



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

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001031500020180121400

Actor: ANA JULIA BERNAL DE LÓPEZ

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA -
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "E"**

Asunto: Acción de Tutela – Fallo de primera instancia

Procede la Sala a decidir la solicitud formulada por la señora Ana Julia Bernal de López, en ejercicio de la acción de tutela consagrada en la Constitución Política, artículo 86 y desarrollada en los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

La señora Ana Julia Bernal de López, en nombre propio, promovió acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección "E" a fin de que se protegiera sus derechos al debido proceso, a la doble instancia y la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal.

Consideró vulnerados tales derechos por esa autoridad judicial con ocasión de la providencia dictada el 22 de febrero de 2018, por medio de la cual revocó la proferida el 24 de abril de 2017 por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Facatativá, que se había inhibido de fallar por cuanto declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda para, en su lugar, negar sus pretensiones.

2. Hechos

La Sala sintetiza los supuestos fácticos de la demanda, así:



- La señora Ana Julia Bernal de López demandó en nulidad y restablecimiento del derecho a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Fuerza Aérea Colombiana para que: i) se anulara de la Resolución No. 2535 de 18 de agosto de 2009 que reconoció la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Nohora Proaños Gutiérrez a causa del fallecimiento del Técnico Jefe de Comando de la Fuerza Aérea Israel López Bernal en calidad de esposa; y ii) se le reconociera el 50 % de dicha prestación por ser madre dependiente del causante.
- El Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Facatativá, mediante sentencia de 24 de abril de 2017 se inhibió de fallar el asunto por cuanto declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda con fundamento en que la actora únicamente dirigió la demanda contra la Resolución No. 2535 de 18 de agosto de 2009, mediante la cual la entidad reconoció el derecho a favor de la esposa del causante, pero omitió acusar el Oficio No. OFI116953 del 1 de febrero de 2011, siendo este último el que en realidad definió su situación particular, en la medida que fue el que le negó a la accionante su solicitud prestacional.
- Contra la anterior decisión la parte demandante presentó recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, en sentencia de 22 de febrero de 2018, con la que revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones por cuanto consideró que a la demandante no le asistía el derecho pensional reclamado toda vez que a pesar de demostrar que era la madre del causante, no acreditó la dependencia económica que exige el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.

3. Fundamentos de la solicitud

La actora argumenta que la autoridad judicial accionada desconoció su debido proceso por cuanto su proceso solo tuvo una instancia, pues a su juicio, el hecho de que el juez de primer grado se hubiese inhibido, significa que no conoció el asunto, y



por ello, el Tribunal debió revocar dicha decisión y devolver el expediente para que el Juzgado resolviera de fondo la primera instancia, pronunciándose sobre su derecho y así no se le cercenara la posibilidad de apelar esa decisión en caso de ser negativa de sus pretensiones.

En ese orden concluyó que se desconoció su derecho al debido proceso, y se transgredió el principio de la no *reformatio in pejus*, en consideración a que su apelación se dirigía a que se le ordenara al Juzgado que resolviera de fondo el asunto y no a que el juez de segunda instancia se pronunciara sobre el derecho reclamado “agravando su situación”.

4. Pretensiones

La parte actora solicitó:

“Revocar la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección 2 (sic), para en su lugar enviar el proceso al señor Juez 3 Administrativo de Descongestión de Cundinamarca de Facatativá, para efectos de que se pronuncie de fondo sobre la demanda interpuesta”.

5. Trámite de la solicitud

Por medio de auto de 24 de abril de 2018, el Consejero Ponente de esta providencia admitió la presente acción y ordenó notificar a la autoridad judicial demandada, y ordenó la vinculación del Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Facatativá y a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Fuerza Aérea Colombiana, como terceros interesados en el resultado del proceso.

6. Contestaciones

La Magistrada del Tribunal accionado, que fungió como ponente de la decisión cuestionada en sede de tutela, contestó la petición de amparo en el sentido de solicitar que se niegue el amparo constitucional.



En su escrito realizó un recuento de los hechos que dieron lugar a la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, así como se refirió a las razones por las cuales negó las pretensiones de la actora, reiterando que no asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada pues de conformidad con las normas aplicables y las pruebas allegadas, le era exigible acreditar la dependencia económica del causante, y no lo hizo.

Agregó que la actora, si bien no argumenta la existencia de algún defecto en contra de la providencia dictada por el Tribunal, lo cierto es que se puede enmarcar en una violación directa de la Constitución por desconocimiento del derecho al debido al no garantizar la doble instancia y transgredir el principio de la *no reformatio in pejus*.

En ese orden de ideas, argumentó que dichas garantías no fueron desconocidas en el caso concreto, pues en efecto su proceso tuvo 2 etapas, la primera surtida ante el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Facatativá, quien profirió la sentencia de 24 de abril de 2017, y la segunda, que culminó con la decisión que ahora censura, pues ésta se profirió en el trámite, precisamente de la segunda instancia, providencia que consideró todos sus argumentos de apelación para concluir que no estaba probada la excepción de inepta demanda.

Ahora bien, respecto a la supuesta obligación del Tribunal de devolver el expediente al Juzgado para que fallara de fondo el asunto, resaltó que de conformidad con la normativa vigente, para garantizar su derecho de acceso a la administración de justicia, su deber era justamente dictar sentencia estimatoria o no de sus pretensiones y ello no comporta el irrespeto por ninguna garantía procesal, toda vez que con ello se brinda una justicia eficiente y efectiva.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia



La Sala es competente para conocer en primera instancia la presente acción de tutela, en atención a lo consagrado por los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015 modificado por el Decreto 1983 de 2017.

2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala determinar si con la providencia de segunda instancia dictada el 22 de febrero de 2018 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “E”, se transgredieron los derechos al debido proceso, a la doble instancia y a la *no reformatio in pejus* de la actora, en consideración a que, a juicio de ésta, al revocar la decisión de primer grado que se inhibió para fallar, no debió pronunciarse sobre el fondo del asunto, sino que debió devolver el expediente al juez de primera instancia para que fuera éste el que decidiera sobre su derecho.

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.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

Esta Sección, mayoritariamente¹, 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.

¹ 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.



Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012² **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 tema³.

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 judiciales⁴.

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 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.”⁵ (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,

² 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.

³ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

⁴ 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.

⁵ 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.



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 2014⁶, 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 amplia⁷ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, no ha distinguido con claridad 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-.

⁶ 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.

⁷ 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.



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.

4. Análisis sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva

Al aplicar los presupuestos conceptuales anotados al caso objeto de estudio, es imperioso concluir que no existe reparo alguno en cuanto hace referencia al juicio de procedibilidad, toda vez que **no se trata de una tutela contra decisión de tutela**, pues las providencia que se censura corresponde a una sentencia dictada en el marco de un proceso de reparación directa.

Ahora bien, tampoco existe reproche alguno en cuanto hace referencia al juicio de procedibilidad en relación con el acatamiento del requisito de **inmediatez**, toda vez que la providencia que se acusa como vulneradora de derechos



fundamentales fue proferida el 22 de febrero de 2018 y aunque no se cuenta con la fecha de notificación de dicha sentencia para determinar su ejecutoria, se advierte que desde su expedición y la interposición de la solicitud de amparo constitucional, esto es, el 19 de abril de 2018, ha transcurrido un término razonable.

Por otra parte, en consideración a la **subsidiariedad**, es importante precisar que frente al argumento según el cual la providencia cuestionada desconoció el derecho de la *no reformatio in pejus* la acción de tutela resulta improcedente, toda vez que ello lo puede alegar a través del recurso extraordinario de revisión por la causal de nulidad originada en la sentencia.

Sobre el particular, se reitera el criterio expuesto en otras ocasiones⁸, pues de conformidad con los argumentos desarrollados, la violación al principio de congruencia y de la *no reformatio in pejus*, es una de las causales de nulidad originada en la sentencia, por lo que contra ella procede el recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 248 de la Ley 1437 de 2011, específicamente por la causal contenida en el numeral 5° del artículo 250 *ejusdem*,⁹ postura que señaló que cuando se alega que el juez actuó por fuera de la *causa petendi*, es decir, sin competencia, procede el recurso extraordinario de revisión.

Al respecto la Corte Constitucional ha establecido que “(...) el recurso extraordinario de revisión constituye un instrumento viable para proteger el derecho al debido proceso, siendo la instancia propicia para que se examine la pretensión de la parte actora, por lo que no corresponde a esta Corporación decidir si prosperaría o no la pretensión de quien instaura la tutela, porque se entraría al estudio del fondo de lo alegado, lo cual escapa a la competencia de la Corte Constitucional (...)”.¹⁰

⁸ Consejo de Estado, Sentencia del 21 de julio de 2016. Consejera Ponente. Rocío Araújo Oñate. Rad. 11001-03-15-000-2015-03373-01; Sentencia del 14 de mayo de 2015. Consejero Ponente Alberto Yepes Barreiro. Rad. 11001-03-15-000-2014-02791-00.

⁹ Artículo 250, numeral 5: “Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación”.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-291 del 21 de mayo de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Que representa criterio auxiliar para la Sala.



En este orden de ideas, por lo expuesto anteriormente, se advierte que la solicitud de tutela, respecto del argumento relativo a la *no reformatio in pejus* es improcedentes, teniendo en cuenta que la misma no superó el requisito de subsidiariedad, pues la actora tiene la posibilidad de acudir al recurso extraordinario de revisión previsto en los artículos 248 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 para alegar el cargo referido que plantea en el marco de esta acción constitucional.

Por otra parte, respecto del desconocimiento del derecho al debido proceso, por desconocer el derecho a la doble instancia, es evidente el agotamiento de los recursos ordinarios, toda vez que contra las decisión cuestionada no son procedentes los recursos extraordinarios de revisión (arts. 248-255 del CAPACA) y de unificación de jurisprudencia (arts. 256-268 de la Ley 1437 de 2011).

Así las cosas, la Sala declarará improcedente la solicitud de amparo, en relación con el cargo referido a la *no reformatio in pejus*, y por otro lado, al concurrir los requisitos de procedibilidad adjetiva, respecto al argumento relacionado con la garantía de la doble instancia, concierne a la Sala abordar el estudio del asunto planteado de fondo.

5. Caso concreto.

En el *sub lite*, la accionante argumenta que la autoridad judicial accionada desconoció su debido proceso por cuanto su proceso solo tuvo una instancia, pues a su juicio, el hecho de que el juez de primer grado se hubiese inhibido, significa que no conoció el asunto, y por ello, el Tribunal debió revocar dicha decisión y devolver el expediente para que el Juzgado resolviera de fondo la primera instancia, como se le solicitó en la apelación.

Lo primero que debe señalar esta Sala es que la solicitud de amparo, a pesar de dirigirse contra una providencia judicial, carece de suficientes argumentos para considerar que se configuró algún defecto; no obstante, esta Sección entenderá que lo expuesto como reproche se encuadra en un defecto de



violación directa de la Constitución, como lo consideró en su contestación el Tribunal accionado.

Lo segundo que advierte la Sección, es que al interior del Consejo de Estado no hay una posición unificada sobre la manera como el juez de segunda instancia debe actuar cuando conoce la apelación de una sentencia inhibitoria que resuelve revocar, pues si bien por regla general las Salas han optado por resolver de fondo el asunto en segunda instancia, también hay algunas que actúan como lo pretende la parte actora.

En ese orden de ideas, **comoquiera que no existe una posición pacífica y unificada al respecto, no puede considerarse que el Tribunal accionado incurrió en defecto alguno**, entre otras razones, porque la Sección Segunda de esa corporación siempre ha optado por esa alternativa, en el margen de su autonomía judicial, y en aplicación del principio de celeridad y economía procesal, lo cual esta Sala no considera caprichoso o irrazonable.

En conclusión, para esta Sala es claro que lo que la actora pretende en sede constitucional, es revivir el debate resuelto por el juez natural, como si se tratara de una tercera instancia, desconociendo que el juez de tutela debe respetar la autonomía del primero, sin imponer su criterio, salvo que encuentre configurado un defecto que lo obligue a intervenir, situación que no se advierte en el caso concreto.

Por lo expuesto, esta Sala negará el amparo solicitado, en relación con este cargo.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la solicitud de amparo respecto del cargo relacionado con el desconocimiento del



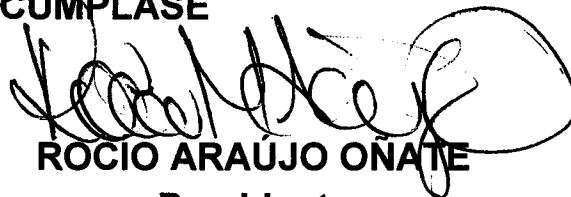
derecho a la no reformatio in pejus, por no cumplir con el requisito de la subsidiariedad.

SEGUNDO: NEGAR la acción de tutela promovida por la señora Ana Julia Bernal de López contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “E”.

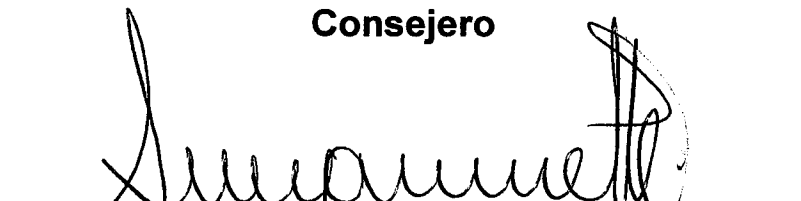
TERCERO: NOTIFICAR a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

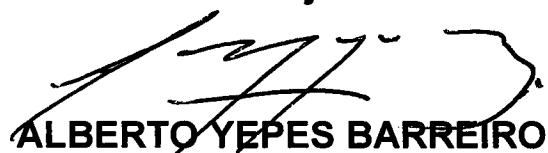
CUARTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ROCIO ARAÚJO ONATE
Presidente


CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero


LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera


ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

