

## **PRINCIPIO DE NO REFORMATIO IN PEJUS - Alcance / PRINCIPIO DE NO REFORMATIO IN PEJUS - Límites**

La prohibición para el fallador de hacer más gravosa la situación del apelante único, quien se entiende impugna la providencia solo en lo desfavorable, está prevista en la Constitución Política en el artículo 31... Ahora bien, en derecho contencioso administrativo, el inciso 4 del artículo 164 del CCA señala que si el superior al momento de fallar encuentra probada una excepción de fondo, la puede declarar aunque no haya sido propuesta sin perjuicio de la reformatio in pejus... Ahora bien, en la impugnación contra el fallo de tutela proferido por la Sección Primera, el Tribunal del Magdalena precisa en síntesis, que la garantía procesal de la no reformatio in pejus no es absoluta y que el fallo de segunda instancia dictado por el Tribunal se expidió con base en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado... Sin embargo se resalta que la situación descrita en el citado fallo, es diferente del presente caso, como quiera que el Tribunal revocó la sentencia de primera instancia al considerar que en la demanda de controversias contractuales no se había pedido la nulidad del oficio por el cual se terminó unilateralmente el contrato de prestación de servicios celebrado entre la Universidad del Magdalena y el actor. Así no es claro para esta Sala que las excepciones descritas por la Sección Tercera, esto es la caducidad, falta de legitimación en la causa e indebida escogencia de la acción, incluyan, la que en el sub judice declaró el Tribunal del Magdalena, pues en su criterio en la demanda ordinaria no se formuló la proposición jurídica completa en las pretensiones. Aunado a lo anterior, la Sala considera que aunque en las pretensiones de la demanda no se hubiera pedido expresamente la nulidad del oficio del 23 de noviembre de 2010, que terminó el contrato de prestación de servicios, el demandante sí solicitó en las pretensiones que se declarara la ilegalidad de la terminación unilateral del contrato de prestación de servicios, ilegalidad que apareja la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el oficio del 23 de noviembre de 2010, acto que además estaba identificado en los hechos de la solicitud de tutela y la contestación de la misma. Así a partir de una interpretación integral de la demanda y teniendo en cuenta que la entidad accionada defendió la legalidad de sus actuaciones en la contestación de la demanda, se considera que el juez de primera instancia en el proceso ordinario sí podía pronunciarse respecto la legalidad del referido acto, con el propósito de hacer efectiva la justicia material. En este orden de ideas encuentra la Sala que no asiste la razón al Tribunal Administrativo del Magdalena al recurrir la sentencia de primera instancia, lo que conlleva a que se confirme el fallo de tutela proferido por la Sección Primera de esta Corporación.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 187 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 164

**NOTA DE RELATORIA:** En relación con el principio de No Reformatio In Pejus como derecho fundamental consultar la sentencia T-1186 de 2006 de la Corte Constitucional. En el mismo sentido ver la sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 7 de octubre de 2014, exp. 2010-01284-00, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Sobre las excepciones al principio de No Reformatio In Pejus consultar la sentencia de 9 de julio de 2014, exp. 2009-00087, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En cuanto a la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por aspectos no advertidos por el juez de primera instancia, ver la sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera de 9 de febrero de 2012, exp. 1997-06093-01 (21060), M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE**

Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de dos mil quince (2015)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01250-01(AC)**

**Actor: NAIN ZUÑIGA PORTO**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA -  
DESCONGESTION**

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte demandada, contra la sentencia del 23 de julio de 2015, por medio de la cual, la Sección Primera del Consejo de Estado, amparó los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad del actor.

**ANTECEDENTES**

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, el señor Nain Zuñiga Porto, acudió ante el Tribunal Administrativo del Magdalena<sup>1</sup> con el fin de solicitar la protección del derecho al debido proceso, que comprende la *no reformatio in pejus*, presuntamente vulnerado por el Tribunal Administrativo del Magdalena – Descongestión.

Requiere que en amparo del derecho invocado se ordene al Tribunal Administrativo del Magdalena dictar un nuevo fallo, en el que se pronuncie únicamente sobre el contenido del recurso de apelación interpuesto por el actor, como apelante único.

Lo anterior lo fundamentó en los siguientes hechos y consideraciones (fls. 1-9):

Afirma que presentó una demanda de controversias contractuales contra la Universidad del Magdalena, por el incumplimiento de un contrato de prestación de

---

<sup>1</sup> Aclara la Sala que si bien la solicitud de tutela se presentó ante Tribunal Administrativo del Magdalena, que a su vez es la autoridad accionada, mediante auto del 20 de abril de 2015 se ordenó remitir el expediente al Consejo de Estado, en su calidad de superior jerárquico.

servicios celebrado con dicho ente universitario, por no cancelar los honorarios por el mes de octubre de 2010 y terminar unilateralmente el referido contrato.

Destaca que en primera instancia el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Santa Marta accedió parcialmente a las pretensiones del demandante, al ordenar el pago de los honorarios correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2010.

Como fundamento de la decisión consideró el Juzgado que *“la única persona facultada para dar por terminada la orden de prestación de servicios en aplicación de la cláusula de terminación pactada era el rector de la Universidad del Magdalena por ser el representante legal de la misma, quien además fue quien suscribió la orden de prestación de servicio con el señor NAIN JOSÉ ZUÑIGA, potestad que no ocurrió, o por lo menos no se probó en el decurso del proceso administrativo”* (fl. 1)

Agrega que el fallador de primera instancia declaró la nulidad de la terminación unilateral del contrato.

Precisa que ante la decisión negativa del juzgado administrativo de ordenar el pago de los perjuicios morales, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y adiciona que tiene la condición de apelante único, toda vez que la Universidad del Magdalena no impugnó la providencia judicial.

Expresa que el Tribunal Administrativo del Magdalena en sentencia del 17 de septiembre de 2014 revocó integralmente la sentencia del *a quo*, *“al considerar que existió una ineptitud sustancial de la demanda, esto en la medida en que debió demandarse el acto administrativo que originó la controversia, en este caso el que dio por terminado la orden de prestación de servicios.”* (fl. 2).

Anota que el fallo de segunda instancia incurre en un defecto sustancial, pues en los hechos 11 y 13 de la demanda al exponer las actuaciones de la Universidad del Magdalena se relata que el señor *“RONAL ROJAS DUICA decide de manera ilegal por demás, dar por terminada la orden de prestación de servicios No. 588 de 2010”* (fl. 2).

Resalta así, que en la demanda están descritos cronológicamente los hechos, lo cual incluye la precisión de los actos administrativos *“que se consideran ilegales, porque (sic) y quienes los expidieron, por consiguiente en las pretensiones de la demanda se pide declarar la ilegalidad de esas actuaciones, desplegadas por los funcionarios de la Universidad del Magdalena, refiriéndose entonces, a los actos citados en los hechos de la demanda, por consiguiente en este punto no puede*

*hablarse de deficiencias en el contenido de la demanda, pues era claro y conciso lo pretendido dentro de la demanda contractual.” (fl. 3)*

Manifiesta que el Tribunal violó su derecho al debido proceso, dado que revocó la sentencia de primera instancia, aunque él era apelante único, actuación que se configura como un defecto sustancial, *“contrariando así mismo la Constitución Política artículo 31 y los innumerables fallos de la altas cortes acerca de la imposibilidad de agravar la situación de apelante único (Reformatio in Pejus)”*. (fl. 3).

Afirma que según la Corte Constitucional en la sentencia T-158 de 2012 *“Cuando se sobreponen las formas rituales al derecho sustantivo que claramente deriva de los hechos objeto de decisión, se puede transgredir lo normado en el artículo 228 superior, a causa de la aplicación excesiva de una norma formal, que de esa manera impide la efectividad de un derecho sustancial”* (fl. 5)

Indica sobre el principio de la *no reformatio in pejus* que la Corte Constitucional en las sentencias T-108 de 2003 y T-458 de 1998 consideró que de conformidad con la teoría general del proceso, cuando solo una parte apela, el juez que conoce del recurso no puede enmendar la decisión haciéndola más gravosa para ésta.

Relata que este principio se aplica en la jurisdicción de lo contencioso administrativo por disposición de los artículos 181 y 267 del Código Contencioso Administrativo.

Resalta que la prohibición de agravar la situación del apelante único hace parte del derecho fundamental al debido proceso.

#### **TRÁMITE PROCESAL**

Mediante auto del 20 de abril de 2015 (fls. 328 a 328 vto), el Tribunal Administrativo del Magdalena ordenó remitir el expediente de la referencia al Consejo de Estado, esto, en atención a lo ordenado por el numeral 2 del artículo 1 del Decreto 1382 de 2000 *“por el cual se establecen reglas para el reparto de la acción de tutela”* toda vez que la acción de tutela que se presenta contra una corporación judicial debe ser repartida al superior funcional del accionado.

En este orden de ideas, estableció el Tribunal que como la presente acción de tutela se dirige contra del Tribunal Administrativo del Magdalena en Descongestión, la competencia para tramitar la solicitud de amparo corresponde al superior funcional de esta Corporación, es decir, el Consejo de Estado.

#### **LA PROVIDENCIA IMPUGNADA**

Mediante sentencia del 23 de julio de 2015, la Sección Primera del Consejo de Estado tuteló los derechos al debido proceso y a la igualdad del señor Nain José Zuñiga Porto y en consecuencia le ordenó al Tribunal Administrativo del Magdalena que “*en un término de treinta (30) días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia profiera nueva sentencia, de conformidad con la parte motiva de esta providencia*” (fl. 98). Lo anterior por las siguientes razones (fls. 86 a 98):

Considera que de conformidad con lo alegado en el escrito de tutela, se configura la causal de defecto sustantivo por violación directa de la Constitución Política.

Explica que en el asunto bajo estudio, el actor presentó una demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales contra la Universidad del Magdalena, en razón de la terminación unilateral del contrato de prestación de servicios firmado con la referida universidad.

Relata que en el fallo de primera instancia, el juzgado administrativo accedió parcialmente a las pretensiones del actor, al declarar la nulidad del oficio por el cual se terminó unilateralmente el contrato de prestación de servicios y ordenó a título de indemnización, el pago de la suma de \$4.650.000. Agrega que este fallo fue apelado por el demandante, porque no se le concedió la reparación de los perjuicios inmateriales reclamados.

Señala que en segunda instancia, el Tribunal Administrativo del Magdalena, al resolver el recurso de apelación, en aplicación del artículo 164 del CCA, declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda, procedió a revocar la sentencia impugnada y negó las pretensiones del actor.

Considera que el Tribunal incurrió en un defecto sustantivo, como quiera que el artículo 164 del CCA, aunque prevé la facultad de oficio del juez de decretar las excepciones que encuentre probadas, pero que esta potestad se debe ejercer sin perjuicio de la garantía de la *no reformatio in pejus*, prevista en el artículo 31 de la Carta Política.

Advierte que el principio de la *no reformatio in pejus* “es una garantía judicial que debe ser acatada, prohíbe al juez de segunda instancia desmejorar la condición del apelante único” (fl. 97).

Indica que cuando el apelante es único, la competencia del juez de segunda instancia se limita a lo expuesto en el recurso de apelación (art. 328 CGP), por ende no se puede revocar “lo favorable a los intereses del apelante único” (fl. 97).

En razón de las anteriores consideraciones, la Sección Primera de esta Corporación dejó sin efectos el fallo dictado por el Tribunal Administrativo del Magdalena y le ordenó proferir una nueva decisión “teniendo en cuenta que en los casos de apelante único, el Juez debe respetar la garantía de la *no reformatio in pejus* cuando estudie las excepciones de fondo” (fl. 97).

#### **INFORME DE LA ENTIDAD ACCIONADA**

El Tribunal Administrativo del Magdalena solicita que se declare la improcedencia de la acción de tutela presentada en su contra, con fundamento en los siguientes razonamientos (fls. 78 a 79):

Expresa que el Tribunal en la providencia censurada por el solicitante, hizo un examen serio y detallado de las pruebas aportadas al proceso, con lo cual se respetaron los derechos fundamentales del accionante.

Precisa que el Tribunal no incurrió en error procedimental, en defecto fáctico o en un defecto sustantivo; agrega de igual manera que, la providencia está motivada y se sustenta en las normas aplicables.

#### **RAZONES DE LA IMPUGNACIÓN**

Mediante escrito radicado el 13 de octubre de 2015, el Presidente del Tribunal Administrativo del Magdalena impugnó el fallo de primera instancia por las siguientes razones (fls. 112 a 114 vto).

Precisa que la *non reformatio in pejus* no es una garantía absoluta, como lo ha establecido la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>2</sup> en sentencia del 9 de julio de 2014, pues admite tres excepciones, a saber:

*“Conviene precisar que con fundamento en la posición actual de la Sala Plena de Sección Tercera, en relación con la regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez Ad quem, la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo,*

*i) De las normas o los principios previstos en la Constitución Política;*

*ii) De los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o*

*iii) De las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada. Tal es el ejemplo de la caducidad de la acción, o la falta de legitimación de alguna de las partes<sup>3</sup>.”*

Añade que según el precedente de la Sección Tercera del Consejo de Estado “en el caso en concreto se configura una de las situaciones exceptuadas de la regla general, al pretenderse establecer la existencia de un contrato de prestación de servicios entre la parte actora y la Universidad del Magdalena, a través de la acción de controversias contractuales, y **sin señalarse de forma expresa cuáles son los actos administrativos acusados**, habida cuenta de que en el desarrollo del proceso se evidenció la existencia de una decisión por parte del ente universitario que dio por terminada la orden contractual, siendo de esta forma necesario para la parte actora señalarlo como acto administrativo contractual objeto de la demanda” (fl. 113).

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de julio de 2014, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, proceso con radicado 66001-23-31-000-2009-00087, referencia 47830

<sup>3</sup> “La Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples decisiones ha determinado la operancia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción ejercida, así como también ha encontrado acreditada la existencia de la falta de legitimación en la causa –por activa o por pasiva– e incluso la ineptitud sustantiva de la demanda, casos<sup>3</sup> en los cuales ha denegado las pretensiones de la demanda o se ha inhibido de fallar, según el caso, con independencia de si tales presupuestos o aspectos hubieren sido, o no, advertidos por el juez de primera instancia o por alguno de los sujetos procesales, incluido, claro está, aquel que hubiere impugnado la providencia del juez a quo.” Sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 9 de febrero de 2012, expediente: 21060.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

### Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si ¿El Tribunal Administrativo del Magdalena al actuar como juez de segunda instancia y declarar probada de oficio en la sentencia, la excepción de inepta demanda desconoció el derecho al debido proceso del actor, por no aplicar el principio de la *no reformatio in pejus*, cuando se trata de un apelante único?

### 1.- 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 inexecutable del artículo 40 del Decreto 2591 de 1991. Más adelante, mediante sentencias de tutela, la misma Corte permitió de forma excepcional y frente a la amenaza de derechos fundamentales, el reexamen de la decisión judicial en sede de tutela, con la finalidad de establecer si el fallo judicial se adoptó, en apariencia revestida de forma jurídica, cuando en realidad envolvía una vía de hecho.

La vía de hecho entendida como una manifestación burda, flagrante y desprovista de todo vestigio de legalidad, es el principio que inspiró la posibilidad de instaurar la acción de tutela contra decisiones judiciales, pues no obstante el reconocimiento al principio de autonomía funcional del juez, quien la administra quebranta, bajo la forma de una providencia judicial, derechos fundamentales.

La evolución de la jurisprudencia condujo a que desde la sentencia T-231 de 1994 se determinaran cuáles defectos podían conducir a que una sentencia fuera calificada como vía de hecho, indicando que ésta se configura cuando se presenta, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos protuberantes: (1) Defecto sustantivo, que se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable; (2) Defecto fáctico, que ocurre cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión; (3) Defecto orgánico, se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; y, (4) Defecto



procedimental, que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

Esta doctrina constitucional ha sido precisada y reiterada en varias decisiones de unificación proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las sentencias SU-1184 de 2001 y SU-159 de 2002.

En la referida sentencia SU-1184 de 2001, la Corte Constitucional precisó el ámbito de la vía de hecho por defecto fáctico y señaló que la violación al debido proceso ha de ser grave porque el juez de tutela tiene el deber de respetar, en el mayor grado posible, la valoración que del material probatorio hace el juez natural.

De ahí que se fijaron las siguientes pautas para constituir el anterior defecto:

“cuando se omite la práctica o consideración de pruebas decisivas<sup>4</sup>, las pruebas existentes se valoran de manera contra-evidente<sup>5</sup>, se consideran pruebas inadmisibles<sup>6</sup> o cuando la valoración resulta abiertamente contraria a los postulados constitucionales. Empero, tal como lo sostuvo la Corporación en la sentencia T-025 de 2001<sup>7</sup>, las pruebas omitidas o valoradas indebidamente, “deben tener la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo”, de suerte que si las pruebas en cuestión no son determinantes para la decisión, al juez de tutela le está vedado entrar a analizar la valoración que de ellas hizo el juez”.

*Y en la sentencia SU -159 de 2002 se dijo:*

“Finalmente, la Corte debe advertir, en concordancia con su propia jurisprudencia, que sólo es factible fundar una acción de tutela cuando se observa que de una manera manifiesta aparece arbitraria la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo de la prueba “debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora

---

<sup>4</sup> Sobre el particular ver, entre otras, sentencias SU-477 de 1997, T-329 de 1996. Sobre la omisión de práctica de pruebas decisivas ver sentencias T-488 de 1999, T-452 de 1998, T-393 de 1994, entre otras

<sup>5</sup> Sobre el particular ver, entre otras, la sentencia T-452 de 1998 que señaló:

“en relación con la valoración que hacen los jueces de la pruebas dentro de un proceso, la posible configuración de una vía de hecho en la misma requiere de un comportamiento del funcionario que la adelanta, claramente irregular, en donde se impone su voluntad, en contravía de lo que puede arrojar objetivamente el cuaderno de pruebas allegado o solicitado para su práctica...”

<sup>6</sup> El artículo 29 de la Carta dispone que “[E]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. En la sentencia T-008 de 1998 la Corte señaló al respecto:

“Esta Sala no puede menos que indicar que sólo en aquellos casos en los cuales la prueba nula de pleno derecho constituya la única muestra de culpabilidad del condenado, sin la cual necesariamente habría de variar el juicio del fallador, procedería la tutela contra la decisión judicial que la tuvo en cuenta, siempre y cuando se cumplan, por supuesto, los restantes requisitos de procedibilidad de la acción.”

<sup>7</sup> M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En similar sentido T-329 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”<sup>8</sup>.

En otros de los apartes de la sentencia anterior, se efectúa la distinción entre el debido proceso de alcance constitucional del simplemente legal para referir que el primero de ellos comprende no solamente las garantías previstas en el artículo 29 de la C.P. sino agrupa todos los derechos constitucionales fundamentales:

“El constituyente no abordó todas las posibles violaciones al debido proceso, de carácter legal, si no sólo aquellos elementos que forman parte del ámbito de protección constitucional”.

El ámbito del debido proceso constitucional acorde a la referida sentencia, comprende “las formalidades legales esenciales”. En ese sentido, se adujo que correspondía al juez constitucional examinar si a pesar de la irregularidad que presente una prueba, pueden subsistir otras con fundamento en las cuales pudo adoptarse la decisión; vale decir, siempre que no haya sido determinante para la misma, a la prueba irregular se le resta importancia.

Igualmente aplicando los estrictos términos del artículo 86 de la C.P., es pertinente examinar la procedencia de la acción de tutela cuando aún existiendo medios de defensa judicial, aquélla se utilice como MECANISMO TRANSITORIO para evitar un perjuicio irremediable.

La evolución jurisprudencial, condujo a proferir la sentencia C-590/05, en la cual la Corte Constitucional resaltó el carácter sumamente excepcional de la acción de tutela, vale decir cuando de forma protuberante se vulneren o amenacen derechos fundamentales. La regla general de improcedencia de la acción de tutela contra tales decisiones, se expone en la anterior providencia al destacar que incluso las sentencias judiciales constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales y además, porque el valor de cosa juzgada de las sentencias, la garantía del principio de seguridad jurídica y la autonomía e independencia son principios que caracterizan a la jurisdicción en la estructura del poder público.

En otro aparte la mencionada decisión, precisó:

“...22. Con todo, no obstante que la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias es compatible con el carácter de ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales inherente a los

---

<sup>8</sup>Cfr. sentencia T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

fallos judiciales, con el valor de cosa juzgada de las sentencias y con la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público; ello no se opone a que en supuestos sumamente excepcionales la acción de tutela proceda contra aquellas decisiones que vulneran o amenazan derechos fundamentales...”.

En ese orden, se elaboró el test de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, con la finalidad de destacar los eventos excepcionales de aplicación, los cuales deben satisfacerse plenamente en la tarea de identificar cuándo una sentencia judicial puede someterse al examen de orden estrictamente constitucional, en aras de establecer si con la actuación se afectan derechos de relevancia constitucional o si la misma no alcanza a vulnerar tales derechos porque se profirió dentro del marco de actuación propio de los órganos judiciales ordinarios.

Tales presupuestos son: (a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional: Lo anterior porque el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. (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: Señala la Corte Constitucional que de no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales. (c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez: Es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. (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: Con fundamento en este presupuesto, se precisa que la irregularidad debe comportar grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad; la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio. (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: Indica la Corte que esta exigencia es comprensible, pues sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas

exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos. (f). Que no se trate de sentencias de tutela: Lo anterior se justifica bajo el riguroso proceso de selección que hace la Corporación.

Igualmente, bajo el rótulo de las CAUSALES DE PROCEDIBILIDAD se rediseñó el ámbito de comprensión de la acción de tutela contra sentencias judiciales, superando la noción de VÍA DE HECHO por la de DECISIÓN ILEGÍTIMA con la finalidad de resaltar la excepcionalidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, la cual solamente cuando tenga eminente relevancia constitucional resulta procedente.

Al respecto, indica los defectos o vicios que debe presentar la decisión que se juzga: (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: Como son los casos en que 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: 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. (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: Procede 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.

La Sala se ha detenido en el análisis de la posición de la Corte Constitucional respecto de la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, no porque considere que deba seguir estrictamente sus criterios interpretativos, sino por otras importantes razones:

La primera es que en este aspecto, comparte plenamente la idea cardinal de que en el Estado Social de Derecho la prevalencia de los derechos fundamentales compromete la actuación de “cualquier autoridad pública” (C.P. artículo 86) incluidos desde luego los jueces de la República de todas las jurisdicciones y rangos y sus respectivos órganos de cierre.

En segundo lugar, se trae a colación la jurisprudencia constitucional respecto de la tutela contra decisiones judiciales por cuanto muestra que ha sido la misma jurisdicción constitucional la que se ha encargado de destacar, que si bien la acción resulta procedente, ella es absolutamente excepcional y no puede significar, en modo alguno, una prolongación indefinida del debate jurídico.

En tercer lugar, porque la metodología contenida en la jurisprudencia constitucional para verificar si una decisión judicial debe o no ser tutelada, constituye un valioso mecanismo para resolver el asunto, cuya adopción facilita el análisis de este complejo problema.

Finalmente es pertinente destacar, que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que había sostenido que la acción de tutela es improcedente para controvertir decisiones judiciales<sup>9</sup>, rectificó su posición mediante la sentencia del 31 de julio de 2012<sup>10</sup>, en el sentido de disponer que la acción constitucional es procedente contra providencias, cuando vulneren derechos fundamentales, “*observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente*”, parámetros que esta Subsección con anterioridad al fallo antes señalado viene aplicando en los términos arriba expuestos<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Sobre el particular pueden consultarse las siguientes providencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: **1)** 29 Ene. 1992, r AC – 009, Dolly Pedraza de Arenas. **2)** 31 Ene. 1992, r AC – 016, Guillermo Chahín Lizcano. **3)** 3 Feb. 1992, r AC – 015, Luis Eduardo Jaramillo. **4)** 27 Ene. 1993, r AC-429, Carlos Arturo Orjuela Góngora. **5)** 29 Jun. 2004, e 2000-10203-01, Nicolás Pájaro Peñaranda. **6)** 2 Nov 2004, e 2004-0270-01, Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. **7)** 13 Jun. 2006, e 2004-03194-01, Ligia López Díaz. **8)** 16 Dic. 2009, e 2009-00089-01, Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

<sup>10</sup> Expediente 11001-03-15-000-2009-01328-01. C.P. María Elizabeth García González.

<sup>11</sup> Entre otras, de esta Subsección pueden consultarse las siguiente providencias: **1)** 28 Ago. 2008, e 2008-00779-00, Gerardo Arenas Monsalve. **2)** 22 Oct. 2009, e 2009-00888-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. **3)** 22 Oct. 2009, e 2009-00889-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. **4)** 3 Feb. 2010, e 2009-01268-00,

## 2. - Del principio de la *no reformatio in pejus*

La prohibición para el fallador de hacer más gravosa la situación del apelante único, quien se entiende impugna la providencia solo en lo desfavorable, está prevista en la Constitución Política en el artículo 31 que indica *“Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.”*

Sobre esta garantía procesal, la Corte Constitucional en la sentencia T-1186 de 2003 consideró que constituye un derecho fundamental así:

*“3. La jurisprudencia ha dicho que la proscripción de la reforma en perjuicio del condenado que es apelante único es un derecho fundamental. Y lo es en múltiples dimensiones. Lo es formalmente en cuanto ha sido dotado por el constituyente, de manera expresa, de esa calidad. Lo es materialmente porque se trata de un derecho del individuo que se ha transformado en derecho constitucional positivizado. Y lo es procesalmente en cuanto se trata de un derecho cuya formulación jurídica no está al alcance de los poderes jurídicos constituidos.*

*(...)*

*4. De acuerdo con lo expuesto, entonces, se tiene lo siguiente:*

*- La proscripción de la reforma en perjuicio del condenado es un derecho fundamental.*

*- Como derecho fundamental, la proscripción de la reforma en perjuicio del condenado constituye un límite tanto a la competencia del superior que decide la apelación, como al poder punitivo del Estado.*

*- Cuando ese derecho fundamental se desconoce, se desborda uno de los límites impuestos por el constituyente al ejercicio del poder penal del Estado, se configura una vía de hecho y hay lugar a su amparo constitucional.”*

Ahora bien, en derecho contencioso administrativo, el inciso 4 del artículo 164 del CCA señala que si el superior al momento de fallar encuentra probada una excepción de fondo, la puede declarar aunque no haya sido propuesta *“sin perjuicio de la reformatio in pejus”*, en efecto indica la norma:

---

Gerardo Arenas Monsalve. **5)** 25 Feb. 2010, e 2009-01082-01, Victor Hernando Alvarado Ardila. **6)** 19 May. 2010, e 2010-00293-00, Gerardo Arenas Monsalve. **6)** 28 Jun. 2011, e 2010-00540-00, Gerardo Arenas Monsalve. **7)** 30 Nov. 2011, e 2011-01218-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. **8)** 2 Feb. 2012, e 2011-01581-00, Gerardo Arenas Monsalve. **9)** 23 Feb. 2012, e 2011-01741-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. **10)** 15 Mar. 2012, e 2012-00250-00, Gerardo Arenas Monsalve.

*“ARTÍCULO 164. En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.*

*En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.*

*Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión.*

*El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la reformatio in pejus.”*

El citado artículo 164 del CCA –Dec 01 de 1984-, se aplica a los procesos que se iniciaron antes del 2 de julio de 2012<sup>12</sup>, fecha en que entró a regir el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011, norma vigente, el cual en el artículo 187 trata el contenido de la sentencia y las facultades del juez en segunda instancia frente al principio de la *no reformatio in pejus*:

*“Artículo 187. Contenido de la sentencia. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.*

*En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus.*

*Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.*

---

<sup>12</sup> **“Artículo 308. Régimen de transición y vigencia.** El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

*Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instaren con posterioridad a la entrada en vigencia.*

*Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.”*

*Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.”*

Sobre la prohibición de la *reformatio in pejus* la Sala Plena de lo Contencioso del Consejo de Estado, en sede del recurso extraordinario de revisión, a través de sentencia del 7 de octubre de 2014 consideró que el ejercicio de la impugnación para el apelante único, no le puede derivar efectos nocivos en lo atinente a las ventajas reconocidas por el juez de primera instancia, así:

*“Por otra parte, si bien es cierto la competencia funcional del superior se delimita por aquello que fue objeto del recurso de apelación, cuando se trate de un “apelante único”, de esto no se sigue que el juez pierda competencia para valorar los medios probatorios que le permitan estimar o denegar lo que es objeto del recurso. **La regla constitucional<sup>13</sup> que proscribe la reformatio in peius, contenida en el inciso segundo del Artículo 31 de la Constitución, impone al juez el deber de abstenerse de agravar la situación definida en la sentencia primera instancia, cuando se esté en presencia de “un único interés o múltiples intereses no confrontados”<sup>14</sup>, esto es, de un “apelante único”. Su finalidad, por tanto, es permitir el libre ejercicio de los recursos, sin que por el hecho de la impugnación se deriven efectos nocivos para el apelante único, respecto de las situaciones ventajosas reconocidas por el juez de primera instancia.***

*(...) Lo anterior es consecuencia de lo dispuesto por el inciso primero del Artículo 357 del CPC, aplicable en virtud de la remisión contenida en el Artículo 267 del CCA, el cual dispone lo siguiente:*

*“ARTÍCULO 357. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 175 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”<sup>15</sup>.*

### **3.- De las sentencias proferidas en el proceso ordinario**

En atención a que el accionante pretende que se deje sin efectos la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que

13 RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. “Non reformatio in pejus” en las actuaciones administrativas. En: Letras Jurídicas, Vol. 11, N° 2. p. 133.

14 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-327 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Esta posición fue reiterada en las sentencias C-358 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-583 de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de Contencioso Administrativo, sentencia del 7 de octubre de 2014, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, proceso con radicado No. 11001-03-15-000-2010-01284-00 (REV)



revocó el fallo dictado por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Santa Marta en proceso de controversias contractuales No. 2012-00386-00, se estima pertinente precisar en cuáles fueron las principales consideraciones de las referidas providencias.

**Sentencia de 30 de agosto de 2013 dictada por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Santa Marta**

En sentencia de 30 de agosto de 2013, el Juzgado declaró la nulidad del oficio No. DFI-0610-10 de 23 de noviembre de 2010, por el cual la Universidad del Magdalena terminó el contrato de prestación de servicios No. 588 de 1 de julio de 2010, declaró que el ente universitario incumplió el contrato en comento y condenó a la parte demandada a pagar la suma de \$4.945.799,68 (fls. 25 a 35).

Como fundamento de la decisión estimó que en la cláusula No. 14 del contrato de prestación de servicios se pactó la posibilidad de terminar anticipadamente la orden, sin embargo aquella solo operaba por el incumplimiento de requisitos previos a la ejecución del contrato. Precisó así que como en los contratos de prestación de servicios, las cláusulas exorbitantes deben pactarse, en el presente caso *“el ente accionado carecía de la facultad para ejercer dicho poder exorbitante por cuanto no se pactó de forma expresa dentro del contrato, lo cual es indispensable para que la misma pueda aplicarse a los contratos de prestación de servicios.”* (fls. 32 y 32 vto).

Consideró el Juzgado que la decisión contenida en el oficio No. DFI-0610-10 de 23 de noviembre de 2010 no está motivada, lo que configura una de las causales decretar la nulidad del acto.

Anotó que la autoridad competente para terminar el contrato de prestación de servicios era el Rector de la Universidad, quien lo había firmado y es el representante legal de la misma y no el profesional universitario que suscribe el oficio en comento.

Afirmó que en el proceso no se probaron los graves incumplimientos al contrato que alega la entidad demandada por parte del actor.

Expresó que *“es dable concluir que en efecto habrá lugar a declarar la nulidad de la terminación unilateral del contrato de que fue objeto, en virtud no solamente de la ilegalidad que envuelve la comunicación No. DFI-0610-10 de fecha 23 de noviembre de 2010 obrante a folio 137 sino a la inexistencia de decisión expresa por parte del Rector del ente universitario, por ende la falta de motivación del*

*mismo y la imposición de la cláusula penal son observancia del debido proceso”* (fl. 34 vto).

**Sentencia de 17 de septiembre de 2014 dictada por el Tribunal Administrativo del Magdalena.**

En sentencia de 17 de septiembre de 2014, el Tribunal Administrativo del Magdalena revocó el fallo de 30 de agosto de 2014 dictado por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Santa Marta y declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda (fls. 37 a 48).

Como sustento de la referida decisión consideró que el actor no había demandado los actos administrativos contractuales pues al alegar el incumplimiento del contrato debió *“suplicar los actos expresos o presuntos que se originaron dentro de la controversia contractual”* (fl. 46 vto).

Indicó que las pretensiones de responsabilidad patrimonial contra la Universidad del Magdalena se originan en los daños causados por un incumplimiento contractual, que se concretó en un acto administrativo, *“En este sentido, observa esta Corporación que en la demanda sub iuris, no se esbozó en acápite alguno petición del apoderado judicial del extremo accionante dirigida a obtener la nulidad de dicho acto administrativo por haber sido el mismo, proferidos en el trámite de una actuación iniciada con ocasión del presunto incumplimiento contractual por parte de la entidad accionada”* (fl. 46 vto).

Explicó que el demandante debió solicitar la nulidad del acto que terminó la relación contractual, para poder pedir la indemnización de los perjuicios. En consecuencia declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda.

**4.- Del caso en concreto**

En el asunto bajo estudio, se resuelve la impugnación presentada por la Universidad del Magdalena contra la sentencia de tutela de primera instancia proferida por la Sección Primera de esta Corporación que amparó los derechos fundamentales del actor, al debido proceso y a la igualdad.

Para conceder el amparo solicitado, la Sección Primera consideró que en el proceso ordinario de controversias contractuales, el Tribunal Administrativo del Magdalena al dictar el fallo de segunda instancia, desconoció el principio de la *no reformatio in pejus* dada la condición de apelante único del actor, pues revocó la

sentencia de primera instancia que había accedido parcialmente a sus pretensiones.

Ahora bien, en la impugnación contra el fallo de tutela proferido por la Sección Primera, el Tribunal del Magdalena precisa en síntesis, que la garantía procesal de la *no reformatio in pejus* no es absoluta y que el fallo de segunda instancia dictado por el Tribunal se expidió con base en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>16</sup>.

Para resolver lo propuesto en la impugnación, en primer lugar, observa la Sala que en la sentencia del 9 de julio de 2014, invocada por el Tribunal Administrativo del Magdalena, esta Corporación a través de la Sección Tercera, Subsección C, abordó el principio de la *no reformatio in pejus* en los siguientes términos:

***“2.6. La “non reformatio in pejus” en el caso concreto.***

*Se sabe que cuando se impugna una sentencia por una sola de las partes del extremo de la Litis, irremediamente debe limitarse el estudio del caso con fundamento en el principio constitucional y legal de la “non reformatio in pejus”, esto es, no puede desmejorarse la situación de éste; esta previsión no es cosa diferente al desarrollo de la garantía prevista en el inciso segundo del artículo 31 constitucional que manda que “el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.”<sup>17</sup>.*

*Y de acuerdo con la posición jurisprudencial de la Sala Plena de la Sección Tercera<sup>18</sup>, mediante el recurso de apelación, se ejerce el derecho de impugnación contra la decisión judicial y el juez de segunda instancia no puede empeorar, agravar o desmejorar la situación que en relación con el litigio le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.*

*Así mismo, se ha establecido que el marco fundamental de competencia para el juez de segunda instancia “lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia<sup>19</sup> de la sentencia*

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de julio de 2014, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, proceso con radicado 66001-23-31-000-2009-00087, referencia 47830

<sup>17</sup> Posición reiterada en sentencia de Subsección C de 19 de agosto de 2011 expediente: 19663.

<sup>18</sup> Sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera de 9 de febrero de 2012, expediente: 21060.

<sup>19</sup> En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrado Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó: “De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso

como el principio dispositivo<sup>20</sup>, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’<sup>21 22</sup>. (Subrayado por la Sala)  
(...)

Por su parte, en otro pronunciamiento de la Sala Plena de la Sección Tercera de esta misma Corporación<sup>23</sup>, se ha resaltado que dicha garantía no tiene un carácter absoluto, por cuanto en su aplicación tiene dos limitantes, a saber:

i) La imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la litis (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas.

ii) En aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo “... aun cuando fuere desfavorable al apelante” (artículo 357, inciso final, C. de P. C.)<sup>24</sup>.

Conviene precisar que con fundamento en la posición actual de la Sala Plena de Sección Tercera, en relación con la regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez Ad quem, la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo,

- i) De las normas o los principios previstos en la Constitución Política;
- ii) De los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales

---

se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.

<sup>20</sup> Dicho principio ha sido definido por la doctrina como: “La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin”. O como dice COUTURE, es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso”.

“Son características de esta regla las siguientes: “(...). El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado” (negritas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.

<sup>21</sup> Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

<sup>22</sup> Puede verse sentencia de 9 de junio de 2010, expediente: 17605 y 9 de febrero de 2012, expediente: 21060.

<sup>23</sup> Sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera de 9 de febrero de 2012, expediente: 21060.

<sup>24</sup> Al respecto consultar, por ejemplo, sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, de 23 de abril del 2009, expediente: 17160 y de 20 de mayo de ese mismo año, expediente: 16.925.

*relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o*

*iii) De las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada. Tal es el ejemplo de la caducidad de la acción, o la falta de legitimación de alguna de las partes<sup>25</sup>.”*

Se observa igualmente, que esta providencia en el numeral iii) cita el fallo del 9 de febrero de 2012, de la Sección Tercera donde igualmente se consideró que se ha declarado la ineptitud sustantiva de la demanda, por aspectos no advertidos por el juez de primera instancia, así:

*“En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples decisiones ha determinado la operancia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción ejercida, así como también ha encontrado acreditada la existencia de la falta de legitimación en la causa –por activa o por pasiva– e incluso la ineptitud sustantiva de la demanda, casos<sup>26</sup> en*

---

<sup>25</sup> “La Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples decisiones ha determinado la operancia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción ejercida, así como también ha encontrado acreditada la existencia de la falta de legitimación en la causa –por activa o por pasiva– e incluso la ineptitud sustantiva de la demanda, casos<sup>25</sup> en los cuales ha denegado las pretensiones de la demanda o se ha inhibido de fallar, según el caso, con independencia de si tales presupuestos o aspectos hubieren sido, o no, advertidos por el juez de primera instancia o por alguno de los sujetos procesales, incluido, claro está, aquel que hubiere impugnado la providencia del juez a quo.” Sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 9 de febrero de 2012, expediente: 21060.

<sup>26</sup> En relación con la caducidad de la acción ejercida, la Sala ha sostenido:

*“Esta Sección del Consejo de Estado ha señalado que el Juez está facultado para declarar de oficio la caducidad de la acción cuando quiera que, de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso, encuentre probados los supuestos que la configuran; al respecto la Sala ha considerado:*

*(...)*

Ahora, en punto a la legitimación en la causa de las partes, se ha sostenido:

*“Cabe recordar que constituye una postura sólidamente decantada por la jurisprudencia de esta Sala aquella consistente en excluir la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, comoquiera que éstas, a diferencia de aquella, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, **en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado**”. (Se destaca). [Sentencia del 22 de noviembre de 2001, Consejera Ponente. María Elena Giraldo Gómez, exp. 13.356., sentencia reiterada en muchas oportunidades por la Sala].*

**Y frente al tema de la inepta demanda, se ha determinado:**

**“En consecuencia, la Sala encuentra demostrada la indebida escogencia de la acción, lo cual torna improcedente un pronunciamiento de fondo comoquiera que la adecuada escogencia de la acción constituye presupuesto de la sentencia de mérito, tal como lo ha sostenido esta Sección del Consejo de Estado:**

**“Al efecto cabe tener en cuenta que esta Corporación<sup>26</sup> ha precisado que persisten algunos requisitos indispensables para proferir una decisión de fondo,**

*los cuales ha denegado las pretensiones de la demanda o se ha inhibido de fallar, según el caso, con independencia de si tales presupuestos o aspectos hubieren sido, o no, advertidos por el juez de primera instancia o por alguno de los sujetos procesales, incluido, claro está, aquel que hubiere impugnado la providencia del juez a quo.*<sup>27</sup>

Esta sentencia del 9 de febrero de 2012, al abordar la potestad de declarar de oficio las excepciones de fondo, en las referencias a pie de página, trata la ineptitud de la demanda, por indebida escogencia de la acción, en los siguientes términos:

**“Y frente al tema de la inepta demanda, se ha determinado:**

**“En consecuencia, la Sala encuentra demostrada la indebida escogencia de la acción, lo cual torna improcedente un pronunciamiento de fondo comoquiera que la adecuada escogencia de la acción constituye presupuesto de la sentencia de mérito, tal como lo ha sostenido esta Sección del Consejo de Estado:**

**“Al efecto cabe tener en cuenta que esta Corporación<sup>1</sup> ha precisado que persisten algunos requisitos indispensables para proferir una decisión de fondo, como lo es que la acción contencioso administrativa se ejerza con sujeción a los requisitos que prevé la ley para su procedencia<sup>1</sup>, sin perjuicio de que, como lo explica la doctrina, el juez cumpla con la obligación ‘de declarar la razón por la cual no puede proveer’”. [sentencias de 28 de abril de 2010, exp. 17.811 y de 27 de abril de 2011, exp. 19.392].** Subrayado fuera de texto.

(...)”

Sin embargo se resalta que la situación descrita en el citado fallo, es diferente del presente caso, como quiera que el Tribunal revocó la sentencia de primera instancia al considerar que en la demanda de controversias contractuales no se había pedido la nulidad del oficio por el cual se terminó unilateralmente el contrato de prestación de servicios celebrado entre la Universidad del Magdalena y el actor.

---

**como lo es que la acción contencioso administrativa se ejerza con sujeción a los requisitos que prevé la ley para su procedencia<sup>26</sup>, sin perjuicio de que, como lo explica la doctrina, el juez cumpla con la obligación ‘de declarar la razón por la cual no puede proveer’”. [sentencias de 28 de abril de 2010, exp. 17.811 y de 27 de abril de 2011, exp. 19.392].** Subrayado fuera de texto.

(...)”

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 9 de febrero de 2012, proceso con radicado No. 50001-23-31-000-1997-06093-01 (21060).

Así no es claro para esta Sala que las excepciones descritas por la Sección Tercera, esto es la caducidad, falta de legitimación en la causa e indebida escogencia de la acción, incluyan, la que en el *sub judice* declaró el Tribunal del Magdalena, pues en su criterio en la demanda ordinaria no se formuló la proposición jurídica completa en las pretensiones.

Aunado a lo anterior, la Sala considera que aunque en las pretensiones de la demanda no se hubiera pedido expresamente la nulidad del oficio del 23 de noviembre de 2010, que terminó el contrato de prestación de servicios, el demandante sí solicitó en las pretensiones (fl. 11) que se declarara la ilegalidad de la terminación unilateral del contrato de prestación de servicios, ilegalidad que aparea la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el oficio del 23 de noviembre de 2010, acto que además estaba identificado en los hechos de la solicitud de tutela y la contestación de la misma.

Así a partir de una interpretación integral de la demanda y teniendo en cuenta que la entidad accionada defendió la legalidad de sus actuaciones en la contestación de la demanda (fls. 21 a 24), se considera que el juez de primera instancia en el proceso ordinario sí podía pronunciarse respecto la legalidad del referido acto, con el propósito de hacer efectiva la justicia material.

En este orden de ideas encuentra la Sala que no asiste la razón al Tribunal Administrativo del Magdalena al recurrir la sentencia de primera instancia, lo que conlleva a que se confirme el fallo de tutela proferido por la Sección Primera de esta Corporación.

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**

**CONFÍRMASE** la sentencia de 23 de julio de 2015 dictada por la Sección Primera del Consejo de Estado que tuteló los derechos fundamentales al debido proceso y

a la igualdad del señor Nain José Zuñiga Porto, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

**CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE.** Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

**GERARDO ARENAS MONSALVE**

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

**CARMELO PERDOMO CUÉTER**