



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., primero (1º) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02609-01

Actores: JOSÉ HAROLD RIZO MILLÁN Y OTROS

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Asunto: Fallo de segunda instancia - Tutela contra providencia judicial

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación presentada por la parte actora contra la sentencia de 13 de diciembre de 2017¹, por medio de la cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó la solicitud de amparo.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

Con escrito presentado el 3 de octubre de 2017², los señores José Harold Rizo Millán, Gisella Rizo Millán, Lucy Rizo Millán, Martín Rizo Millán, María del Carmen Rizo Millán y Udency Rizo Millán, a través de apoderado, ejercieron acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con el fin de reclamar el amparo de sus derechos fundamentales *“a la primacía del derecho sustancial, a la igualdad y a la seguridad social”*.

Lo anterior, por cuanto consideraron que tales derechos les fueron vulnerados por la autoridad mencionada, con ocasión de la providencia del 30 de marzo de 2017 que revocó la del 30 de abril de 2014, proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el número de radicado 76001-33-31-017-2012-00018-01.

¹ Folios 105 a 110.

² Folios 38 a 50.



2. Hechos

La solicitud de tutela se sustentó en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en esta sentencia:

- El señor Martín Rizo interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Valle del Cauca con el fin de que se anulara el Oficio 421-024-1741-FRP de 14 de septiembre de 2010, que le negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento de su hijo Efraín Rizo Millán, quien se desempeñó como docente y falleció el 24 de agosto de 1991.
- El Juzgado Décimo Administrativo en Descongestión de Cali, mediante sentencia de 24 de septiembre de 2014 accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que si bien existe un régimen especial que ampara a los beneficiarios de los docentes fallecidos, ello no es óbice para que, de resultar favorable en materia pensional, se aplique la generalidad de la Ley 100.
- Esa decisión fue apelada y mediante fallo de 30 de marzo de 2017, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca revocó el fallo y en su lugar negó las pretensiones de la demanda, por considerar que de conformidad con la sentencia de 25 de abril de 2013³, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado precisó que la ley favorable que se debe aplicar es la que esté vigente al momento en que se habría causado el derecho, y que, para el caso del docente Rizo Millán, quien falleció el 24 de agosto de 1991, la norma vigente era el Decreto 224 de 1972, según el cual, los beneficiarios adquieren el derecho a una pensión, cuando el docente hubiere cumplido, entre otros, 18 años o más de servicio, requisito que no se cumplió.

³ Se refiere a la sentencia proferida dentro del proceso identificado con el número de radicado 76001-23-31-000-2007-01611-01 CP. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero



- El señor Martín Rizo, padre del docente, falleció el 9 de septiembre de 2016.

3. Petición de amparo constitucional

A título de amparo se incoaron las siguientes pretensiones:

“(...) solicito a su Honorable Despacho, se sirva amparar los Derechos Fundamentales a la – ‘PRIMACÍA DEL DERECHO SUSTANCIAL (Art. 228 C. Pol.)’ – ‘IGUALDAD (Art. 13 C. Pol.)’ A LA SEGURIDAD SOCIAL (Art. 48 C. Pol.)’; y cualquier otro derecho que se considere vulnerado, y que en la actualidad están siendo vulnerados por parte del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, con ocasión a la Sentencia de fecha 30 de Marzo del 2017, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho identificado con la radicación No. 76001-33-31-017-2012-00018-01.

*En tal sentido, respetuosamente solicito a su señoría, ordene al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, CONFIRMAR EN TODAS SUS PARTES la Sentencia de Primera Instancia, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cali”*⁴

4. Fundamentos de la solicitud

A juicio de los demandantes, la autoridad judicial accionada vulneró sus derechos fundamentales a “la primacía del derecho sustancial, a la igualdad y a la seguridad social” al considerar que la decisión de segunda instancia incurrió en desconocimiento del precedente fijado por la Corte Constitucional en sentencia T 564 de 2015, en la que, esa Corporación aplicó en forma retrospectiva la Ley 100 de 1993 con fundamento en el principio de favorabilidad.

5. Trámite de la acción de tutela

Mediante auto del 20 de octubre de 2017⁵, el Consejero Ponente de la Sección Cuarta admitió la solicitud de amparo, ordenó notificar a la autoridad judicial accionada y dispuso vincular a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al Departamento del Valle del Cauca, a la

⁴ Folio 49.

⁵ Folio 141.



Secretaría de Educación Departamental y al Juzgado que asumió los procesos que correspondían al Juzgado Décimo Administrativo en Descongestión de Cali⁶, como terceros con interés en las resultas del proceso.

6. Contestaciones

En cumplimiento del auto que antecede, el 30 de octubre de 2017 la Secretaría General remitió notificaciones electrónicas a las partes señaladas allí.

6.1. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca

Guardó silencio pese a haber sido notificado en debida forma.⁷

6.2. El Juzgado Veinte Administrativo de Cali

Guardó silencio pese a haber sido notificado en debida forma.⁸

6.3. El Ministerio de Educación Nacional

La Asesora Jurídica del Ministerio solicitó que se denieguen las pretensiones de la tutela, comoquiera que no se configuran plenamente los requisitos de procedibilidad de la acción.

6.4. La Fiduprevisora

El Gerente Jurídico de la Fiduciaria solicitó ser desvinculado del presente trámite constitucional por no estar legitimado en la causa por pasiva.

6.5. El Departamento del Valle del Cauca – Secretaría de Educación

Guardó silencio pese a haber sido notificado en debida forma.⁹

6.6. La parte actora

⁶ En ese sentido, se notificó al Juzgado Veinte Administrativo de Cali

⁷ Folio 71

⁸ Folio 75.

⁹ Folio 74



Mediante escrito recibido el 1º de noviembre de 2017, el apoderado de la parte actora pone de presente que la Corte Constitucional, en sentencia T 415 de 2017, aplicó en forma retrospectiva la Ley 100 de 1993.

7. Sentencia de primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia de 13 de diciembre de 2017, negó la solicitud de amparo al no encontrar probado el desconocimiento del precedente, comoquiera que el fundamento de la decisión de negar la pensión de sobrevivientes era que el causante no cumplió los requisitos para adquirir la pensión, previstos en el Decreto 224 de 1972, en tanto no acreditó haber laborado por más de 18 años.

Además, encontró que la autoridad judicial precisó que no le eran aplicables las disposiciones de la Ley 100 de 1993, porque a la fecha del fallecimiento esa normativa no se había proferido.

8. Impugnación

Con escrito recibido el 11 de enero de 2018¹⁰ los accionantes impugnaron la sentencia de primera instancia al señalar que esta omitió referirse a su escrito de 1º de noviembre de 2017, mediante el cual ponía de presente que la Corte Constitucional, en sentencia T 415 de 2017, aplicó en forma retrospectiva la Ley 100 de 1993.

Agregó que el Consejo de Estado se apartó de manera injustificada del precedente plasmado por aquella Corporación en sentencia T 564 de 2015.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada por la parte actora en contra de la sentencia de 13 de diciembre de 2017, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591 de

¹⁰ Folios 117 a 118.



1991 y 1069 de 2015 y, en el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena de esta Corporación.

2.2. Cuestiones previas

2.2.1. De la solicitud de desvinculación

El Gerente Jurídico de la Fiduciaria solicitó ser desvinculado del presente trámite constitucional por considerar que no están legitimados en la causa por pasiva.

Al respecto se advierte que dicha solicitud es improcedente porque que su vinculación al proceso se hizo en calidad de terceros con interés en el resultado del mismo y no como entidad accionada y, así será declarada en la parte resolutive de esta decisión.

2.2.2. De los documentos correspondientes al proceso 11001-03-15-000-2017-02694-00

De la revisión del expediente, se observa que los folios 90 a 100 corresponden al memorial suscrito por la Asesora de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante el cual da respuesta a la admisión de la tutela identificada con el número de radicado 11001-03-15-000-2017-02694-00 y que fue anexada a este expediente por error.

Por lo anterior, se ordenará que por Secretaría General se desglosen dichos documentos con el fin de que sean remitidos al proceso al que corresponde.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si procede confirmar, modificar o revocar la providencia de 13 de diciembre de 2017 emanada de la Sección Cuarta del Consejo de Estado en el curso de la acción de tutela instaurada por los señores José Harold Rizo Millán, Gisella Rizo Millán, Lucy Rizo Millán, Martín Rizo Millán, María del Carmen Rizo Millán y Udency Rizo Millán, a través de apoderado, en contra del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con el fin de



reclamar el amparo de sus derechos fundamentales “a la primacía del derecho sustancial, a la igualdad y a la seguridad social”.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos:

(i) el criterio de la Sala sobre procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial y; (ii) el caso concreto.

2.3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

Esta Sección, mayoritariamente¹¹, venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, eventos éstos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado que lesionara el derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012¹² **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema¹³.

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales¹⁴.

Señaló la Sala Plena en el fallo en mención:

“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha

¹¹ Sobre el particular, el Consejero Ponente mantuvo una tesis diferente sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se puede consultar en los salvamentos y aclaraciones de voto que se hicieron en todas las acciones de tutela que conoció la Sección. Ver, por ejemplo, salvamento a la sentencia Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001031500020110054601. Accionante: Oscar Enrique Forero Nontien. Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, y otro.

¹² Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

¹³ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

¹⁴ Se dijo en la mencionada sentencia: “DECLÁRASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia.



advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.¹⁵ (Negrilla fuera de texto)

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente** como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los **“fijados hasta el momento jurisprudencialmente”**.

Al efecto, en virtud de reciente sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014¹⁶, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 Constitucional y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso deberá probarse y, en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia¹⁷ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, no ha distinguido con claridad

¹⁵ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

¹⁷ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.



cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo - improcedencia sustantiva- y cuáles impiden analizar el fondo del asunto -improcedencia adjetiva-.

Por tanto, la Sección verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez; iii) subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión a tomar será declarar **improcedente** el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

Cumplidos esos parámetros, corresponderá adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la **prosperidad** o **negación** del amparo impetrado, se requerirá principalmente: i) que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y ii) que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

2.4. Caso concreto

En el *sub lite*, los accionantes consideraron que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que conocieron del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho por ellos iniciado en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Valle del Cauca incurrieron en desconocimiento del precedente.



Corresponde a la Sección Quinta del Consejo de Estado establecer si, de acuerdo con los cargos expuestos en el escrito de impugnación, la decisión objeto de reproche incurrió en un defecto que deba ser amparado por el juez de tutela.

En efecto en el escrito de impugnación los accionantes señalaron que la sentencia de 13 de diciembre de 2017 omitió referirse a su escrito de 1º de noviembre de 2017, mediante el cual ponía de presente que la Corte Constitucional, en sentencia T 415 de 2017, aplicó en forma retrospectiva la Ley 100 de 1993.

Que además, esa Sección se apartó de manera injustificada del precedente plasmado por aquella Corporación en sentencia T 564 de 2015, pues de su análisis se hubiera concluido que en efecto, la autoridad judicial demandada incurrió en el defecto alegado.

En consecuencia la Sala analizará si la autoridad judicial acusada desconoció el **precedente** según el cual el juez debe aplicar en forma retrospectiva la norma que resulte más favorable.

Para comenzar, se hace necesario precisar, que la parte actora sólo puso de presente el desconocimiento de la sentencia T 415 de 2017, mediante escrito recibido en esta Corporación, con posterioridad al trámite secretarial a través del cual se remitieron las respectivas notificaciones, esto es, el 30 de octubre de 2017, mientras que el escrito fue radicado el 1º de noviembre de la misma anualidad, por lo que ese cargo se constituye en un hecho nuevo, desconocido por los demandados y terceros intervinientes, quienes no tuvieron oportunidad de pronunciarse respecto del mismo.

Aceptar su análisis implica desconocer el derecho de defensa y contradicción del que gozan las partes al interior de un proceso, y por lo tanto, esta Sala se abstendrá de pronunciarse respecto del mismo.

Por otro lado, y con el fin de establecer si en efecto se incurrió en el defecto alegado en el escrito de tutela, en relación con el desconocimiento de la sentencia T 564 de 2015, la Sala debe referirse de manera sucinta a lo que ha definido como “precedente” éste, entendido como *ratio* de la decisión o la regla o subregla que



permite definir o resolver al juez el asunto sometido a su discernimiento; es la razón que ella contiene o define la argumentación jurídica del asunto que, como tal, sólo puede ser establecido por las Altas Cortes u órganos de cierre de cada jurisdicción.

En consecuencia, esta Sala anuncia que, comoquiera que la sentencia que se alega como desconocida en el escrito de tutela, hace referencia a una proferida en sede de tutela por una Sala de Revisión, no se puede predicar respecto de ésta la configuración del defecto alegado, pues se recuerda que este tipo de decisiones, no constituyen precedente, en tanto no son dictadas por la Sala Plena de la Corte Constitucional como órgano de cierre de esa jurisdicción, de manera que sólo son criterios auxiliares.

De conformidad con lo expuesto en precedencia, la Sala confirmará la sentencia de 13 de diciembre de 2017, por medio de la cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó las pretensiones de la acción de tutela, toda vez que no se encontró configurado el reproche alegado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA propuesta por la Fiduciaria La Previsora S.A.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de 13 de diciembre de 2017, por medio de la cual el Consejo de Estado Sección Cuarta, negó la tutela interpuesta por los señores José Harold Rizo Millán, Gisella Rizo Millán, Lucy Rizo Millán, Martín Rizo Millán, María del Carmen Rizo Millán y Udency Rizo Millán, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

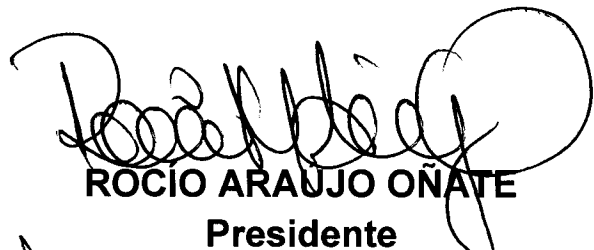


TERCERO: Por Secretaría General Desglosar el memorial obrante a folios 90 a 100 del expediente y remitirlos al proceso identificado con el número de radicado 11001-03-15-000-2017-02694-00.

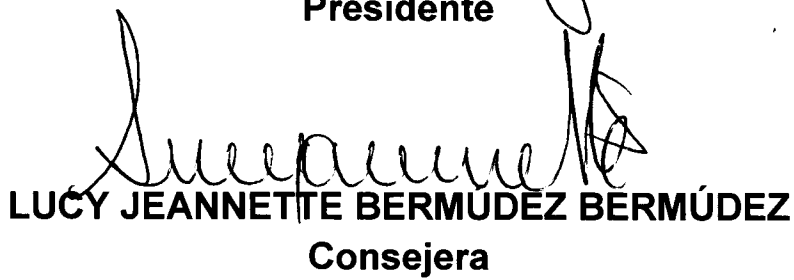
CUARTO: NOTIFICAR a las partes y los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE




ROCÍO ARAUJO OÑATE
Presidente



LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera



CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero



ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

