

**ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Defecto procedimental por inaplicación del principio de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y desconocimiento de la naturaleza misma de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho**

Es evidente que en el presente asunto la ausencia probatoria a la que se ha venido haciendo referencia llevó al Tribunal a concluir que era imposible ordenar restablecimiento alguno [luego de haber declarado la nulidad del acto demandado] sin analizar otras posibilidades [como si lo efectuó el Juzgado de primera instancia] con el objeto de atender no solo a la finalidad de la acción sino de alcanzar en grado máximo la materialización del derecho al acceso a la administración de justicia, superando los formalismos de cara, se reitera, a la satisfacción de un interés particular que fue llevado a la jurisdicción a través del mecanismo legal diseñado para el efecto. Esta situación evidencia, pues, que en el presente caso el Tribunal no efectuó análisis alguno en relación con la posibilidad de restablecimiento ordenada por el Juzgado Octavo Administrativo de Popayán, haciendo prevalecer una situación formal [la presunta inexistencia de material idóneo para ordenar el ascenso al grado 12 del Escalafón Nacional Docente] en perjuicio del derecho al acceso a la administración de justicia de la señora Mary Esther Molano Sotelo y en contravía de la finalidad misma de la acción, pues, en todo caso, no se argumentó suficientemente la imposibilidad de ordenar el restablecimiento del derecho y la reparación del daño.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 85

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la finalidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 26 de junio de 2008, Rad. 1922-07, MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2011-01420-00(AC)**

**Actor: MARY ESTHER MOLANO SOTELO**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

Decide la Sala la acción de tutela instaurada por Mary Esther Molano Sotelo contra el Tribunal Administrativo del Cauca por haber proferido la Sentencia de 29 de marzo de 2011, mediante la cual, en segunda instancia, accedió parcialmente a

las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por ella contra el Municipio de Popayán.

### EL ESCRITO DE TUTELA

**MARY ESTHER MOLANO SOTELO** interpuso acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Cauca por la presunta vulneración de su derecho fundamental al acceso a la administración de justicia. Como consecuencia de la protección incoada, solicitó:

- Revocar la Sentencia de 29 de marzo de 2011 del Tribunal Administrativo del Cauca, pues por desconocimiento del principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y de la naturaleza de la acción particular de legalidad, omitió en su providencia decretar el restablecimiento del derecho como consecuencia necesaria de la nulidad que declaró sobre el acto demandado; para, en su lugar,
- Ordenar al Tribunal accionado que confirme en todas sus partes la providencia de 31 de marzo de 2009 proferida, en primera instancia, por el Juzgado Octavo Administrativo de Popayán. Agregó:

*“**ORDENAR** al Municipio de Popayán – Secretaría de Educación Municipal dar cumplimiento de manera inmediata a la sentencia del 31 de marzo de 2005 [Juzgado] Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, referida a la nulidad del acto administrativo No. 27283 del 25 de agosto de 2005.”*

Como fundamento de la protección constitucional invocada expuso los siguientes supuestos [fácticos y argumentativos]:

Por la Resolución No. 3262 de 26 de septiembre de 2001 fue ascendida en el Escalafón Nacional Docente al Grado 11, reconociéndosele su calidad de Licenciada en Educación Básica Primaria y afirmando que el tiempo de permanencia para su ascenso al Grado 12 se contaría a partir del 19 de abril de 2001.

A través de la Resolución No. 771 de 23 de diciembre de 2002 se le concedió el mejoramiento académico solicitado con fundamento en los artículos 39 del Decreto 2277 de 1979 y 13 del Decreto Reglamentario 259 de 1981 y en la

Sentencia C-618 de 8 de agosto de 2002, “*consistente en el reconocimiento de 3 años de servicio para efectos de ascenso en el escalafón nacional docente, al contar con mi título de licenciada en Educación, y haber realizado una especialización en Lúdica y Recreación para el Desarrollo Cultural y Social, como consta en mi hoja de vida, y en la resolución No. 3262 del 23 de diciembre de 2002, de Mejoramiento Académico.*”.

El 17 de julio de 2003 solicitó ante la Secretaría de Educación - Cultura y Deporte del Municipio de Popayán su ascenso al Grado 12 del Escalafón Nacional Docente, al amparo de lo ordenado por el Decreto 2277 de 1979 y el artículo 35 de la Ley 715 de 2001, contando para el efecto con 4 años de permanencia en el Grado 11 y Título de Licenciada en Educación Básica Primaria. Del referido tiempo de experiencia, 3 años fueron reconocidos por mejoramiento académico y el restante está comprendido entre el 19 de abril de 2001 y los mismos día y mes del año 2002.

Por acto administrativo No. 27283 de 25 de agosto de 2005 la Secretaría de Educación – Cultura y Deporte del Municipio de Popayán negó su solicitud de ascenso, con fundamento en lo dispuesto en artículo 24 inciso 2º de la Ley 715 de 2001 y en artículo 3º inciso 2º del Decreto 1095 de 2005.

Por considerar que a su situación no debía aplicarse la normatividad contenida en la Ley 715 de 2001 y en el Decreto 1095 de 2005 sino lo establecido en el Decreto 2277 de 1979, pues era beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 35 de la Ley referida, incoó acción de nulidad y restablecimiento del derecho el 11 de enero de 2006 cuyo conocimiento le correspondió, en primera instancia, al Juzgado Octavo Administrativo de Popayán.

El referido Despacho, luego de adelantar el trámite pertinente, decidió, mediante Sentencia de 31 de marzo de 2009, declarar la nulidad del acto demandado y, en consecuencia, ordenar al Municipio de Popayán revisar su documentación -al amparo de lo establecido en el Decreto 2277 de 1979- con el objeto de determinar si tiene derecho al ascenso al Grado 12.

Contra la anterior decisión el Municipio interpuso recurso de apelación, exponiendo su inconformidad con la declaración de nulidad del acto demandado y no con el restablecimiento ordenado por el juez *a quo*.

Para desatar de fondo el recurso de alzada el Tribunal Administrativo del Cauca profirió la Sentencia de 29 de marzo de 2011, a través de la cual confirmó la decisión de declarar la nulidad del acto demandado y revocó el restablecimiento del derecho. Al respecto, agregó la tutelante:

*“(…) El Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, no podía arrogarse el poder de invocar otros motivos a los expresados por la apelante, para atacar la sentencia del Juzgado Octavo Administrativo y dejar sin efecto el numeral 2, de la sentencia y sus literales, referente al Restablecimiento de mis derechos; puesto que **la resolución judicial en segunda instancia lo establece la sentencia y el recurso de apelación**, por lo tanto no debía el sentenciador arrojar (sic) más poderes que el que le corresponde, puesto que la apelante en su escrito solicita se de aplicación al decreto 1095 de 2005 y al decreto 241 de 2008, atacando con estos argumentos solo el numeral uno de la providencia apelada, referido a la nulidad del acto administrativo, nulidad que también confirmó el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, hasta donde debió llegar su resolución judicial, (…)”.*

Adicionalmente debe tenerse en cuenta, continuó, que tanto en vía gubernativa como dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la discusión no se centró en si ella era licenciada en educación y especialista en educación básica primaria, sino si era aplicable el Decreto 2277 de 1979, por lo que la discusión debió centrarse en ello y una vez verificada la aplicabilidad de este cuerpo normativo acceder a sus pretensiones. Al respecto, precisó:

*“Por lo tanto, una vez demostrado que el acto administrativo demandado era nulo de pleno derecho, debido a que la normatividad a mí aplicable era el decreto ley 2277 de 1979 y no el 1095 de 2005, y que no fueron atacados los hechos enunciados en la demanda, 4.1. y 4.2., respecto a mi calidad de licenciada en Educación, y que al momento de presentar mi solicitud de ascenso al grado 12 del escalafón ya contaba con el tiempo de permanencia exigido en el grado 11, EL HONORABLE Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca no debió hacer una interpretación normativa en contra del reconocimiento de mis derechos y del restablecimiento de ellos, incurriendo al hacerlo en VIA DE HECHO.”.*

Con su decisión el Tribunal incurrió en vía de hecho, en la medida en que desconoció: (i) el alcance del derecho al acceso a la administración de justicia [artículo 229 de la C.P.] y la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal; y, (ii) la naturaleza de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho regulada en el

artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, así como las obligaciones contenidas en el artículo 170 ibídem.

### LA PROVIDENCIA ACUSADA

Aunque en el presente asunto la interesada solamente cuestionó la providencia proferida, en segunda instancia, por el Tribunal Administrativo del Cauca, con el objeto contextualizar la misma y de dar mayor coherencia al planteamiento de la situación, a continuación se hará un recuento de la decisión inicial.

(l) Interpuesta la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho por parte de la señora Mary Esther Molano Sotelo contra el Municipio de Popayán, con el objeto de obtener la nulidad del acto administrativo a través del cual se le negó su ascenso en el Escalafón Nacional Docente al Grado 12, el Juzgado Octavo Administrativo de Popayán, mediante providencia de 31 de marzo de 2009, decidió (fls. 56 a 68):

(1) Declarar la nulidad del Oficio No. 27283 de 25 de agosto de 2005.

(2) Como consecuencia de lo anterior:

- a. Ordenar al Municipio de Popayán revisar la documentación presentada por la señora Molano Sotelo para efectos de ascenderla al Grado 12 del Escalafón Nacional Docente, conforme a la normativa contenida en el Decreto 2277 de 1979;
- b. Ordenar al Municipio que, en el caso de que la señora Molano Sotelo reúna los requisitos para acceder al Grado 12, le reconozca y pague el reajuste salarial a que haya lugar de manera actualizada; y,
- c. Agregó: *“ORDENASE al MUNICIPIO DE POPAYAN que en el evento de que la docente MARY ESTHER MOLANO SOTELO cumpla con los requisitos que exige el Decreto 2277 de 1979 para ascender al grado 12 del Escalafón Docente se dará ejecución a la sentencia en las condiciones previstas en los artículos 176 a 179 del C.C.A.”.*

Con el objeto de arribar a las anteriores conclusiones el Juzgado manifestó, en síntesis, que:

En atención a que las Resoluciones Nos. 4135 de 1998, 3262 de 2001 y 771 de 2002 reposan en copia simple, no serán tenidas en cuenta como material probatorio al tenor de lo dispuesto en el artículo 254 del C.P.C.

En aplicación de los principios de *in dubio pro operario*, *favorabilidad* y condición más beneficiosa, la petición de ascenso incoada por la señora Molano Sotelo debió resolverse al tenor de lo dispuesto en el Decreto 2277 de 1979, por cuanto: (a) el Decreto 2277 de 1979 creó y estableció la estructura del Escalafón Nacional Docente; (b) la Ley 715 de 2001 modificó dicha regulación, estableciendo en el artículo 24 unas condiciones para el ascenso durante el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2002 y el 30 de diciembre de 2008; así mismo, el artículo 35 habló de un periodo de transición de 2 años; (c) la reglamentación de la normatividad relacionada con el Escalafón se efectuó después del término concedido por el legislador para el efecto a través del Decreto 1095 de 2005, normatividad que dispuso en el parágrafo del artículo 2º que las solicitudes de ascenso presentadas con posterioridad al 1º de enero de 2002 se resolverían con fundamento en lo dispuesto en la normatividad posterior a la Ley 715 de 2001. Preciso:

*“En primer lugar este Despacho observa que el Decreto 1095 de 2005 pretende tener unos efectos con anterioridad a su vigencia, lo cual atenta contra la seguridad jurídica que es un requisito para la configuración del orden público, puesto que las personas tienen confianza en la ley vigente y conforme a ella cumplen sus deberes jurídicos, dar efecto retroactivo a una ley vigente equivale a destruir la confianza y seguridad que se tiene en las normas jurídicas. (...)”*

Adicionalmente, al tenor de lo establecido en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, el juez puede aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

Así entonces, en atención a que la reclamación de la docente se efectuó cuando no había sido expedido el Decreto 1095 de 11 de abril de 2005, la normatividad aplicable a su situación era la establecida en el Decreto 2277 de 1979. Concluyó:

*“En dicho sentido como quiera que no obra prueba en el expediente que permita determinar si la demandante cumplió con los requisitos que para ascender al grado 12 del Escalafón contempla el Decreto 2277 de 1979, pues la (sic) copias que se anexan para tal efecto no tienen valor probatorio, el restablecimiento consecuencia de la nulidad consistirá en ordenarle a la entidad demandada que revice los documentos aportados por la señora MOLANO SOTELO para efectos de determinar*

*si hay lugar al ascenso pretendido conforme a la normatividad que le es aplicable, esto es el Decreto 2277 de 1979.”.*

(II) El Tribunal Administrativo del Cauca, mediante Sentencia de 29 de marzo de 2011, confirmó la decisión del a quo de declarar la nulidad del acto demandado [por razones similares a las expuestas previamente] pero la revocó la relacionada con el restablecimiento del derecho con fundamento en el siguiente argumento (fls. 74 a 87):

*“Aún así [la decisión de que el acto administrativo era nulo], no es posible acceder al consecuente restablecimiento del derecho por cuanto no está plenamente demostrado que en aplicación a las normas vigentes al momento de presentar la solicitud de ascenso se hubiere configurado el derecho, porque no se aportó ni la solicitud, ni los documentos que soportaron la solicitud como el caso de los títulos requeridos para el ascenso al grado 12 del escalafón.”<sup>1</sup>.*

#### **ACTUACION PROCESAL DE INSTANCIA**

El Despacho de la Consejera Doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez admitió la demanda de tutela ordenando notificarla al Tribunal Administrativo del Cauca. Por haber sido negada en Sala la ponencia inicial, el expediente fue remitido a este Despacho, quien, por Auto de 16 de diciembre de 2011, vinculó al Juzgado Octavo Administrativo de Popayán y al Municipio de Popayán (fls. 124 a 125).

#### **INFORMES RENDIDOS EN EL PROCESO**

##### **Tribunal Administrativo del Cauca.-**

En oficio visible a folios 113 a 118 el Magistrado Moisés Rodríguez Pérez, en condición de integrante de la Corporación accionada y ponente de la providencia cuestionada, presentó informe sobre el asunto en litigio oponiéndose a la prosperidad de la acción, argumentando:

Luego de hacer un recuento del asunto sometido a su consideración y de reiterar la razón por la cual se consideró que el acto demandado dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho era ilegal, afirmó que no se aportó prueba

---

<sup>1</sup> De la decisión mayoritaria se separó, parcialmente, la Magistrada Doctora Carmen Amparo Ponce Delgado (fls. 88 a 89 del expediente de tutela).

idónea que permitiera determinar si la accionante era beneficiaria del ascenso efectivo al Grado 12.

Adicionalmente, sostuvo, el trámite que se adelantó con el objeto de atender el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho se sujetó en su integridad al ordenamiento jurídico, por lo que la interesada contó con las oportunidades procesales para intervenir en defensa de sus intereses. La acción de tutela, continuó, no puede convertirse en una tercera instancia a través de la cual se ponga en tela de juicio una providencia de hace más de 8 meses. Finalizó:

*“En el presente caso, ni siquiera se realiza una argumentación adecuada frente a los requisitos o causales especiales de procedibilidad mencionados, además de no estar acreditada de manera concreta y plena la existencia de cualquiera de los defectos señalados, razón por la cual no existe mérito para acceder a la petición de tutela.”.*

#### **Municipio de Popayán – Secretaría de Educación.-**

Mediante memorial obrante a folios 138 a 140 el Secretario de Educación del ente territorial, doctor Niño Andrés Erazo García, presentó informe sobre el asunto en litigio oponiéndose a la prosperidad de la acción, argumentando:

El Tribunal accionado no incurrió en alguna de las causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por el contrario se sujetó a la normatividad pertinente, garantizando de esta manera tanto el derecho al debido proceso como el de acceso a la administración de justicia, al afirmar que el acto acusado no presentaba irregularidad alguna. Al respecto, precisó:

*“Así las cosas, el Tribunal Administrativo de Popayán obró en derecho al aplicar lo sustancial establecido en el Decreto 1059 de 2005 y por consiguiente que no existió ninguna clase de irregularidad para decretar la Nulidad y el Restablecimiento del Decreto del acto administrativo 27283 de 25 de agosto de 2005.”.*

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

#### **La acción de tutela contra decisiones judiciales.-**

El debate jurisprudencial sobre la procedencia de la tutela contra decisiones



judiciales tiene génesis en la Sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional, que declaró la inexequibilidad del artículo 40 del Decreto Ley 2591 de 1991<sup>2</sup>.

Más adelante, mediante sentencias de tutela, la misma Corte permitió de forma excepcional y frente a la amenaza de derechos fundamentales analizar nuevamente la decisión judicial en sede de tutela, con la finalidad de establecer si el fallo que se adoptó envuelve en realidad una vía de hecho, entendida ésta como una manifestación burda, flagrante y desprovista de todo vestigio de legalidad.

Esta Sala, en líneas generales, comparte la jurisprudencia constitucional según la cual en el Estado Social de Derecho la prevalencia de los derechos fundamentales compromete la actuación de las autoridades públicas, incluidas las de los Jueces de la República, por ello si bien esta acción resulta procedente contra providencias judiciales, ella es absolutamente excepcional en tanto que la seguridad jurídica y el respeto al debido proceso no permiten el carácter temporal de tales decisiones, ni la existencia de la tutela como última instancia de todos los procesos y acciones.

La evolución de la jurisprudencia sobre la materia ha llevado a desarrollar un test para determinar: a) la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales; y, b) los defectos de fondo de la providencia judicial acusada, esto con la finalidad de destacar los eventos excepcionales de su aplicación, los cuales deben satisfacerse plenamente en la tarea de identificar cuándo una sentencia judicial puede someterse al examen de orden estrictamente constitucional.

Bajo el rótulo de las causales de procedibilidad se rediseñó el ámbito de comprensión de la acción de tutela contra sentencias judiciales, siendo estas las siguientes: 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, c) Que se dé cumplimiento al requisito de la inmediatez, d) Que cuando se trate de una irregularidad procesal, esta tenga un efecto decisivo o determinante en la

---

<sup>2</sup> <sup>2</sup> Disponía el referido artículo: *“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.*

providencia que se impugna y afecte los derechos fundamentales de la parte actora, e) Que se identifiquen de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos vulnerados y que se haya alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que hubiere sido posible, f) Que no se trate de sentencias proferidas en procesos de acción de tutela, acción de cumplimiento o acción popular.

Adicionalmente si la tutela contra la providencia judicial puesta en conocimiento del Juez Constitucional, supera las causales anteriores, éste, para poder revocarla, deberá establecer la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo<sup>3</sup>: a) Defecto orgánico, b) Defecto procedimental absoluto, c) Defecto fáctico, d) Defecto material o sustantivo, e) Error inducido, f) Decisión sin motivación, g) Desconocimiento del precedente, h) Violación directa de la Constitución.

#### **Delimitación del caso.-**

Del escrito de tutela es posible establecer que el problema jurídico se contrae a determinar si el Tribunal Administrativo del Cauca vulneró los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la señora Mary Esther Molano Sotelo al haber proferido, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho adelantada por ella contra el Municipio de Popayán – Secretaría de Educación, la Sentencia de 29 de marzo de 2011, por la cual, en segunda instancia, a pesar de declarar la nulidad del acto demandado revocó el restablecimiento del derecho.

---

(...)"

<sup>3</sup> a) *Defecto orgánico*: Que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece absolutamente de competencia. 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*: Cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. e) *Error inducido*: Se presenta cuando el Juez 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. g) *Desconocimiento del precedente*: Según la Corte Constitucional, en estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. h) *Violación directa de la Constitución*: Cuando la decisión judicial supera el concepto de vía de hecho, es decir, 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.

Teniendo en cuenta, entonces, la excepcionalidad de la acción de tutela contra providencia judicial, en donde se debe acompañar, por un lado, la seguridad jurídica y la autonomía e independencia de los jueces y, por el otro, la supremacía de la constitución y la justicia material, la jurisprudencia ha desarrollado una serie de requisitos que se deben superar previamente a la decisión de entrar a analizar de fondo los cargos incoados contra un pronunciamiento de una autoridad judicial, como se indicó anteriormente.

En el presente asunto, del material probatorio allegado al expediente se evidencia que: i) **la cuestión que se discute tiene**, en principio, **relevancia constitucional**, pues recae *-principalmente-* sobre la posible violación del derecho al acceso a la administración de justicia dentro de un trámite judicial, vicio que, de encontrarse acreditado, afecta directamente la garantía de contar con un recurso judicial efectivo en una acción de naturaleza eminentemente particular, con pretensión de restablecimiento del derecho, en perjuicio, además, de su situación laboral, en un marco normativo en el que el trabajo no solo es un derecho sino una obligación y deber por parte del Estado; ii) **se agotaron, en principio, los medios de defensa ordinarios** con los que contaba la señora Molano Sotelo para cuestionar la legalidad del acto que le negó su ascenso al Grado 12 del Escalafón Nacional Docente, en la medida en que adelantó dentro del término legal la acción de nulidad y restablecimiento respectiva; iii) **la tutela se presentó dentro de un término razonable**, pues la providencia cuestionada data del 29 de marzo de 2011 y la acción de tutela se interpuso el 3 de octubre del mismo año, esto es a 6 meses de haberse proferido la decisión que puso fin a su proceso. Adicionalmente debe tenerse en cuenta que aunque la interesada iba a radicar con anterioridad la acción hubo inconvenientes de orden público que impidieron adelantar su amparo con mayor celeridad, no obstante lo cual, en atención a que esta Subsección ha sostenido que un término de 1 año es en principio razonable, no cabe duda de que en este caso se cumple con el requisito de la inmediatez; iv) dentro del escrito de tutela se expresaron de manera clara los hechos y argumentos que la llevan a atacar por esta vía las providencias judiciales; y, v) la sentencia cuestionada se profirió dentro de un proceso contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho.

Superados los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, se procederá a efectuar el estudio del fondo planteado. En dicho sentido, ha de sintetizarse que el asunto se abordará atendiendo al cargo principal invocado por la interesada

relacionado con lo que consideró una violación a la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, como consecuencia de un desconocimiento de la naturaleza de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

i) De los derechos al acceso a la administración de justicia y al debido proceso.-

- De conformidad con lo establecido en el artículo 228 de la Constitución Política, la administración de justicia es una función pública, relacionada directamente con los fines del Estado consagrados en el artículo 2º ibídem, pues sólo en la medida en que se garantice a los integrantes del país una instancia imparcial, objetiva y efectiva encargada de la resolución pacífica de sus conflictos se puede pretender la consecución de una República Democrática y respetuosa de la dignidad humana.

Atendiendo a dicho enfoque, la administración de justicia no se quedó como un mero servicio a cargo del Estado sino que goza de otra dimensión, de naturaleza subjetiva, esto es, es un derecho fundamental radicado en cabeza de todos los habitantes del país. Al respecto, el artículo 229 de la Carta Fundamental, dispone que: *“Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. (...)”*.

A su turno, debe afirmarse que la protección previamente citada también encuentra sustento en instrumentos internacionales, en los cuales se ha consagrado el derecho a un recurso judicial efectivo (art. 25 CADH – Pacto de San José). Ahora bien, el derecho al acceso a la administración de justicia no es una mera máxima dentro de nuestra Constitución, sino que encuentra contenido y significado concreto en aspectos tales como la obligación del juez de evitar pronunciamientos inhibitorios y de perseguir, dentro del marco de sus competencias, la justicia material. Al respecto, en la Sentencia C-177 de 17 de noviembre de 2005, M.P. Doctor Jaime Córdoba Triviño, se sostuvo:

*“Ahora bien, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, el derecho a acceder a la justicia tiene una significación múltiple y compleja. De manera reiterada, ha sostenido esta Corte, que el derecho a acceder a la justicia es un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso.*

*(...)*

*En cuanto a lo segundo, atendiendo a su importancia política, la jurisprudencia constitucional le ha reconocido al acceso a la*

*administración de justicia el carácter de derecho fundamental de aplicación inmediata, integrándolo a su vez con el núcleo esencial del derecho al debido proceso, y relacionándolo con otros valores constitucionales como la dignidad, la igualdad y la libertad. Por virtud de tal vinculación, el acceso a la administración de justicia adquiere un amplio y complejo marco jurídico de aplicación que compromete los siguientes ámbitos: (i) el derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales -acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos; (ii) el derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares; (iii) el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas, y que ella se produzca dentro de un plazo razonables; (iv) el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas; (v) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso.”.*

El debido proceso, a su turno, ha sido definido como *“la regulación jurídica que (...) limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley”*<sup>4</sup>, premisa construida con fundamento en el principio superior de la primacía del derecho sustancial sobre las formas, que, según el artículo 29 de la Constitución Política, *“... se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*.

El objetivo fundamental del referido derecho, entonces, no es otro que la preservación del valor material de la justicia, situación que demanda de las autoridades públicas que sus actuaciones estén destinadas a preservar las garantías sustanciales y procedimentales consagradas en la Constitución y en la ley.

En sentido amplio, el referido planteamiento encierra a su vez la protección de ciertas garantías mínimas que la jurisprudencia constitucional ha enlistado de la siguiente manera: *“(i) el derecho de acceso a la administración de justicia con la presencia de un juez natural; (ii) el derecho a ser informado de las actuaciones que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una obligación o sanción; (iii) el derecho de expresar libre y*

*abiertamente sus opiniones; (iv) el derecho de contradecir o debatir las pretensiones o excepciones propuestas; (v) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable y sin dilaciones injustificadas y, por supuesto, (vi) el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra.*<sup>5</sup>.

Ahora bien, en la tensión que puede originarse entre los derechos previamente citados ha surgido lo que jurisprudencialmente se conoce como defecto procedimental.

ii) Del caso en concreto.-

- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 del C.C.A., la acción subjetiva de nulidad tiene por objeto desvirtuar la presunción de legalidad de un acto administrativo y obtener el respectivo restablecimiento del derecho y reparación del daño. Dicho restablecimiento del derecho y reparación del daño, a su turno, debe ser integral y buscar al máximo posible dejar al afectado en la misma posición que se encontraba al momento en que le fue lesionado su derecho con la actuación del Estado, materializada en un acto administrativo ilegal. Al respecto, esta Corporación se ha pronunciado sobre la finalidad de la referida acción en los siguientes términos:

*“Con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se restaura el ordenamiento jurídico transgredido con ocasión de la expedición de un acto administrativo que quebranta las normas superiores y se obtiene la reparación de un daño irrogado al particular con la decisión que se invalida.*<sup>6</sup>”.

*“La acción de nulidad y restablecimiento del derecho se dirige no sólo a obtener la nulidad del acto administrativo que quebranta el ordenamiento jurídico, sino que, como consecuencia de ello, surgen tres posibilidades para aquel a quien le han sido conculcados sus derechos con la ilicitud del acto: la nulidad del acto, el restablecimiento del derecho y la reparación del daño. Ha de entenderse que la esencia de la figura jurídica del restablecimiento del derecho está dada por la finalidad que persigue la acción, en este caso, retrotraer las cosas a su estado anterior al hacer cesar los efectos del acto nocivo; (...)*<sup>7</sup>”.

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-641 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, de 12 de marzo de 2009, C.P. doctor Gerardo Arenas Monsalve, radicado interno No. 0862-07.

<sup>7</sup> Sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A; de 26 de junio de 2008; C.P. doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; radicado interno No. 1922-07.

Así pues y como garantía del derecho al acceso a la administración de justicia, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho [cuya declaración de ilegalidad - en caso de prosperar- tiene efectos retroactivos y, por tanto, pretende incidir en la situación del particular afectado con la misma] es el mecanismo legal diseñado con el objeto de que quienes se consideren lesionados de manera directa con una decisión de la administración puedan asumir la carga de desvirtuar la presunción de legalidad de la misma y obtener así una reivindicación a su estado inicial, en pro no solo de la pretensión de corrección del ordenamiento jurídico sino de la justicia material.

Por lo anterior, y salvo situaciones excepcionales que no son del caso referir en este fallo, de ordinario puede afirmarse que la declaratoria de nulidad de un acto administrativo con efectos particulares tiene como consecuencia el restablecimiento del derecho y la reparación integral del daño, tal como lo establece el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.

- Analizando el caso sometido a consideración a la luz de los presupuestos que acaban de exponerse, encuentra la Sala que la interesada no cuestionó la decisión del Juzgado Octavo Administrativo de Popayán de negarle valor probatorio a los documentos allegados en copia simple que presuntamente daban cuenta del cumplimiento de los requisitos legales para el ascenso efectivo al grado 12 del Escalafón Nacional Docente, por lo que en esta acción constitucional no puede efectuarse consideración alguna al respecto, en la medida en que la tutela, al gozar de naturaleza subsidiaria y residual, no puede ser utilizada como una tercera instancia llamada a debatir lo que no se defendió en la oportunidad adecuada.

Dicha imposibilidad de analizar el aspecto relacionado con la validez y eficacia probatoria de los documentos allegados en copia simple, no implica -sin embargo- que esta Sala de decisión comparta o no la tesis expuesta.

A su turno, también es oportuno afirmar que aunque la jurisdicción contencioso administrativa es de naturaleza rogada [principio que en todo caso ha venido siendo matizado y flexibilizado de alguna forma en atención v. gr. a la obligación contenida en el artículo 4º de la Constitución Política o a la prevalencia de los derechos fundamentales, tal como se sostuvo por la Corte Constitucional en la Sentencia C-197 de 2009] y, en virtud de ello, el juez solo puede abordar, en

principio, aquello que sea materia de discusión, lo cierto es que con la interposición del recurso de apelación por parte del Municipio de Popayán no le era vedado al Tribunal accionado abordar lo relacionado con el restablecimiento del derecho, en la medida en que lo que se cuestionó fue la decisión favorable a sus pretensiones en primera instancia dentro del proceso contencioso administrativo.

Ahora bien, a pesar de lo anterior, es evidente que en el presente asunto la ausencia probatoria a la que se ha venido haciendo referencia llevó al Tribunal a concluir que era imposible ordenar restablecimiento alguno [luego de haber declarado la nulidad del acto demandado] sin analizar otras posibilidades [como si lo efectuó el Juzgado de primera instancia] con el objeto de atender no solo a la finalidad de la acción sino de alcanzar en grado máximo la materialización del derecho al acceso a la administración de justicia, superando los formalismos de cara, se reitera, a la satisfacción de un interés particular que fue llevado a la jurisdicción a través del mecanismo legal diseñado para el efecto.

Esta situación evidencia, pues, que en el presente caso el Tribunal no efectuó análisis alguno en relación con la posibilidad de restablecimiento ordenada por el Juzgado Octavo Administrativo de Popayán, haciendo prevalecer una situación formal [la presunta inexistencia de material idóneo para ordenar el ascenso al grado 12 del Escalafón Nacional Docente] en perjuicio del derecho al acceso a la administración de justicia de la señora Mary Esther Molano Sotelo y en contravía de la finalidad misma de la acción, pues, en todo caso, no se argumentó suficientemente la imposibilidad de ordenar el restablecimiento del derecho y la reparación del daño.

Por lo expuesto, se impone acceder a las súplicas de la demanda, en razón a que el fallo proferido por el Tribunal incurre en un defecto procedimental por no aplicación del principio de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y desconocimiento de la naturaleza misma de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ordenando, en consecuencia, que emita un nuevo pronunciamiento en relación con este aspecto en donde analice la situación aquí planteada.

#### **DECISION**



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

**FALLA**

**AMPARANSE** los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de Mary Esther Molano Sotelo vulnerados por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro de la acción de nulidad y restablecimiento incoada por el ella contra el Municipio de Popayán, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**DEJASE**, parcialmente, sin efecto la providencia del Tribunal Administrativo del Cauca, de 29 de marzo de 2011, en cuanto revocó el restablecimiento del derecho en favor de la señora Mary Esther Molano Sotelo sin tener en cuenta para el efecto la naturaleza de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**ORDENASE** al Tribunal Administrativo del Cauca que, dentro de un plazo no superior a 40 días siguientes a la notificación de esta providencia, efectúe un nuevo pronunciamiento dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por la señora Mary Esther Molano Sotelo contra el Municipio de Popayán, en lo relacionado con el restablecimiento del derecho como consecuencia de la declaración de nulidad del acto demandado, haciendo claridad que la presente Sentencia no incide ni determina el sentido de la decisión que deberá sustituir a la que fuera anulada, pues el juez natural preserva su criterio y su propia responsabilidad al expedir el fallo sustitutivo.

**Cópiese, notifíquese y, si no fuere impugnada, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Cúmplase.**

La presente providencia fue discutida en la Sala de la fecha.

**BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ**

**GERARDO ARENAS MONSALVE**

**VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**