismos que la ley contempla para hacer efectivo el derecho de contradicción en el respectivo proceso ordinario, para lo cual surge la necesidad de determinar la naturaleza de la providencia y la oportunidad procesal en la que se profirió, es decir, si se está frente a una providencia que da inicio al trámite, o que se dictó dentro del proceso o que puso fin al mismo. En reciente pronunciamiento, la Sala Plena del Consejo de Estado reiteró la improcedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales, pero hizo énfasis en que ese criterio de adopta “en especial” frente a las providencias “que ponen fin a procesos en cualquiera de las dos instancias”. De otra parte, la Sala igualmente ha aceptado la procedencia de la tutela para obtener el cumplimiento de sentencias ejecutoriadas cuando éstas contienen una obligación de hacer, y cuando tratándose de obligaciones de dar, su desatención en ejecutarlas por parte del Estado afecta de forma directa un derecho fundamental, como el mínimo vital.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia de la tutela contra providencia judicial cuando la decisión es ilegítima: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencias del 24 de septiembre de 2009, Rad. AC-00451, MP. Filemón Jiménez Ochoa. Sobre la determinación de la naturaleza de la providencia acusada y la oportunidad procesal en que se profirió: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 27 de marzo de 2008, Rad. 2008-00036-00, MP. Martha Sofía Sanz Tobón. Sobre la procedencia de la tutela para obtener el cumplimiento de una sentencia ejecutoriada: Sentencia del 2 de abril de 2009, rad. 2008-01347-01, MP. Susana Buitrago Valencia

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – El criterio de improcedencia se modera ante la decisión que impide el acceso a la administración de justicia / CONCILIACION COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – Entrada en operación / CONCILIACION COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – Se debe determinar si asunto es conciliable / CONCILIACION – No es requisito frente a derechos ciertos e indiscutibles ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA – Integra el núcleo esencial del debido proceso / ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA – Se vulnera al exigir conciliación como requisito de procedibilidad antes de la reglamentación de su operatividad

En el presente caso, el problema jurídico a resolver es si procede la acción de tutela frente a la providencia del 29 de mayo de 2009 mediante la cual el Juzgado Séptimo Administrativo de Ibagué rechazó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por Ana Beyba Arias, por no haberse agotado el requisito de procedibilidad previsto en la Ley 1285 de 2009, y frente a la providencia del 3 de septiembre de 2009, emanada del Tribunal Administrativo del Tolima y que confirmó el auto del Juzgado. Se aclara que antes del rechazo, el Juzgado había proferido un auto con fecha 9 de marzo de 2009, en el que se inadmitió la demanda y se concedió al demandante un término de cinco días, para que subsanara el defecto advertido. Se trata, entonces, del primer auto que se

profiere en un proceso ordinario, en este caso del de inadmisión y luego de rechazo de la demanda, que de acuerdo con la decisión permiten o impiden el acceso a la Administración de Justicia, lo cual modera de alguna manera el criterio de improcedencia de la tutela frente a decisiones judiciales y que, como se hará en este caso, permite el estudio de la providencia para determinar si con la misma se vulneraron derechos fundamentales. El artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 dispuso lo siguiente: “Apruébese 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 u 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial”. Como la norma, de un lado, utilizó la expresión “siempre constituirá requisito”, pero de otro lado condicionó esa obligación a que los “asuntos sean conciliables”, el operador jurídico debe entrar a determinar qué casos quedan cobijados por la excepción a la regla de agotar el requisito de procedibilidad. Al respecto, el Consejo de Estado a través de la Sección Segunda ha expresado que en algunos aspectos de índole laboral, no es requisito para demandar judicialmente, el adelantamiento del trámite de conciliación extrajudicial, especialmente en aquellos eventos en los que aún no se había reglamentado el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009. Entonces, cuando se trata de derechos ciertos e indiscutibles, el requisito de procedibilidad es inoperante, porque el beneficiario de los mismos, al tenor de las normas constitucionales, no podría renunciar a los mismos. En el caso, la accionante, señora Ana Beyba Arias, considera que su petición de reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión gracia, es una prestación social que a términos del artículo 53 de la Constitución Política es irrenunciable. Al margen de que dicha apreciación sea aceptable, lo cierto es que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se instauró antes de que se reglamentara el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, pues de la solicitud de tutela y de las providencias aportadas al expediente se infiere que aquella se presentó el 25 de febrero de 2009, en tanto que el Decreto 1716 mediante el cual se reglamentó el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 se expidió el 14 de mayo de 2009. Entonces, frente a la disposición contenida en el artículo 13 de la ley 1285 de 2009, que condiciona la exigencia de la conciliación prejudicial como requisito para demandar, a que los asuntos “sean conciliables”, y a falta de reglamentación, el operador jurídico debió privilegiar el acceso a la administración de justicia. Exigir dicho requisito antes de que se hubiese regulado legal o reglamentariamente su operatividad, su manejo, su procedimiento, se constituye en una actuación que vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia, que constitucional y jurisprudencialmente se ha integrado con el núcleo esencial del debido proceso, irrogándole el carácter de derecho fundamental de aplicación inmediata.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la conciliación en asuntos laborales: Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 1 de septiembre de 2009, Rad, 2009-00817, MP. Alfonso Vargas Rincón.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá D. C., once (11) de marzo de dos mil diez (2010)

Radicado número: 11001-03-15-000-2009-01125-01(AC)

Actor: ANA BEYBA ARIAS

Demandado: JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DE IBAGUE Y OTRO

Procede la Sala a resolver la impugnación propuesta por la accionante contra la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2009 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que rechazó por improcedente la acción de tutela.

ANTECEDENTES

1. La solicitud

La señora Ana Beyba Arias, por intermedio de apoderado, presentó solicitud de tutela contra el Juzgado Séptimo Administrativo de Ibagué y el Tribunal Administrativo del Tolima, en la que planteó las siguientes pretensiones:

“1. Se revoquen los autos de primera y de segunda instancia proferidos por el doctor LUIS OMAR CORRALES TRUJILLO o quien haga sus veces en calidad de Juez Séptimo Administrativo del Circuito de Ibagué, auto de fecha 29 de mayo de 2009, y por el Doctor JOSÉ ALIETH RUIZ CASTRO, en calidad de Magistrado Ponente, auto de fecha 03 de septiembre de 2009, respectivamente por la transgresión de los derechos al acceso a la administración de justicia, pues al imponerse nuevos requisitos cuando el agotamiento de la vía gubernativa que se inició hace más de tres años ya se encuentra agotado y debidamente ejecutoriado y en el cual la parte pasiva ha demostrado su total negativa para encontrar una solución al reconocimiento pensional en los términos consagrados en la ley y se dilata injustificadamente el proceso, adicionalmente debe tenerse como se indicó que en el reconocimiento y pago de una pensión gracia no existe elemento alguno a conciliar, ya que la ley imperativamente impone los requisitos para el reconocimiento elementos que no pueden ser modificados por las partes bajo ningún entendido; a la aplicación de un debido proceso judicial, ya que al aplicarse de manera indebida una norma dándosele los alcances que esta no indica se configura la transgresión antes mencionada.

2. Consecuencia de lo anterior se ordene al a quo que se admita la demanda que (sic) contra la Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación, cuyo número de radicación es el 73001333100720090006100”.

2. Hechos

La peticionaria sustentó el amparo de tutela en los siguientes hechos, que a juicio de la Sala, son los relevantes para la decisión que se adoptará en esta sentencia.

Refiere la accionante que demandó en acción de nulidad y restablecimiento del derecho la nulidad de las Resoluciones 59113 de 24 de diciembre de 2007 y 37202 del 5 de agosto de 2008, mediante las cuales la Caja Nacional de Previsión Social le negó el reajuste y reliquidación de la pensión gracia.

Mediante auto del 25 de febrero de 2009 el Juzgado Séptimo Administrativo de Ibagué inadmitió la demanda, y ordenó adecuarla a la Ley 1285 de 2009 en cuanto al agotamiento de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad, y el 29 de mayo siguiente ese Despacho rechazó la demanda, providencia contra la cual se interpuso recurso de apelación. El Tribunal Administrativo del Tolima, al resolver el recurso, el 3 de septiembre de 2009 confirmó la providencia del Juzgado, decisión frente a la cual uno de los magistrados salvó su voto, por considerar que la controversia se refería a un asunto que por su materia es irrenunciable y que por tanto impide ser objeto de conciliación.

Refiere que el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 condicionó el requisito de procedibilidad a que los asuntos sean conciliables, que equivale a los susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley, dentro de los cuales no pueden enlistarse los asuntos laborales, que son de carácter irrenunciable. Que el debate es exclusivamente laboral, en donde están inmersos derechos fundamentales y humanos, por lo que la Corte Constitucional en sentencia C-893 de 2001 advirtió sobre la inconstitucionalidad del requisito de la conciliación en asuntos laborales por resultar contrario a las disposiciones constitucionales que le atribuyen al trabajo la condición de derecho fundamental y le imponen al Estado la obligación de brindarle especial protección.

3. Trámite de la solicitud y respuesta de algunos demandados

La tutela fue repartida a la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que por auto del 29 de octubre de 2009 la admitió y ordenó notificarla a los demandados.

En la respuesta, el doctor José Aleth Ruiz Castro, Magistrado del Tribunal Administrativo del Tolima adujo dos argumentos: a) Que las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho tienen connotación de

derechos de contenido económico, por ser derechos inciertos que desde el punto de vista legal pueden ser objeto de conciliación, y b) Que la acción de tutela es improcedente porque se promovió contra una providencia judicial.

Por su parte el Juez Séptimo Administrativo de Ibagué advirtió que en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se pretendía el reajuste o indexación de las mesadas pensionales, respecto de un derecho ya reconocido, por lo que era susceptible de conciliación.

4. La sentencia de primera instancia

La sentencia impugnada, como ya se dijo, rechazó la solicitud, con fundamento en las siguientes consideraciones:

- La acción de tutela es viable cuando se encuentre en amenaza o lesión un derecho de carácter fundamental y que para su protección, no exista otro mecanismo de defensa judicial, a menos que se promueva como mecanismo transitorio.
- La acción de tutela no procede contra providencias judiciales, pues no es admisible ni lógica ni jurídicamente que por un procedimiento sumario como el de esta acción, se invaliden actuaciones surtidas en un proceso diseñado precisamente para garantizar los derechos constitucionales y legales de las partes, ni puede aceptarse que el juez de tutela pueda invalidar providencias de otros jueces en asuntos para cuyo conocimiento éstos tienen asignada precisa competencia e independencia.
- A quien fue parte y tuvo la oportunidad de hacer uso de los medios de defensa y ejercer los recursos de que disponía, no le es dable alegar que se le vulneró el derecho al debido proceso.
- La acción de tutela no procede contra providencias judiciales ni cuando se argumente que la decisión judicial configura una vía de hecho o que el juez cometió “errores protuberantes o groseros”, pues tales calificaciones se traducen en interpretaciones y criterios subjetivos, que dependerán del alcance que a bien tenga darle un juzgador a la decisión de otro.

- La procedencia de la acción de tutela respecto de decisiones judiciales requiere de la existencia de norma o precepto constitucional expreso y previo y supone una regulación normativa concreta, específica y singular, lo cual no acaece en Colombia.

5. La impugnación y su trámite

A través de su apoderado judicial, la demandante impugnó la sentencia de tutela, escrito en el que señaló que sustentaría el recurso “en sede de instancia ante la respectiva Sección Quinta de este Tribunal”.

Mediante auto del 15 de febrero de 2010 se concedió la impugnación. El 25 de febrero siguiente se hizo el reparto del asunto y el 1 de marzo de 2010 se pasó el expediente al Despacho, sin que durante ese lapso la actora hubiese sustentado la impugnación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Acerca de la sustentación de la impugnación del fallo de tutela

Como quedó explicado, la accionante se limitó a impugnar el fallo de tutela, sin sustentar la inconformidad, pues únicamente expresó que disentía “en su totalidad” del mismo.

Frente a situaciones como ésta, la jurisprudencia ha sido clara y reiterativa en expresar que el juez de segunda instancia debe asumir el conocimiento de la impugnación.

En efecto, el Consejo de Estado ha señalado que la falta de sustentación de la impugnación, en ningún caso significa que se haga improcedente el trámite de la segunda instancia¹, criterio reiterado entre otras, en providencia del 21 de agosto de 2003², en la que se aclaró que es necesaria la manifestación expresa del accionante (o interesado, se agrega) en el sentido de indicar su desacuerdo con la decisión.

¹ *Sentencia del 24 de agosto de 1998, rad. AC-6164, MP. Ricardo Hoyos Duque.*

² *Radicado AC-00468, MP. María Inés Ortiz Barbosa.*

Por su parte, la Corte Constitucional ha mantenido el mismo discernimiento, y en uno de sus pronunciamientos al respecto, expresó:

"En aplicación del principio de informalidad que rige la acción de tutela y con fundamento en las normas señaladas, esta Corporación ha sostenido que este término de tres días es en realidad el único requisito que debe observarse para su presentación, sin que sea exigible ningún otro tipo de formalidad, como por ejemplo la sustentación del recurso. En este sentido, el juez de tutela debe verificar si la impugnación fue presentada en el término correspondiente y, de ser así, deberá darle el trámite que corresponde"³.

Así las cosas, al haber sido impugnado el fallo y haberse manifestado expresamente por el accionante "del cual disiento en su totalidad", impone al juez de segunda instancia el conocimiento del asunto, partiendo además del principio de que las apelaciones se entienden presentadas en lo desfavorable al recurrente (artículo 357 del C. P. C.).

2.- De la acción de tutela

El artículo 86 de la Carta Política establece que las personas pueden interponer acción de tutela para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, 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, o de los particulares en los eventos especificados. Se trata de un mecanismo residual y subsidiario, pues solamente opera en ausencia de otra vía de defensa judicial, salvo cuando se ejerce como mecanismo transitorio con el propósito de evitar un perjuicio irremediable.

3.- De la acción de tutela contra providencias judiciales

La mayoría de las Secciones del Consejo de Estado han mantenido posiciones, si no encontradas, sí distintas frente a la viabilidad de la tutela contra decisiones judiciales. Por su parte la Corte Constitucional inicialmente a la luz del concepto de vía de hecho y más adelante del de "decisión ilegítima" y "causales genéricas de procedibilidad" ha sostenido que procede el amparo en la medida que con aquéllas se vulneren derechos fundamentales. Sobre el particular, en sentencia C-

³ Corte Constitucional, auto 114 del 2 de mayo de 2008, rad. T-1.789.738, MP. Rodrigo Escobar Gil.

590 de 2005 se hicieron precisiones en relación con los casos en que procede, así:

“En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales⁴ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado⁵.

h. Violación directa de la Constitución.

Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.”

Por su parte esta Sala, con fundamento en la sentencia C- 543 del 1º de octubre de 1992 de la Corte Constitucional, reiteradamente ha rechazado la tutela contra providencias judiciales, por las siguientes razones:

⁴ Sentencia T-522/01.

⁵ Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

(i) dado su carácter subsidiario, no puede tenerse dicha acción como medio alternativo para alcanzar la protección de un derecho frente al cual la ley ha contemplado otras acciones o recursos;

(ii) no existe una norma constitucional o legal en la que pueda sustentarse el ejercicio de la acción contra providencias judiciales;

(iii) el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia son órganos de cierre de sus respectivas jurisdicciones, de modo que sus decisiones son últimas, intangibles e inmodificables.

(iv) la tutela no es un mecanismo que pueda elegirse discrecionalmente por el accionante;

(v) siempre prevalece la acción ordinaria; dentro del respectivo proceso se han implementado recursos ordinarios y extraordinarios con los cuales se facilita la revisión de las decisiones de los jueces;

(vi) admitir la tutela contra providencias desconoce los principios de cosa juzgada, juez natural, autonomía e independencia funcional de los jueces y las formas propias de cada juicio;

(vii) así mismo genera inseguridad jurídica, interpretaciones subjetivas del juzgador de tutela y desconocimiento de las competencias establecidas por el legislador; y,

(viii) somete a los usuarios a procesos interminables con la consecuente incertidumbre sobre los derechos e intereses reclamados, desconociendo los medios judiciales ordinarios de impugnación.

Sin embargo, excepcionalmente, en determinados eventos, cuando la providencia judicial solo sea tal en apariencia por constituir una verdadera decisión ilegítima, afectada por defectos procedimentales, fácticos, orgánicos y sustantivos, que comporte violación de derechos fundamentales que no puedan ser subsanados mediante el ejercicio de las acciones o recursos ordinarios, la Sección Quinta ha considerado viable admitir la procedibilidad de la acción contemplada en el artículo

86 de la Constitución Política, para garantizar su amparo. Ante la presencia de tales errores jurídicos o fácticos inexcusables, el juez constitucional de tutela está habilitado para revisar las decisiones de otros operadores jurídicos⁶.

Al respecto, en un caso en el que se accedió a la protección de derechos fundamentales por la vulneración que de los mismos se hizo a través de una providencia judicial, la Sala expresó:

"Es cierto que esta Sección ha dicho insistentemente que la acción de tutela no procede contra providencias judiciales, por haber considerado que ese no es el mecanismo adecuado para controvertirlas, en lo que dicho sea de paso se ratifica la Sala; sin embargo, esa regla debe admitir una única excepción, consistente en la comisión de un error grosero, de una actuación que a primera vista se pueda calificar como contraria a los derechos fundamentales de alguna de las partes, pero principalmente que permita desvirtuar que "la providencia" en verdad lo es, que si bien tiene esa apariencia, en realidad alberga un pronunciamiento que arremete contra las reglas básicas del debido proceso, como son la competencia, el non bis in idem, la seguridad jurídica y la cosa juzgada"⁷.

Esta Sección ha sido reiterativa en expresar la procedencia excepcionalísima de la acción de tutela cuando en específico el derecho fundamental por defender es el de acceso a la administración de justicia, como ocurre en este caso, criterio que se ve reflejado en el siguiente aparte de una providencia reciente:

"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.

Así, dicta la correspondiente orden de enmendar o de rehacer una actuación, a ser acatado por el fallador de instancia, orden que no implica, se reitera, penetrar en el fondo del asunto"⁸.

⁶ Así lo ha expresado, entre otras, en sentencias del 24 de septiembre de 2009, rad. AC-00451, MP. Filemón Jiménez Ochoa.

⁷ Sentencia del 24 de julio de 2009, rad. 2008-01208-01, MP. María Nohemí Hernández Pinzón.

⁸ Sentencia de 18 de febrero de 2010, rad. 2010-00097-00, MP. Susana Buitrago Valencia

Entonces, la improcedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales no es un criterio que automáticamente se aplique para rechazar o negar las solicitudes de tutela, pues obedece al caso concreto que se someta a consideración de la Sala, como juez constitucional, siendo importante tener en cuenta para la eventual procedencia de la acción, el que el interesado hubiese tenido a su alcance los mecanismos que la ley contempla para hacer efectivo el derecho de contradicción en el respectivo proceso ordinario, para lo cual surge la necesidad de determinar la naturaleza de la providencia y la oportunidad procesal en la que se profirió, es decir, si se está frente a una providencia que da inicio al trámite, o que se dictó dentro del proceso o que puso fin al mismo⁹.

En reciente pronunciamiento, la Sala Plena del Consejo de Estado reiteró la improcedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales, pero hizo énfasis en que ese criterio se adopta “en especial” frente a las providencias “que ponen fin a procesos en cualquiera de las dos instancias”¹⁰.

De otra parte, la Sala igualmente ha aceptado la procedencia de la tutela para obtener el cumplimiento de sentencias ejecutoriadas cuando éstas contienen una obligación de hacer, y cuando tratándose de obligaciones de dar, su desatención en ejecutarlas por parte del Estado afecta de forma directa un derecho fundamental, como el mínimo vital¹¹.

4.- Caso concreto

En el presente caso, el problema jurídico a resolver es si procede la acción de tutela frente a la providencia del 29 de mayo de 2009 mediante la cual el Juzgado Séptimo Administrativo de Ibagué rechazó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por Ana Beyba Arias, por no haberse agotado el requisito de procedibilidad previsto en la Ley 1285 de 2009, y frente a la providencia del 3 de septiembre de 2009, emanada del Tribunal Administrativo del Tolima y que confirmó el auto del Juzgado.

⁹ *Al respecto, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 27 de marzo de 2008, rad. 2008-00036-00, MP. Martha Sofía Sanz Tobón.*

¹⁰ Sentencia del 16 de diciembre de 2009, rad. 2009-00089-01(AC), MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

¹¹ Sentencia del 2 de abril de 2009, rad. 2008-01347-01, MP. Susana Buitrago Valencia.

Se aclara que antes del rechazo, el Juzgado había proferido un auto con fecha 9 de marzo de 2009, en el que se inadmitió la demanda y se concedió al demandante un término de cinco días, para que subsanara el defecto advertido.

Se trata, entonces, del primer auto que se profiere en un proceso ordinario, en este caso del de inadmisión y luego de rechazo de la demanda, que de acuerdo con la decisión permiten o impiden el acceso a la Administración de Justicia, lo cual modera de alguna manera el criterio de improcedencia de la tutela frente a decisiones judiciales y que, como se hará en este caso, permite el estudio de la providencia para determinar si con la misma se vulneraron derechos fundamentales.

El artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 dispuso lo siguiente:

“Apruébese 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 u 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial”.

Como la norma, de un lado, utilizó la expresión “siempre constituirá requisito”, pero de otro lado condicionó esa obligación a que los “asuntos sean conciliables”, el operador jurídico debe entrar a determinar qué casos quedan cobijados por la excepción a la regla de agotar el requisito de procedibilidad.

Al respecto, el Consejo de Estado a través de la Sección Segunda ha expresado que en algunos aspectos de índole laboral, no es requisito para demandar judicialmente, el adelantamiento del trámite de conciliación extrajudicial, especialmente en aquellos eventos en los que aún no se había reglamentado el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.

Ha dicho esa Sala:

“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.

Por último, se advierte: la Ley 1285 por la cual se implantó la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para asuntos conciliables, se expidió el 22 de enero de 2009, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral fue instaurada el 10 de marzo del mismo año y el Decreto 1716 reglamentado por la citada Ley se expidió el 14 de mayo.

Es decir, tanto el Juzgado Administrativo de Ibagué como el Tribunal Administrativo del Tolima rechazaron la demanda, sin reparar si se trataba de un derecho en litigio conciliable y antes de reglamentarse la institución.

Insiste la Sala en que para la exigencia del requisito de procedibilidad en examen, el juez en materia contencioso administrativa debe observar extremo cuidado con “los derechos ciertos y discutibles” susceptibles de conciliación en materia laboral, puesto que la mayoría de ellos son irrenunciables e imprescriptibles y para sus destinatarios son fundamentales, como sucede con el derecho a la pensión. De ahí que el rechazo de la demanda por ese motivo implica el observar especial responsabilidad en la actividad judicial.

Las razones que anteceden son suficientes para concluir que, tanto el Juzgado Primero Administrativo de Ibagué como el Tribunal Administrativo del Tolima, al rechazar la demanda por las razones consignadas, incurrieron en violación de los derechos de acceso a la administración de justicia y debido proceso del señor ISMAEL ENRIQUE MOLINA GUZMÁN motivo por el cual se decretará su amparo”¹².

¹² Sección Segunda, sentencia de 1 de septiembre de 2009, rad. 2009-00817-00, MP. Alfonso Varsgas Rincón.

Entonces, cuando se trata de derechos ciertos e indiscutibles, el requisito de procedibilidad es inoperante, porque el beneficiario de los mismos, al tenor de las normas constitucionales, no podría renunciar a los mismos.

Aunque en un pronunciamiento muy reciente, al resolver en primera instancia la solicitud de tutela instaurada por una persona a quien se le había rechazado la demanda por no haber agotado el requisito de la conciliación extrajudicial, la Sección Quinta reiteró la regla general de improcedencia cuando se dirige a dejar sin efecto una decisión judicial, en ese caso se trató de una demanda de acción de nulidad y restablecimiento del derecho que pretendía la nulidad de un acto de retiro del servicio y el consecuente restablecimiento, por lo que a propósito de ello la Sala hizo en la parte considerativa del fallo, la siguiente advertencia:

“En este caso es importante precisar que los efectos patrimoniales del acto de retiro son conciliables y **no constituyen “derechos ciertos e indiscutibles”** por lo cual es un requisito de procedibilidad¹³” (se resaltó).

Se dejó a salvo así el criterio contenido en la sentencia de la Sección Segunda del 1 de septiembre de 2009, en la que se puso de presente que 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.

En el caso, la accionante, señora Ana Beyba Arias, considera que su petición de reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión gracia, es una prestación social que a términos del artículo 53 de la Constitución Política es irrenunciable.

Al margen de que dicha apreciación sea aceptable, lo cierto es que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se instauró antes de que se reglamentara el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, pues de la solicitud de tutela y de las providencias aportadas al expediente se infiere que aquella se presentó el 25 de febrero de 2009, en tanto que el Decreto 1716 mediante el cual se reglamentó el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 se expidió el 14 de mayo de 2009.

Entonces, frente a la disposición contenida en el artículo 13 de la ley 1285 de

¹³ *Se hace referencia al requisito de intentar la conciliación prejudicial para poder demandar.*

2009, que condiciona la exigencia de la conciliación prejudicial como requisito para demandar, a que los asuntos “sean conciliables”, y a falta de reglamentación, el operador jurídico debió privilegiar el acceso a la administración de justicia.

Exigir dicho requisito antes de que se hubiese regulado legal o reglamentariamente su operatividad, su manejo, su procedimiento, se constituye en una actuación que vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia, que constitucional y jurisprudencialmente se ha integrado con el núcleo esencial del debido proceso, irrogándole el carácter de derecho fundamental de aplicación inmediata, porque

“El acceso a la administración de justicia como integrante del núcleo fundamental del derecho al debido proceso, no puede concebirse como una posibilidad formal de llegar ante los jueces o ante una estructura judicial que se limite únicamente a atender las demandas de los administrados; su esencia reside en la certeza de que será surtido un proceso a la luz del ordenamiento jurídico aplicable, con objetividad fáctica y probatoria que aseguren, en últimas, un esmerado conocimiento del fallador”¹⁴.

De otra parte también debe resaltarse que la interesada ejerció oportunamente los mecanismos ordinarios para controvertir la decisión inicial, pues interpuso el recurso pertinente contra el auto del Juzgado Séptimo Administrativo de Ibagué mediante el cual le rechazó la demanda.

Por ello, el razonamiento del citado Juzgado Administrativo y especialmente el del Tribunal Administrativo del Tolima para rechazar la demanda, atinente a que “la Corte (Constitucional) enfatiza en la necesidad de la conciliación en acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se ventilan asuntos de contenido económico, sin discriminar si en ellos se debaten derechos laborales”, como quiera que esa decisión omitió considerar que para el momento en el que se presentó la demanda no se había reglamentado el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, ocasiona vulneración del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

En consecuencia, se revocará el fallo de tutela de primera instancia proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, y se dejarán sin efecto las siguientes providencias, proferidas dentro del radicado 73001-13-31-000-007-2009-00061-00 y 2009-00061-01:

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 16 de febrero de 2009, rad. 2008-01063-01, MP. Luis Rafael Vergara Quintero.

- Del 29 de mayo de 2009 del Juzgado Séptimo Administrativo de Ibagué, mediante la cual se rechazó la demanda.
- Del 3 de septiembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que confirmó el auto de rechazo del Juzgado.

Aunque en las pretensiones de la solicitud no se pidió expresamente dejar sin efectos los autos proferidos por el Juzgado Séptimo Administrativo de Ibagué el 9 de marzo de 2009, mediante el cual se inadmitió la demanda y el 18 de mayo de 2009 en el que resolvió el recurso de reposición contra la anterior decisión, sí fueron referidos en los hechos de la solicitud, y como guardan estrecha relación con la limitación al acceso a la administración de justicia, la Sala también los dejará sin efecto.

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

F A L L A:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 10 de diciembre de 2009, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, atendiendo a las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- En su lugar, **CONCEDER** a la señora Ana Beyba Arias, la protección de los derechos de acceso a la administración de justicia y al debido proceso. En consecuencia, se dispone:

DEJAR SIN EFECTO las providencias de 9 de marzo de 2009, 18 de mayo de 2009 y 29 de mayo de 2009 proferidas por el Juzgado Séptimo Administrativo de Ibagué dentro del proceso con radicado 73001-13-31-000-007-2009-00061-00 y la providencia del 3 de septiembre de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima dentro del radicado 73001-13-31-000-007-2009-00061-01.

En su lugar, se ordena al Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Ibagué, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, provea de nuevo sobre la admisión

de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por Ana Beyba Arias, sin tener en cuenta el requisito de que trata el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.

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

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

MAURICIO TORRES CUERVO
Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN FILEMON JIMENEZ OCHOA
(En comisión)