

Sentencia T-023/12

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos especiales de procedibilidad

DEFECTO SUSTANTIVO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONCILIACION PREJUDICIAL EN LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Es de resaltar que el instituto de la conciliación judicial y extrajudicial, en especial como requisito de procedibilidad, han sido objeto de diversos pronunciamientos constitucionales y, en ellos, esta Corporación ha concluido que la conciliación, como requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en particular, respecto de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, no contraría la Constitución siempre y cuando en su configuración concreta se garantice el derecho de acceso a la administración de justicia

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Características

La Sala de lo Contencioso Administrativo ha concluido que la nulidad y restablecimiento del derecho es una acción de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, a través de la cual la persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, como efecto de la vigencia de un acto administrativo viciado de nulidad, puede solicitar que se declare la nulidad del mismo y que, como consecuencia, se le restablezca su derecho o se repare el daño.

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado aclaró que, a partir de la expedición de la Ley 1285 de 2009, para interponer las demandas de reparación directa, contractuales y de nulidad y restablecimiento del derecho, se debe allegar constancia que acredite el inicio del trámite de la conciliación extrajudicial y la celebración de la audiencia respectiva. En caso contrario, su inobservancia y/o falta de subsanación genera la inadmisión de la demanda (inicialmente, generaba el rechazo de la misma), dado que es un requisito de procedibilidad

Por regla general, son materia de conciliación aquellos derechos transables que tengan el carácter de “inciertos y discutibles”. Empero, la posición de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en cuanto a la exigibilidad del requisito de la conciliación prejudicial, es que cada caso concreto debe ser analizado atendiendo la calidad de los derechos reclamados (naturaleza económica y cuantificable) y la posibilidad de su debate en el escenario conciliatorio. Puntualmente, mediante sentencia de unificación 11001031500020090132801 del 31 de julio de 2012, la Sala Plena de la referida Corporación, unificó la jurisprudencia contradictoria de algunas de sus salas en relación con la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en el sentido de que “estando de por medio derechos de carácter laboral, que algunos tienen la condición de irrenunciables e indiscutibles y otros de inciertos y discutibles, en cada caso en particular debe analizarse el publicitado requisito de procedibilidad, pues el mismo no siempre resulta obligatorio. Inicialmente, de acuerdo con una interpretación sistemática de las normas aplicables y de la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Sala considera necesario precisar que, para el caso de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, son conciliables los aspectos de contenido económico que suelen contener los actos administrativos. Es decir, aquellos asuntos que envuelven la existencia de un derecho subjetivo en cabeza de las partes actoras, derechos de naturaleza económica y, en consecuencia, susceptibles de transacción, desistimiento y allanamiento. Así como, los asuntos que versen sobre actos administrativos que se refieran a derechos de carácter laboral inciertos y discutibles.

CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA- Aplicación de la Ley 1285 de 2009

Para este Tribunal Constitucional es indudable que la figura de la conciliación prejudicial en

materia contencioso administrativa (particularmente, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho), por ser un requisito de procedibilidad de relativa reciente implementación, ha generado problemas en torno al acceso a la administración de justicia, en vista de la dificultad que ha ofrecido determinar los asuntos materia de conciliación. De la lectura de la Ley 1285 de 2009 se advierte que la conciliación extrajudicial fue consagrada como requisito de procedibilidad para el ejercicio de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, entre otras, y que únicamente se exige cuando el asunto, que se pretende controvertir en sede jurisdiccional, tenga el carácter de “conciliable”. Sin embargo, la norma citada no señaló las pautas o criterios que le permitieran al juez identificar la naturaleza de los asuntos que eventualmente pueden someterse al trámite de la conciliación extrajudicial. Puntualizando, la Ley 1285 de 2009 estableció como regla general la conciliación prejudicial en materia contencioso administrativa como requisito de procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, lo reglamentado en el referido decreto significa que no en todos los asuntos susceptibles de ser discutidos jurisdiccionalmente mediante la precitada acción, es procedente el cumplimiento obligatorio de dicho requisito. Es así como de la anterior transcripción del texto normativo se observa que no son susceptibles de conciliación extrajudicial (i) los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario, (ii) los que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, (iii) aquellos en los cuales la correspondiente acción haya caducado; así como, (iv) los asuntos que versen sobre actos administrativos que se refieran a derechos de carácter laboral ciertos e indiscutibles y a derechos mínimo e intransigibles, en cumplimiento del mandato del artículo 53 Superior y de la referida sentencia de unificación del Consejo de Estado. En otras palabras, en estos casos señalados no se exige el agotamiento del referido requisito de procedibilidad. Adicionalmente, se presentó un periodo confuso en el que se aplicó la ley sin reglamentación, por lo que la Sección Segunda del Consejo de Estado señaló que, solo a partir de la fecha de promulgación del Decreto Reglamentario 1716 de 2009 (14 de mayo de 2009), el requisito de conciliación prejudicial previsto en la Ley 1285 de 2009 es exigible

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA POR MEDIO DE ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial/REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE CONCILIACION PREJUDICIAL PARA LAS ACCIONES DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Caso en que los actos demandados son de contenido económico y laboral

A juicio de la Sala Cuarta de Revisión, el asunto bajo examen y sometido al trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sí era susceptible de conciliación. Es cierto, como lo plantea la apoderada de la sociedad tutelante, que la legalidad de un acto administrativo no puede ser transado bajo ningún motivo, por cuanto dicha materia además de comprometer el interés público de la legalidad, ha sido reservada al juez de lo contencioso administrativo; empero, siendo un acto de contenido patrimonial y que versa sobre asuntos laborales inciertos y discutibles, debió intentarse un acuerdo entre las partes. En consecuencia, no puede indicarse que por discutirse la legalidad del acto administrativo no puede acudir a la conciliación de sus efectos patrimoniales, como parece entenderlo la parte actora, porque en todo caso, siempre será un móvil para iniciar el contencioso subjetivo, la ilegalidad del acto de la administración. Indiscutiblemente, la legalidad de un acto administrativo que impone una sanción pecuniaria es de contenido económico y, por ende, conciliable. Así las cosas, estima la Sala que los actos administrativos acusados son de contenido económico y laboral y que, si bien es cierto que el concepto de violación se funda en la transgresión del debido proceso, también lo es que los efectos de los actos acusados son cuantificables económicamente y era posible conciliar sus efectos económicos (sanción pecuniaria). Adicionalmente, entendiendo que el requisito de conciliación prejudicial previsto en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 es exigible a partir de la fecha de promulgación del Decreto Reglamentario 1716 de 2009 (14 de mayo de 2009), en el caso presente, es claro que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho fue instaurada después de la expedición del referido decreto, pues de la lectura del expediente se evidencia que aquella fue presentada el 26 de febrero de 2010. Lo anterior, permite concluir a la Sala que las decisiones de las autoridades judiciales al exigir el cumplimiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad fue ajustada a derecho. Por lo expuesto, esta Sala de Revisión considera que, acorde con la jurisprudencia constitucional, en este expediente no se cumple con la causal específica de procedibilidad de defecto sustantivo en las providencias judiciales acusadas, lo que necesariamente lleva a concluir que no es procedente el amparo constitucional.

REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE CONCILIACION PREJUDICIAL PARA LAS ACCIONES DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Caso en que la demanda fue presentada antes de la expedición del Decreto 1716/09 y el requisito no era exigible

De una parte, es necesario recordar que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha señalado que solo a partir de la fecha de promulgación del Decreto Reglamentario 1716 de 2009 (14 de mayo de 2009) es exigible el requisito de conciliación prejudicial previsto en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009. En el caso presente, es claro que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho fue instaurada antes de la expedición del referido decreto, pues de la lectura del expediente se infiere que aquella fue presentada el 3 de febrero de 2009. En consecuencia, les correspondía a las autoridades judiciales acatar el precedente y, por lo tanto, al apartarse, vulneraron derechos fundamentales de la sociedad actora. En efecto, se observa que el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca manifestaron que los asuntos de carácter tributario, entre otros, están excluidos del requisito de conciliación y, que en el presente caso, se trata del decomiso de mercancías, situación que no obedece a un conflicto de carácter tributario (tributo, impuesto, tasa, contribución), sino que representa una sanción que se materializa con la sustracción de dichos bienes por el incumplimiento de los trámites ante las autoridades aduaneras. Al respecto, la Sala Cuarta de Revisión destaca la posición de la Sección Primera del Consejo de Estado, en cuanto a que cuando las resoluciones acusadas hacen referencia a la definición de la situación jurídica de una mercancía aprehendida, por medio del decomiso de la misma, la parte actora no se encuentra obligada a intentar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad con la entidad a la que pretendía demandar. En este orden de ideas y bajo una interpretación sistemática de las normas citadas, necesariamente se debe concluir que no se requiere agotar el presupuesto de procedibilidad de la conciliación extrajudicial de la demanda presentada por la empresa R FRANCO AMÉRICA S.A., por dos razones: (i) por tratarse del decomiso de una mercancía aduanera, que corresponde a la definición de la situación jurídica de la mercancía, asunto que, como quedó visto, no es conciliable y (ii) por no ser exigible la conciliación como requisito de procedibilidad debido a que la demanda se presentó antes de la expedición del decreto reglamentario (precedente jurisprudencial). Por lo tanto, esta Sala concluye que la solicitud de amparo debe considerarse procedente, en razón de la concurrencia del defecto sustantivo en la providencia atacada que hace que la misma sea incompatible con preceptos constitucionales. Por lo expuesto, esta Sala de Revisión considera que, acorde con la jurisprudencia constitucional, en este expediente se cumple con la causal específica de procedibilidad de defecto sustantivo en las providencias judiciales acusadas, lo que necesariamente lleva a concluir que es procedente el amparo constitucional

Referencia:

Expedientes T-3.191.215 y T-3.191.476 (Acumulados)

Demandantes:

FULL PROTECTION LTDA

R FRANCO AMÉRICA S.A.

Demandados:

Tribunal Administrativo del Magdalena y el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta.

Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca y el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Bogotá

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

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

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de los fallos proferidos por el Consejo de Estado -Sección Cuarta- que confirmaron los dictados por el Consejo de Estado -Sección Segunda- dentro de los expedientes T-3.191.215 y T-3.191.476.

I. ACUMULACIÓN DE EXPEDIENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección número Nueve de esta Corporación, mediante

Auto del 16 de septiembre de 2011, escogió para revisión los expedientes T-3.191.215 y T-3.191.476, los cuales fueron acumulados entre sí, y repartidos a la Sala de Revisión Número Cuatro para ser decididos en una sola sentencia.

II. ANTECEDENTES

Previamente, debe iniciarse por precisar que, a pesar de que los asuntos bajo estudio en el presente juicio, fueron expuestos mediante acciones independientes y provienen de dos personas jurídicas diferentes, estos coinciden en la solicitud de amparo al debido proceso y acceso a la administración de justicia y en la situación de que, en sede de instancia de tutela, las Secciones Segunda y Cuarta del Consejo de Estado denegaron las acciones de tutela instauradas contra las autoridades judiciales que rechazaron sus demandas de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por no cumplir con el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial; razón por la cual esta Sala de Revisión procederá a realizar el recuento sobre los hechos, diferenciando ulteriormente algunos elementos propios de cada caso, de ser ello necesario.

1.- Identificación de los asuntos objeto de revisión

A continuación, se ponen de presente tanto el número de radicación de las acciones de tutela que fueron acumuladas por la Sala de Selección número Nueve, como el nombre de los tutelantes, la identificación de las respectivas autoridades judiciales demandadas y de los jueces de instancia de tutela:

Expediente

Accionante

Autoridades Judiciales Demandadas

Juez Constitucional en 1ª Instancia

Juez Constitucional en 2ª Instancia

T-3.191.215

FULL PROTECTION LTDA

Tribunal Administrativo

del Magdalena y

Juzgado Quinto Administrativo

del Circuito de Santa Marta.

CONSEJO

DE ESTADO

Sección Segunda Subsección A

CONSEJO

DE ESTADO

Sección

Cuarta

T-3.191.476

R FRANCO AMÉRICA S.A.

Tribunal Administrativo

de Cundinamarca y

Juzgado Segundo Administrativo

del Circuito de Bogotá

La restante información concerniente al sentido de las decisiones proferidas en primera y segunda instancia, la postura medular de las autoridades judiciales demandadas frente a la controversia y la indicación de algunas observaciones particulares relevantes en cada caso, aparece especificada en el acápite subsiguiente de esta sentencia.

Según se ilustra en las demandas, los apoderados de las empresas accionantes acudieron a la acción de tutela en procura de obtener la protección de sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, al derecho a la defensa y a la igualdad que, según afirman, han sido quebrantados por las autoridades judiciales, relacionadas previamente, al rechazar sus demandas de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por no cumplir con el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, previsto en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.

La situación fáctica a partir de la cual se fundamenta la invocación del amparo estatuido en el artículo 86 Superior, es la que seguidamente se expone:

3.- Reseña fáctica de las acciones de tutela

En este apartado se exponen los elementos fácticos que originaron la presentación de cada una de las acciones de tutela, que han sido objeto de acumulación en este proceso, de conformidad con los elementos probatorios allegados por las partes.

3.1. Expediente T-3.191.215

3.1.1. Se advierten como hechos relevantes los siguientes:

El 27 de junio de 2005, el señor Alfredo Lozano Ramírez, empleado de la empresa FULL PROTECTION LTDA, perdió la vida en un presunto accidente de trabajo. Como consecuencia de la investigación iniciada, el Ministerio de la Protección Social, mediante la Resolución No. 398 del 19 de agosto de 2008, sancionó a la empresa porque “no cumple con lo establecido con las normas en materia de salud ocupacional”. Contra esta decisión se interpuso el recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación.

El recurso de reposición fue resuelto mediante Resolución No. 466 del 24 de septiembre de 2008, en el sentido de confirmar la decisión recurrida. El recurso de apelación fue desatado mediante Resolución No. 4963 del 10 de diciembre de 2009, en el mismo sentido.

El 26 de febrero de 2010, la empresa accionante instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho con la pretensión de que se ordene (i) la nulidad de las resoluciones sancionatorias referidas, (ii) como consecuencia de lo anterior, solicita el restablecimiento del derecho y que se ordene el fin del proceso de cobro coactivo (si lo

hubiere iniciado) y (iii) el pago en costas y honorarios.

La apoderada presentó dos escritos (mayo 21 y junio 4 de 2010) en los que solicitó al despacho que se pronunciara sobre la admisibilidad de la demanda. El juez guardó silencio en ambas ocasiones.

Solo hasta el 9 de junio de 2010² el juzgado administrativo inadmitió la demanda, ordenando (i) indicar la cuantía del proceso y (ii) acreditar prueba de haber agotado el requisito de la conciliación extrajudicial.

El 21 de junio de 2010, el accionante subsanó la demanda para lo cual señaló la cuantía del proceso y respecto al requisito de la conciliación indicó que: “el asunto debatido NO ERA CONCILIABLE porque se trataba de un cargo de violación al debido proceso” y que por la naturaleza fundamental del derecho al debido proceso, este era “INDISCUTIBLE y NO ADMITÍA CONCILIACIÓN”. Sin embargo, la empresa solicitó audiencia de conciliación ante el Ministerio Público de Santa Marta, la cual fue rechazada por cuanto la acción ya había caducado a la fecha de inadmisión de la demanda.

Mediante auto del 7 de julio de 2010, el Juzgado Quinto Administrativo de Santa Marta rechazó la demanda al considerar que no se subsanó dentro del término indicado. Decisión confirmada por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante providencia del 13 de septiembre de 2010.

Los operadores judiciales comparten la tesis en cuanto a que todo conflicto emanado de un acto administrativo y del cual se desprende un contenido patrimonial debe ser sometido en forma previa al requisito de conciliación prejudicial.

3.1.2. Teniendo como fondo el escenario descrito en precedencia, el apoderado de la empresa demandante destaca que el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 al establecer el requisito de la conciliación extrajudicial, en derecho, buscó que los particulares tuvieran la alternativa de poder solucionar sus conflictos con el Estado de forma directa y rápida y así poder evitar las instancias judiciales. Además, la norma referida señala expresamente que la conciliación es exigible cuando se trate de un “asunto conciliable”, condición que no concurría en el asunto expuesto pues el cargo alegado era la violación al debido proceso, el cual, a su juicio, no es susceptible de transacción.

Afirma que las partes no estaban en posición jurídica de conciliar, toda vez que al considerar que había violación al debido proceso, la única alternativa posible para llegar a un acuerdo, a su parecer, era que el ministerio anulara o revocara las resoluciones que le impusieron la multa. Situación jurídicamente improcedente, toda vez que los actos administrativos referidos se encontraban en firme, al haber agotado la correspondiente vía gubernativa.

De otra parte, destaca la apoderada que la demanda se presentó cuando todavía faltaban dos (2) meses para que operara la caducidad de la acción y que el juzgado se pronunció sobre su inadmisión cuando habían transcurrido más de tres (3) meses desde su presentación, afectando así su derecho al acceso a la administración de justicia.

3.2. Expediente T-3.191.476

3.2.1. Se advierten como hechos relevantes los siguientes:

Mediante la Resolución No. 003-072-193-601 001178 del 2 de octubre de 2008, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- confirmó el decomiso de una mercancía³, de propiedad de la sociedad R FRANCO AMÉRICA S.A., ordenado mediante la Resolución No. 003-070-213-636 1001799 del 13 de mayo de 2008.

El 3 de febrero de 2009, la empresa accionante instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho con la pretensión de que se declare (i) la nulidad de la resolución que ordenó y la que posteriormente confirmó el decomiso citado, (ii) como consecuencia de lo anterior, solicita el restablecimiento del derecho y que se exonere a la empresa de lo establecido en aquellas y la devolución de la mercancía decomisada y (iii) el pago en costas y honorarios.

El juzgado administrativo inadmitió la demanda, mediante auto notificado el 8 de mayo de 2009, y ordenó acreditar prueba de haber agotado el requisito de la conciliación extrajudicial.

El accionante interpuso recurso de reposición señalando que el objeto de la demanda es el decomiso de 44 maquinas tragazonas, "el cual no es un tema conciliable". El recurso fue resuelto negativamente, el 28 de septiembre de 2009, considerando que el decomiso de una mercancía no es un conflicto de carácter tributario, sino que es una sanción que se materializa con la sustracción de dichos bienes por el incumplimiento de trámites aduaneros.

En consecuencia, mediante auto del 9 de noviembre de 2009, el Juzgado Segundo Administrativo de Bogotá rechazó la demanda al considerar que no se subsanó dentro del término indicado. Decisión confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia del 12 de agosto de 2010. El ad quem expone que la conciliación prejudicial es un requisito de procedibilidad y que, además, el caso en estudio no se trata de ninguna de las excepciones previstas en el artículo 2º del Decreto 1716 de 2009.

3.2.2. En este orden de ideas, el apoderado de la empresa demandante destaca que el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 señala expresamente que la conciliación es exigible cuando se trate de un “asunto conciliable”, condición que no concurría en el asunto expuesto, pues los funcionarios de la administración no tienen la facultad dispositiva para decidir, ni conciliar sobre el decomiso de mercancías, por lo que no podía ser exigida la conciliación como requisito de procedibilidad.

Afirma que “no se le puede dar a una persona o autoridad administrativa la facultad de conciliar sobre este tipo de temas. Además lo debatible en el presente proceso es la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales se decomisaron las mercancías, lo que requiere de un pronunciamiento de fondo que sea precedido por un análisis jurídico acucioso en el cual se estudien cada uno de los hechos y argumentos expuestos, los medios probatorios, así como, los fundamentos normativos que respalden la decisión adoptada”.

4.- Pretensiones

Los apoderados de las sociedades accionantes solicitan el amparo de los derechos fundamentales que estiman conculcados, en razón del sentido y alcance equivocado, en su criterio, de lo contemplado en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 (defecto sustantivo⁴). Toda vez que las autoridades judiciales les exigieron cumplir con el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial para poder iniciar las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho por ellos presentadas, siendo que no se encontraban persiguiendo el efecto patrimonial de los actos administrativos atacados, sino la transgresión al debido proceso en la elaboración de los mismos, situación que califican como un “asunto no conciliable”.

4.1. Expediente T-3.191.215

4.2. Expediente T-3.191.476

El apoderado de la sociedad R FRANCO AMÉRICA S.A., mediante acción de tutela presentada el 2 de diciembre de 2010, solicita que se ordene a las entidades judiciales demandadas admitir la demanda radicada contra el Ministerio de Hacienda UAE y DIAN.

5.- Documentos relevantes cuyas copias acompañan la demanda

5.1. Expediente T-3.191.215 (cuaderno 1)

* Poder especial para la presentación de acción de tutela de FULL PROTECTION LTDA (folio 18).

* Certificado de existencia y representación legal de FULL PROTECTION LTDA (folios 19 al 21).

* Resolución No. 398 de 2008, por medio de la cual la Dirección Territorial del Magdalena del Ministerio de la Protección Social resuelve una investigación administrativa por el presunto accidente de trabajo mortal y sanciona a la empresa FULL PROTECTION LTDA (folios 22 al 26).

* Resolución No. 466 de 2008, por medio de la cual la Dirección Territorial del Magdalena del Ministerio de la Protección Social resuelve un recurso de reposición y confirma la Resolución No. 398 de 2008 (folios 27 al 31).

* Resolución No. 4963 de 2009, por medio de la cual la Dirección General de Riesgos Profesionales del Ministerio de la Protección Social resuelve un recurso de apelación y confirma la sanción pero disminuye su monto (folios 32 al 39).

* Demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación - Ministerio de la Protección Social (folios 40 al 62).

* Memoriales presentados por la apoderada de la empresa FULL PROTECTION LTDA ante el

Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta, recibidos el 21 de mayo y 4 de junio de 2010, solicitando el pronunciamiento sobre la admisión de la demanda interpuesta el 25 de febrero de 2010 (folios 63 y 64).

* Auto inadmisorio del 9 de junio de 2010 proferido por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta (folios 65 al 67).

* Memorial de subsanación de la demanda presentado por la apoderada de la empresa FULL PROTECTION LTDA (folios 68 al 70).

* Auto de rechazo del 7 de julio de 2010 proferido por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta (folios 71 y 72).

* Escrito del recurso de apelación contra el auto de rechazo del 7 de julio de 2010 (folios 73 al 77).

* Providencia del 13 de septiembre de 2010, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Magdalena resuelve el recurso de apelación y confirma el auto de rechazo del 7 de julio de 2010 (folios 78 al 87).

5.2. Expediente T-3.191.476 (cuaderno 1)

* Poder especial para la presentación de acción de tutela de R FRANCO AMÉRICA S.A. (folio 1).

* Certificado de existencia y representación legal de R FRANCO AMÉRICA S.A. (folios 2 al 4).

* Resolución No. 03-072-193-601 de 2008, por medio de la cual la DIAN resuelve el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución No. 03-070-213-636-1-001799 de 2008 (folios 5 al 24).

* Resolución No. 03-070-213-636-1-001799 de 2008, por medio de la cual la DIAN decomisa una mercancía al importador R FRANCO AMÉRICA S.A. (folios 25 al 32).

* Demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - Administración Especial de Aduanas Bogotá (folios 33 al 51).

* Auto inadmisorio del 4 de mayo de 2009 proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá (folio 32).

* Escrito del recurso de reposición contra el auto inadmisorio del 4 de mayo de 2009 (folios 53 al 59).

* Auto de rechazo del 9 de noviembre de 2009 proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá (folio 60).

* Escrito del recurso de apelación contra el auto de rechazo del 9 de noviembre de 2009 (folios 61 al 65).

* Providencia del 12 de agosto de 2010, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resuelve el recurso de apelación y confirma el auto de rechazo del 9 de noviembre de 2009 (folios 66 al 71).

6.- Oposición a la demanda de tutela

6.1. Expediente T-3.191.215

El 18 de enero de 2011, la Sección Segunda -Subsección A- del Consejo de Estado admitió la acción de tutela y ordenó oficiar a las autoridades judiciales accionadas, para que se pronunciaran sobre los fundamentos de la demanda. Se advierte que los magistrados del Tribunal Administrativo del Magdalena guardaron silencio.

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta expone que la actuación surtida en sede judicial no es violatoria de derechos fundamentales, como quiera que para arribar a la decisión de inadmisión y rechazo de la demanda “no se expresaron razones caprichosas de la suscrita, sino que obedeció a lo estrictamente autorizado en la ley y jurisprudencia”, bajo la plena observación del debido proceso.

6.2. Expediente T-3.191.476

El 2 de diciembre de 2010, la Sección Segunda -Subsección A- del Consejo de Estado admitió la acción de tutela y ordenó oficiar a las autoridades judiciales accionadas y a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, para que se pronunciaran sobre los fundamentos de

la demanda.

6.2.1. Tribunal Administrativo de Cundinamarca

El Magistrado Ponente de la providencia atacada, manifestó que confirmó la decisión de rechazo de la demanda, por no agotarse el requisito de procedibilidad de la acción (conciliación prejudicial), con apoyo en las siguientes consideraciones: (i) la Ley 1285 de 2009 estableció de forma imperativa como requisito de procedibilidad para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (entre otras) el adelantamiento del trámite de conciliación prejudicial, cuando el asunto sea conciliable, (ii) su inobservancia trae como consecuencia el rechazo de plano de la demanda, (iii) el asunto debe versar sobre conflictos de carácter particular y contenido económico y (iv) en la demanda presentada se enjuicia un acto económico y de carácter particular pues se trata del decomiso de una mercancía que se traduce en una afectación patrimonial negativa.

Por último, resalta que las decisiones adoptadas en segunda instancia fueron debidamente motivadas, tanto desde el punto de vista fáctico y probatorio como jurídico, y la razón de ser de las mismas se encuentra consignada en dicha providencia.

6.2.2. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN

La apoderada especial de la U.A.E. DIAN, en calidad de tercero interesado, solicita negar o declarar improcedente la acción de tutela por ausencia de vulneración por parte de su representada.

Afirma que las providencias acusadas se encuentran ajustadas al ordenamiento legal tanto en los requisitos formales así como en los requisitos sustanciales, ya que, en virtud de lo dispuesto en la Ley 1285 de 2009, se debió agotar el requisito de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación, previo a la presentación de la demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Señala que en este caso particular relacionado con la definición de la situación jurídica de la mercancía, los actos cuestionados son de carácter particular y contenido económico por el valor aduanero de la mercancía, no por los tributos aduaneros que se deben pagar por efecto de la importación de la misma.

6.2.3. Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá

El Juez Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, se opone a las pretensiones de la demanda y considera improcedente la acción de tutela. Afirma que las decisiones judiciales no fueron arbitrarias o caprichosas, que, por el contrario, se encuentran sustentadas en razones jurídicas basadas en la debida aplicación de la Ley 1285 de 2009. Estima que no existió vulneración al debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia, toda vez que “se respetaron todas las etapas procesales, se le otorgó al actor la debida oportunidad para la interposición de los recursos y se le garantizó el principio de la doble instancia al concedérsele el recurso de apelación”.

III. DECISIONES JUDICIALES

A propósito de la verificación de las determinaciones que fueron adoptadas en cada caso concreto, ha de resaltarse que las decisiones judiciales en los expedientes T-3.191.215 y T-3.191.476 coincidieron en denegar o rechazar la protección constitucional impetrada, utilizando los mismos fundamentos de derecho. En ese orden de ideas, la Sala de Revisión estima conveniente referirse brevemente a ellas.

1.- Primera Instancia

La Sección Segunda -Subsección A- de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, decidió negar la acción de tutela contenida en el expediente T-3.191.2155 y rechazó por improcedente la tutela bajo estudio en el expediente T-3.191.4766, en atención al carácter residual de este mecanismo de protección. Además, coincidió en estimar que los asuntos sometidos a trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho son susceptibles de conciliación por ser actos de naturaleza particular y de contenido económico (actos administrativos que imponen una multa y ordenan un decomiso).

Por último, el operador jurídico concuerda en ambos casos en el criterio de que el juez constitucional no sustituye al de instancia, sino que juzga la validez de la actuación de aquél.

2.- Impugnación

Dentro del término legal concedido para el efecto, los peticionarios recurrieron las decisiones

proferidas en primera instancia, con fundamento en los argumentos a partir de los cuales estructuraron los escritos de tutela relacionados inicialmente.

3.- Segunda Instancia

Como quiera que en ambos casos la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado⁷, fungió como la autoridad judicial que avocó el conocimiento de las causas en sede de segunda instancia, esbozando similares razones de derecho, la Sala resumirá sus argumentos a continuación.

Tras analizar los elementos de juicio obrantes en los expedientes de tutela, el cuerpo colegiado resolvió confirmar los fallos judiciales adoptados, manifestando que no logró advertirse la ocurrencia de vulneración a derechos fundamentales, en razón del contenido económico de las pretensiones buscadas.

IV. CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de las acciones de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto del 16 de septiembre de 2011, proferido por la Sala de Selección de tutelas número Nueve de esta Corporación.

2.- Procedibilidad de la acción de tutela

2.1. Legitimación activa de personas jurídicas

Sea lo primero señalar, que las sociedades FULL PROTECTION LTDA y R FRANCO AMÉRICA S.A., como personas jurídicas, son titulares de derechos fundamentales. Desde los inicios de esta Corporación, interpretando el querer del constituyente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que las personas jurídicas son titulares de algunos derechos fundamentales acorde con su naturaleza, como son los relativos a la igualdad, debido proceso, buen nombre y acceso a la administración de justicia. Ello, teniendo en cuenta que el constituyente de 1991 no hizo ninguna distinción en la expresión del artículo 86 de la Carta cuando señaló,

que “toda persona” podía ser titular de la acción de tutela.

La Corte Constitucional⁸, en consecuencia, reitera que es legítimo solicitar por vía de tutela la protección de los derechos fundamentales de las personas jurídicas, en este caso, FULL PROTECTION LTDA y R FRANCO AMÉRICA S.A., cuando alegan la vulneración de derechos fundamentales tales como la igualdad, debido proceso y acceso a la administración de justicia.

2.2. Legitimación pasiva

Los Tribunales Administrativos del Magdalena y de Cundinamarca, así como, los Juzgados Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta y Segundo Administrativo del Circuito de Bogotá, son autoridades públicas que cumplen la función de administrar justicia y se les atribuye responsabilidad en la violación de los derechos fundamentales aducida por los demandantes. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, están legitimadas, como parte pasiva.

3.- Problema jurídico

De acuerdo con el acontecer fáctico descrito en precedencia, la problemática de índole jurídica por resolver, en sede de revisión, se contrae a la necesidad de establecer si los tribunales y juzgados accionados vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, al derecho a la defensa y a la igualdad, por exigirles el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho presentadas por las empresas accionantes.

Tal panorama conduce a la Sala, indefectiblemente, a examinar si, en efecto, los tribunales y juzgados accionados ajustaron su proceder a la ley y a los criterios y posiciones jurisprudenciales y constitucionales aplicables; es decir, precisar, para cada caso, si los asuntos son de naturaleza conciliable.

Con ese objetivo entonces, se iniciará por (i) reiterar la doctrina de la Corte Constitucional en torno a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, para luego (ii) verificar si en los casos bajo examen, se cumplen con los requisitos generales y específicos de procedibilidad de la misma.

4.- De la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia

4.1. El tema de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales ha sido objeto de un amplio estudio por esta Corporación, por lo que procederá la Sala a reiterar las premisas en que se fundamenta esta posibilidad.⁹

Según se ha expresado en la jurisprudencia de esta Corte, las decisiones judiciales son susceptibles de ser atacadas o controvertidas por vía de la acción de tutela, únicamente, cuando reúna estrictamente los requisitos generales y específicos definidos jurisprudencialmente. Ha expresado esta Corporación que la procedencia de la tutela en esos casos encuentra un claro fundamento en la implementación de un nuevo modelo de justicia constitucional basado, concretamente, (i) en el carácter normativo y supremo de la Carta Política que vincula a todos los poderes públicos -C.P. art. 4°-; (ii) en el reconocimiento de la efectividad y primacía de los derechos fundamentales -C.P..arts..2°.y.85-; (iii) en la existencia de la Corte Constitucional, a quien se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, y dentro de tal función, la de interpretar el alcance de las normas superiores y proteger los derechos fundamentales -C.P. art. 241-; y (iv) en la posibilidad reconocida a toda persona para promover acción de tutela contra cualquier autoridad pública, en defensa de sus derechos fundamentales -C.P. art. 86-10.

4.2. No obstante, ha sido la propia jurisprudencia la que también ha dejado en claro, que la posibilidad de controvertir las providencias judiciales mediante el recurso de amparo constitucional es, en todo caso, de alcance excepcional y restrictivo, en atención a que están de por medio los principios constitucionales de los que se desprende el respeto por la cosa juzgada, la necesidad de preservar la seguridad jurídica, la garantía de la independencia y autonomía de los jueces, y el sometimiento de los conflictos a las competencias ordinarias de estos¹¹.

Comprensión que, desde luego, encuentra particular sustento en la condición supletiva que el artículo 86 Superior le ha atribuido a la acción de tutela, lo que ha llevado justamente a entender que su ejercicio solo sea procedente de manera residual, es decir, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo éstos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable¹².

En tal virtud, a la acción de tutela no puede admitírsele, bajo ningún motivo, como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos en estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten¹³.

4.3. Conforme con lo anterior, la tarea inicial de este Tribunal se orientó, principalmente, por la elaboración y fijación de parámetros a partir de los cuales el operador jurídico pudiera identificar aquellos escenarios en los que la acción de tutela resultara procedente para controvertir los posibles defectos de que puedan adolecer las decisiones judiciales, para con ello determinar si hay o no lugar a la protección, excepcional y restrictiva, de los derechos fundamentales por vía del recurso de amparo constitucional¹⁴.

Y, en efecto, la Corte Constitucional, partiendo de la necesidad de armonizar intereses constitucionales tales como la autonomía de la actividad jurisdiccional del Estado y la seguridad jurídica, junto con la efectiva prevalencia y eficacia de los derechos fundamentales, ha consolidado una doctrina en torno a los eventos y condiciones para disponer sobre su protección, cuando éstos han resultado ilegítimamente afectados con una decisión judicial¹⁵.

4.4. En cuanto a los primeros, también denominados requisitos formales, debe decirse que son aquellos presupuestos cuyo cumplimiento habilitan al juez de tutela para que pueda entrar a evaluar, en el caso concreto, si se ha presentado alguna causa específica de procedibilidad del amparo constitucional contra una decisión judicial. Dicho de otro modo, son condiciones sin las cuales no sería posible abordar el estudio del fallo objeto de reproche. Ellas son:

i. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional a la luz de la protección de los derechos fundamentales de las partes. Exigencia que busca evitar que la acción de tutela se torne en instrumento apto para involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones.

i. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial existentes para dirimir la controversia, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

i. Que la acción de tutela sea interpuesta en un término razonable a partir del momento en que se produjo la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cumpliendo con el denominado requisito de la inmediatez. Lo anterior, con el objeto de preservar los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica.

i. Que si se trata de una irregularidad procesal, ésta tenga un efecto determinante en la sentencia que se impugna y que conculque los derechos fundamentales del actor.

i. Que la parte actora haya advertido tal vulneración de sus derechos fundamentales en el trámite del proceso ordinario, siempre que esto hubiere sido posible.

i. Que no se trate de sentencias proferidas en el trámite de una acción de tutela. De forma tal, que se evite que las controversias relativas a la protección de los derechos fundamentales se prolonguen de forma indefinida.

5.- Cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad

En la línea de las consideraciones plasmadas, encuentra la Sala de Revisión que, con relación a los fallos de tutela objeto de revisión, pueden tenerse como cumplidos los requisitos generales de procedencia establecidos por la jurisprudencia constitucional.

(i) En primer lugar, se observa que ambos casos bajo estudio (T-3.191.215 y T-3.191.476) tienen una evidente relevancia constitucional, toda vez que se trata de una eventual vulneración al derecho fundamental al debido proceso y acceso a la justicia por un fallo judicial.

(ii) Los apoderados de las sociedades FULL PROTECTION LTDA (T-3.191.215) y R FRANCO AMÉRICA S.A. (T-3.191.476), agotaron los recursos ordinarios de vía gubernativa para atacar la legalidad de los actos administrativos. Además, el problema jurídico radica, precisamente, en la imposibilidad jurídica de acceder a los mecanismos ordinarios de defensa (acción de nulidad y restablecimiento del derecho), cuestión iusfundamental alegada en sede de tutela.

(iii) En ambos expedientes se cumple el requisito de la inmediatez. En efecto, en el expediente T-3.191.215, la providencia de segunda instancia dentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo es de fecha 13 de septiembre de 2010 y la tutela fue presentada el 17 de enero de 2011, es decir, cuatro (4) meses después. Así mismo, en el expediente T-3.191.476, el fallo de segunda instancia es del 12 de agosto de 2010 y la acción de amparo fue presentada el 2 de diciembre de 2010, esto es, cuatro (4) meses después. Términos razonables y proporcionales para presentar las acciones de tutela.

(iv) En ninguno de los asuntos bajo estudio por esta Sala, se controvierten irregularidades procesales ni (v) sentencias de tutela.

6.- Requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

Precisado lo anterior y una vez verificado que se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de las acciones de tutela en estudio, corresponde a la Sala determinar si se ha configurado alguna de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

6.1. Superada la observancia de los anteriores supuestos, el juez debe comprobar que se configura por lo menos uno de los requisitos de procedibilidad especiales, o defectos materiales, identificados por la jurisprudencia constitucional y definidos en la misma como las fuentes de vulneración de derechos fundamentales, en razón de la concurrencia de defectos en el fallo atacado que, en virtud de su gravedad, hacen que el mismo sea incompatible con los preceptos constitucionales. En el evento de presentarse al menos uno de ellos en el caso bajo examen, la solicitud de amparo debe considerarse procedente.

Recientemente, la Sala Cuarta de Revisión¹⁶ de esta Corporación tuvo la oportunidad de

citarlos y complementarlos de la siguiente manera:

“Los vicios o defectos materiales, fueron explicados en la Sentencia T-217 de 201017, de la siguiente manera:

a. En un defecto orgánico. El cual se configura cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello. Dicho en otras palabras, tal defecto se estructura en los eventos en que la decisión cuestionada vía tutela, ha sido proferida por un operador jurídico jurídicamente incompetente.

b. En un defecto procedimental absoluto. Que se origina cuando el juez ha actuado completamente al margen del procedimiento establecido, es decir, cuando éste se aparta abiertamente y sin justificación válida, de la normatividad procesal que era aplicable al caso concreto. Sobre este defecto, ha expresado la Corte, que al ignorar completamente el procedimiento determinado por la ley, el juez termina dictando una sentencia contraria a derecho, arbitraria, que vulnera derechos fundamentales. No obstante, también la jurisprudencia ha precisado que para configurar el defecto, el desconocimiento del procedimiento debe atender a los siguientes requisitos: (i) debe ser un error trascendente y manifiesto, que afecte de manera grave el derecho al debido proceso y tenga a su vez una influencia directa en la decisión de fondo adoptada; y (ii) y que la deficiencia no resulte atribuible al afectado.

(...)

c. En un defecto fáctico. Este surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Se estructura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. Según esta Corporación, el fundamento de la intervención del juez de tutela por deficiencias probatorias en el proceso, radica en que, no obstante las amplias facultades discrecionales con que cuenta el juez del proceso para el análisis del material probatorio, éste debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales. En ese contexto, La Corte ha explicado que las deficiencias probatorias pueden generarse como consecuencia de: (i) una omisión judicial, como puede ser la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido, presentándose una insuficiencia probatoria; (ii) o por vía de una acción positiva, como puede

ser la errada interpretación de las pruebas allegadas al proceso, o la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto, presentándose, en el primer caso, un defecto por interpretación errónea, y en el segundo, un defecto por ineptitud e ilegalidad de la prueba.

(...)

d. En un defecto sustantivo o material. Se presenta cuando la decisión judicial adoptada por el juez, desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen, al sustentarse aquella en disposiciones claramente inaplicables al caso concreto. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido, que cuando una decisión judicial se soporta en una norma jurídica manifiestamente equivocada, que la excluye del marco de la juridicidad y de la hermenéutica, aquella pasa a ser una simple manifestación de arbitrariedad, que debe dejarse sin efectos, para lo cual la acción de tutela pasa a ser el mecanismo idóneo y apropiado. Al respecto, ha explicado la Corte que tal situación de arbitrariedad se presenta cuando se aplica: (i) una norma inexistente; (ii) o que ha sido derogada o declarada inexecutable; (iii) o que estando vigente, resulta inconstitucional frente al caso concreto y el funcionario se haya abstenido de aplicar la excepción de inconstitucionalidad; (iv) o que estando vigente y siendo constitucional, la misma es incompatible con la materia objeto de definición judicial.

e. En error inducido o por consecuencia. Tiene lugar, en los casos en que el juez o tribunal ha sido víctima de un engaño por parte de terceros, y ese engaño lo conduce a la adopción de una decisión que afecta derechos fundamentales. En estos eventos, la providencia judicial se soporta en hechos o situaciones en cuya realización participan personas obligadas a colaborar con la administración de justicia -autoridades o particulares-, y cuyo manejo irregular induce en error al funcionario judicial, con grave perjuicio para los derechos fundamentales de alguna de las partes o de terceros.

f. En una decisión sin motivación. Se configura frente al incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que, precisamente, en tal motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional y, por tanto, de las providencias que les competen proferir.

g. En desconocimiento del precedente judicial. Se presenta en aquellos casos en los cuales la

autoridad judicial, a través de sus pronunciamientos, se aparta del precedente jurisprudencial que le resulta aplicable al caso, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación jurídica que justifique tal cambio de jurisprudencia. Ocurre, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. Se presenta igualmente, cuando el juez del proceso ignora el alcance de una ley, fijado por la Corte Constitucional con efectos erga omnes.

h. En violación directa de la Constitución. La misma tiene lugar, entre otros eventos, cuando, amparada en la discrecionalidad interpretativa, la decisión judicial se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados amparados por la Carta Política”. (Negrilla propia del texto)

6.2. En los términos referidos, para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, resulta imprescindible: (i) no solo que se cumplan los requisitos generales de procedibilidad, (ii) sino también, que la decisión cuestionada por vía de tutela, haya incurrido en uno o varios de los defectos o vicios específicos, y, finalmente, (iii) que el defecto sea de tal magnitud que implique una lesión o afectación a derechos fundamentales.

De conformidad con lo dicho, pasa esta Sala a verificar si los hechos que se alegan en las causas presentes, se enmarcan en el test de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales y hacen factible, por consiguiente, la adopción de medidas de protección de los derechos fundamentales invocados.

7.- Causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales:
Defecto sustantivo

Considerando que los apoderados de las empresas peticionarias alegan que las providencias atacadas adolecen del defecto sustantivo, se hará un breve recuento jurisprudencial sobre el mismo.

La Corte, en innumerables pronunciamientos, ha considerado que este tipo de defecto se presenta cuando la decisión que adopta el funcionario judicial desborda el marco de acción,

que la Constitución y la ley le han reconocido, al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto¹⁸.

7.1. Según la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo cuando:

ii. la providencia judicial carece de motivación material o ella es manifiestamente irrazonable²⁰ o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes”²¹ o cuando en una decisión judicial “se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial”²².

i. la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance²³;

i. la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática²⁴;

i. la normativa aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada²⁵;

i. cuando se produce un grave error en la interpretación de la norma, a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales²⁶, el cual puede darse cuando la decisión judicial se apoya en una interpretación contraria a la Constitución²⁷.

7.2. La Sala reitera, que la interpretación de los preceptos legales efectuada por los jueces de

la República, al resolver un asunto sometido a su conocimiento, está amparada por la autonomía judicial, de modo que ante una interpretación debidamente sustentada no procede la tutela, pues el caso es solucionado en derecho por quien está dotado de competencia para hacerlo²⁸. Sin embargo, la autonomía del juez no puede servir de pretexto para validar interpretaciones que no sean posibles y, por lo mismo, no ampara cualquier atribución de sentido a los textos legales, ya que “de la Constitución surgen tres restricciones igualmente fuertes: el respeto por la corrección dentro del sistema jurídico y la realización de los principios, derechos y deberes constitucionales; la jurisprudencia de unificación dictada por las altas cortes y la jurisprudencia de la Corte Constitucional”²⁹.

Así las cosas, las interpretaciones contraevidentes, irrazonables o desproporcionadas, dan lugar al defecto sustantivo que “dependiendo de las circunstancias del caso concreto, torna procedente la acción de tutela en contra de la decisión judicial”, debiéndose destacar que, cuando se trata de la interpretación de la ley, las fallas en que se incurra “han de ser protuberantes para que sea factible predicar que a la ley se le ha otorgado un sentido contraevidente”. También puede tener incidencia en la configuración del defecto sustantivo el desconocimiento de la Constitución, siempre que en el proceso interpretativo de la ley se dejen de tener en cuenta “contenidos superiores que a la luz del caso concreto han debido guiar ese proceso y condicionar su resultado”³⁰.

7.3. Para el análisis de esta modalidad de defecto, la jurisprudencia³¹ ha suministrado las siguientes reglas:

(i) El procedimiento de tutela no puede utilizarse para obtener que un juez diferente al que conoce del proceso ordinario intervenga inopinadamente para modificar el rumbo del mismo con base en una interpretación diversa (la suya), pretendiendo que, por haber entendido las normas pertinentes de una determinada manera, incurrió el primero en un error.

(ii) El error judicial no puede configurarse sino a partir de una ruptura flagrante, ostensible y grave de la normatividad constitucional o legal que rige en la materia a la que se refiere el fallo. Por tanto, mientras se apliquen las disposiciones pertinentes, independientemente de si otros jueces comparten o no la interpretación acogida por el fallador, existe una vía de derecho distinta, en sí misma respetable si no carece de razonabilidad.

(iii) Como regla general, el contenido y alcances de la sentencia proferida deben ser

escrutados por la misma jurisdicción y por los procedimientos ordinarios, a través de los recursos que la ley establece, y no a través de la acción de tutela.

7.4. Conforme se señaló en los antecedentes de esta providencia, el motivo de queja en contra de los tribunales y juzgados accionados, consiste en que, a juicio de los accionantes, los operadores judiciales aplicaron de manera incorrecta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, al darle un “sentido y alcance equivocado”, consistente en exigir la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en las demandas presentadas, sin tener en cuenta que las pretensiones “no eran asuntos conciliables”.

La cuestión así planteada ubica el reparo dentro del ámbito del defecto sustantivo que, entre otros supuestos, se presenta cuando la interpretación de la autoridad judicial desconoce sentencias que han definido su alcance. Esta hipótesis es la que interesa verificar a propósito del caso analizado, por lo que procede la Sala a exponer el análisis de constitucionalidad del precepto referido. De igual forma, se revisará la posición jurisprudencial del Consejo de Estado, como máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, en cuanto a la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, así como, sobre los criterios para establecer cuáles son los asuntos materia de conciliación.

8.- Constitucionalidad de la conciliación prejudicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo

8.1. Estima la Sala pertinente destacar que, en un principio³², la conciliación en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho fue regulada por la ley para operar de forma judicial o prejudicial, pero en ningún momento, constituía un requisito de procedibilidad de la acción. De manera tal que, con la expedición de la Ley Estatutaria 1285 de 2009³³, “Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia”, se estableció la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 13).

8.2. Esta Corporación en ejercicio del control de constitucionalidad³⁴ automático, previo e íntegro³⁵ que debe operar sobre las leyes estatutarias, llevó a cabo el juicio de constitucionalidad de la referida medida y, puntualmente, manifestó en la sentencia C-713 de 2008³⁶:

Décimo cuarto: Declarar INEXEQUIBLE el inciso segundo del artículo 13 del proyecto de ley estatutaria No. 023 de 2006 Senado y No. 286 de 2007 Cámara, “por la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia”, y EXEQUIBLE el resto del mismo artículo.

El texto original del proyecto de ley estatutaria³⁷ rezaba:

“ARTÍCULO 13. Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:

Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.

<INCISO 2º > <Inciso INEXEQUIBLE> Las conciliaciones judiciales y extrajudiciales únicamente requerirán revisión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuando así lo solicite y sustente el Ministerio Público, dentro de los tres (3) días siguientes a su celebración. Dicha solicitud solo será procedente en los casos en que el Ministerio Público considere que los términos de la respectiva conciliación resultan contrarios al ordenamiento vigente o lesivos para el patrimonio público.”

Puntualmente, sobre el citado artículo, esta Corte manifestó que:

“3.- Ahora bien, en la disposición contenida en el inciso primero del artículo 13 del proyecto se prevé la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo -CCA-.

La Corte observa que se introduce como novedad la exigencia de la conciliación previa para interponer la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho, por cuanto la norma hasta ahora vigente -artículo 37 de la Ley 640 de 2001- solo menciona las acciones previstas en los artículos 86 (acción de reparación directa) y 87 (acción de controversias contractuales) del CCA.

Para el caso específico de la conciliación en asuntos relacionados con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la Sala recuerda que el artículo 70 de la Ley 446 de 1998

dispuso lo siguiente³⁹:

‘Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 1º.- En los procesos ejecutivos de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, la conciliación procederá siempre que en ellos se hayan propuesto excepciones de mérito.

Parágrafo 2º.- No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario⁴⁰. (Resaltado fuera de texto).

Como puede notarse, desde el año 1998 el Legislador autorizó la conciliación sobre los conflictos ventilados a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la acción de reparación directa y la acción de controversias contractuales, previstas en los artículos 85, 86 y 87 del CCA, respectivamente. Así también lo reconoció la Corte en la sentencia C-111 de 1999, cuando señaló que en ese marco legal podía ‘haber conciliación sobre las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa o en las controversias contractuales (arts. 85, 86 y 87 del CCA)’. Conforme a dicha normatividad, serían conciliables ‘todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley’⁴¹, por supuesto bajo las condiciones allí indicadas.

4.- Sin embargo, en el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 solo se contempló la conciliación como requisito de procedibilidad para hacer uso de la acción de reparación directa y de la acción de controversias contractuales, excluyéndose ese requisito para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho⁴².

5.- De conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la Sala considera que es conforme a la Carta Política que se mantenga el instituto de la conciliación como requisito de procedibilidad para las acciones consagradas en los artículos 86 y 87 del CCA. Así mismo, es constitucionalmente válido que se haga extensiva su exigencia a la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del CCA.

En este último evento resulta razonable aceptar la exigencia de conciliación prejudicial, pues lo que se discute son intereses de contenido particular y subjetivo, generalmente de orden patrimonial⁴³, y no la legalidad o constitucionalidad en abstracto, que se ventila a través de la acción de simple nulidad (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo) o de la acción de nulidad por inconstitucionalidad (art.237-2 de la Constitución Política)". (Negrilla fuera del texto original)

Así las cosas, es de resaltar que el instituto de la conciliación judicial y extrajudicial, en especial como requisito de procedibilidad, han sido objeto de diversos pronunciamientos constitucionales⁴⁴ y, en ellos, esta Corporación ha concluido que la conciliación, como requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en particular, respecto de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, no contraría la Constitución siempre y cuando en su configuración concreta se garantice el derecho de acceso a la administración de justicia.

9.- Normatividad y criterios jurisprudenciales de lo contencioso administrativo, aplicables al caso

En virtud de que en ambas acciones de tutela bajo estudio se solicita el acceso a la administración de justicia por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sin el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial, se hace necesario exponer brevemente el soporte legal y jurisprudencial relevante del Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

9.1. Características de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Respecto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la doctrina la define como una "acción de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible"⁴⁵ a través de la cual, según lo consagrado en el artículo 85 del CCA⁴⁶, "toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pago indebidamente". En concordancia con la norma

citada, el artículo 136 ídem, numeral 2º, señala que el término dentro del cual se debe ejercer esta acción será de cuatro (4) meses, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad de la acción.

En este orden de ideas, la normatividad vigente concibe la acción de nulidad⁴⁷ y restablecimiento del derecho solo frente a actos administrativos de contenido particular y concreto. Al punto, conviene resaltar que la indemnización de perjuicios se puede perseguir bajo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando el origen de estos se le atribuye directamente a un acto administrativo, caso en el cual tiene como condición sine qua non la declaración de nulidad del acto que se indique como causante del daño o vulnerador del derecho, pues como se dijo, se trata de actos que crean situaciones jurídicas particulares y concretas, por ende su anulación genera también una situación igual, en tanto vuelve las cosas al estado anterior respecto de la parte demandante, y así lo consagra el artículo 175, inciso segundo in fine, del CCA, al establecer que la sentencia “proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor”⁴⁸.

Puntualizando, esta acción se reserva para proteger directamente el derecho subjetivo del administrado que ha sido vulnerado por un acto de la administración. De ahí que envuelva dos pretensiones que se complementan, a saber: (i) la anulación del acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico y (ii) como consecuencia necesaria de ello, el restablecimiento del derecho transgredido o la reparación del daño.

El Consejo de Estado ha señalado, en reiteradas oportunidades, que la forma como se encuentran reguladas las acciones en el Código Contencioso Administrativo no permite que las partes puedan escogerlas a su arbitrio.

Sobre esta temática, en la sentencia⁴⁹ del 4 de mayo de 2001, la Sección Primera señaló:

“Para concluir, la Sala advierte que resulta inaceptable el significado que para sostener sus pretensiones, el actor atribuye al principio de prevalencia del derecho sustancial, pues el postulado constitucional que rige las actuaciones judiciales no implica, en modo alguno, que sea dable a los jueces abstenerse de aplicar las normas legales que regulan los distintos procedimientos; ni que los sujetos procesales puedan hacer caso omiso de las diferencias existentes entre las acciones según la índole de las pretensiones; o que estas puedan

ventilarse independientemente de si se ha entablado o no la acción idónea; ni que la observancia de los procedimientos que ha instituido el legislador dependa del criterio subjetivo de los sujetos procesales.

Por el contrario, la estricta observancia de los procedimientos legalmente establecidos para las distintas clases de acciones y pretensiones es lo que integra la 'plenitud de las formas propias de cada juicio' y hace efectivo el derecho sustancial de acceso a la administración de justicia y la garantía constitucional del debido proceso. No se trata, pues, de reglas simplemente formales, carentes de contenido sino de supuestos esenciales para que el Derecho Material se realice objetivamente, en su oportunidad y con pleno respeto de las reglas que gobiernan las relaciones procesales, en aras de la efectividad de los derechos de las partes y de una recta administración de justicia".

En este orden de ideas, la Sala de lo Contencioso Administrativo⁵⁰ ha concluido que la nulidad y restablecimiento del derecho es una acción de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, a través de la cual la persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, como efecto de la vigencia de un acto administrativo viciado de nulidad, puede solicitar que se declare la nulidad del mismo y que, como consecuencia, se le restablezca su derecho o se repare el daño.

9.2. Conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho

En los términos del artículo 64 de la Ley 446 de 1998, la conciliación es definida como el mecanismo alternativo de resolución de conflictos en virtud del cual dos o más personas gestionan la solución de sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.

En tal sentido, la conciliación ha sido considerada por la doctrina y la jurisprudencia como una de las más eficaces herramientas para la resolución de los conflictos jurídicos y, con su implementación, se busca involucrar a la comunidad en la solución directa de sus diferencias a través de un instrumento flexible, ágil, efectivo y gratuito en materia contencioso administrativa. Las reformas introducidas a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia por la Ley 1285 de 2009, contribuyen a la necesidad de fortalecer la conciliación extrajudicial como mecanismo eficaz para la solución de conflictos, con el propósito de avanzar en la

descongestión de la administración de justicia y hacer efectivo el derecho de acceso a la misma.⁵¹

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha abordado el estudio de las diferentes situaciones que se pueden dar en torno al tema de la conciliación como requisito de procedibilidad, por ello y por razones pedagógicas, se transcribe lo siguiente:

“Así las cosas, no hay duda que es requisito obligatorio y necesario para instaurar las acciones de que tratan los artículos 85 a 87 del Código Contencioso Administrativo, que la parte actora acredite que adelantó el trámite de la conciliación extrajudicial, es decir, debe demostrar, no solamente que radicó la solicitud de conciliación ante la entidad competente, en este caso, el Ministerio Público, conforme a la ley 640 de 2001, normatividad que regula lo relativo a la conciliación, sino adicionalmente, que la audiencia respectiva se celebró y que esta no prosperó por no existir ánimo conciliatorio entre las partes, o que trascurrieron mas 3 meses desde la presentación de la solicitud de conciliación sin celebrarse la audiencia.

Cabe destacar que, con este requisito de procedibilidad, no se impide el acceso a la administración de justicia, toda vez que si la audiencia fracasa, las partes pueden acudir a la jurisdicción para resolver su litigio, por el contrario, si la conciliación es exitosa, los interesados evitan un desgaste innecesario ante el aparato judicial y garantizan la solución de sus conflictos de forma expedita.

Así las cosas, lo que se pretende con el trámite de la conciliación prejudicial y la celebración de la audiencia respectiva, es propiciar un ambiente en el que se les permita a las partes exponer sus argumentos y peticiones con el fin de tratar de arreglar sus diferencias y evitar un juicio posterior, sin que esto vulnere su derecho a demandar ante la jurisdicción, si así lo creen conveniente para sus intereses.

(...) Ahora bien, esto no quiere decir que la normatividad obligue a que las partes concilien sus diferencias, puesto que en razón a la naturaleza consensual de la figura, los interesados pueden negarse a llegar a un acuerdo por no encontrarlo satisfactorio y aún así, pueden instaurar la demanda correspondiente”⁵².

En consecuencia, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado aclaró que, a partir de la expedición de la Ley 1285 de 2009, para interponer las demandas de reparación directa, contractuales y de nulidad y restablecimiento del derecho, se debe allegar constancia que acredite el inicio del trámite de la conciliación extrajudicial y la celebración de la audiencia respectiva⁵³. En caso contrario, su inobservancia y/o falta de subsanación genera la inadmisión de la demanda (inicialmente, generaba el rechazo de la misma), dado que es un requisito de procedibilidad⁵⁴.

9.3. Asuntos conciliables y no conciliables

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado⁵⁵ ha precisado el origen de la conciliación como requisito de procedibilidad en nuestro ordenamiento jurídico, de la siguiente manera:

Inicialmente, como ya se anotó previamente, en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, la conciliación era posible de forma judicial o prejudicial, pero en ningún momento, constituía un requisito de procedibilidad de la acción.

Al respecto el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, norma subrogada por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, y que a su turno fue incorporada en el artículo 56 del Decreto 1818 de 1998 (Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos), dispuso:

Artículo 70. Asuntos susceptibles de conciliación. El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

“Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 1º. En los procesos ejecutivos de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, la conciliación procederá siempre que en ellos se hayan propuesto excepciones de mérito.

Parágrafo 2º. No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario”. (Negrilla fuera de texto)

Como ya se señaló, en dicho momento legislativo, la conciliación, como requisito de procedibilidad, solo era exigible en las acciones de reparación directa y de controversias contractuales. (Art. 86 y 87 del CCA). De tal forma que, solo con la expedición de la Ley 1285 de 2009, en su artículo 13 se estableció la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (Art. 85 del CCA), siendo obligatoria para los asuntos que sean conciliables. Al respecto, la norma en cita prevé:

“ARTÍCULO 13. Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:

Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.

Los asuntos conciliables en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho están entonces guiados por la disposición que tenga la persona del bien jurídico presuntamente afectado por el acto administrativo, es decir, al tenor de la Ley 446 de 1998, en los que sean susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley.

En este sentido, ha resaltado la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que el artículo 71 de la Ley 446 de 1998⁵⁶ dispone que todo acto administrativo podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales de revocatoria directa prevista en el artículo 69 del CCA⁵⁷.

En efecto, por regla general, son materia de conciliación aquellos derechos transables que tengan el carácter de “inciertos y discutibles”. Empero, la posición de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en cuanto a la exigibilidad del requisito de la conciliación prejudicial, es que cada caso concreto debe ser analizado atendiendo la calidad de los derechos reclamados (naturaleza económica y cuantificable)⁵⁸ y la posibilidad de su debate en el escenario conciliatorio.

Puntualmente, mediante sentencia de unificación 11001031500020090132801 del 31 de julio de 201259, la Sala Plena de la referida Corporación, unificó la jurisprudencia contradictoria de algunas de sus salas en relación con la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en el sentido de que “estando de por medio derechos de carácter laboral, que algunos tienen la condición de irrenunciables e indiscutibles y otros de inciertos y discutibles, en cada caso en particular debe analizarse el publicitado requisito de procedibilidad, pues el mismo no siempre resulta obligatorio”.

9.4. Interrogantes en la aplicación de la Ley 1285 de 2009

Para este Tribunal Constitucional es indudable que la figura de la conciliación prejudicial en materia contencioso administrativa (particularmente, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho), por ser un requisito de procedibilidad de relativa reciente implementación, ha generado problemas en torno al acceso a la administración de justicia, en vista de la dificultad que ha ofrecido determinar los asuntos materia de conciliación.

9.4.1. De la lectura de la Ley 1285 de 2009 se advierte que la conciliación extrajudicial fue consagrada como requisito de procedibilidad para el ejercicio de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, entre otras, y que únicamente se exige cuando el asunto, que se pretende controvertir en sede jurisdiccional, tenga el carácter de “conciliable”. Sin embargo, la norma citada no señaló las pautas o criterios que le permitieran al juez identificar la naturaleza de los asuntos que eventualmente pueden someterse al trámite de la conciliación extrajudicial. El Consejo de Estado, así lo ha reconocido en algunas de sus providencias⁶⁰. Así, por ejemplo, en providencia del 7 de abril de 2011, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A del Consejo de Estado dijo sobre el particular:

“(…) Al respecto, ha expresado la jurisprudencia de esta Corporación, que los límites de la potestad reglamentaria están señalados en cada caso particular por la necesidad de que sea cumplida debidamente la ley, es decir, que si aquella suministra todos los elementos indispensables para su cabal cumplimiento, nada habrá de agregársele y en consecuencia no es necesario su ejercicio, pero si por el contrario faltan en ella detalles para su debida aplicación, habrá lugar a proveer la regulación necesaria para su correcto cumplimiento a

través del ejercicio de la potestad reglamentaria.

(...)

En efecto, dada la necesidad de que el artículo 13 de la ley 1285 de 2009, fuera cumplido adecuadamente, el Gobierno Nacional se vio en la necesidad de reglamentarlo a través del referido decreto [Decreto 1716 de 2009], pues no había claridad suficiente en relación con los asuntos que podían ser materia de conciliación y los que no. (...)" (Negrilla fuera del texto original)

Así las cosas, en procura de una mayor claridad en relación con los asuntos que podían ser materia de conciliación y los que no, el Gobierno Nacional reglamentó el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 a través del Decreto 1716 de 2009. Particularmente, el artículo segundo reza:

“Artículo 2°. Asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa. Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan.

Parágrafo 1°. No son susceptibles de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo:

- * Los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.
- * Los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993.
- * Los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado.

Parágrafo 2°. El conciliador velará porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles.

Parágrafo 3°. Cuando la acción que eventualmente se llegare a interponer fuere la de nulidad y restablecimiento de derecho, la conciliación extrajudicial solo tendrá lugar cuando no procedan recursos en vía gubernativa o cuando esta estuviere debidamente agotada, lo cual deberá acreditarse, en legal forma, ante el conciliador.

(...)”

Puntualizando, la Ley 1285 de 2009 estableció como regla general la conciliación prejudicial en materia contencioso administrativa como requisito de procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, lo reglamentado en el referido decreto significa que no en todos los asuntos susceptibles de ser discutidos jurisdiccionalmente mediante la precitada acción, es procedente el cumplimiento obligatorio de dicho requisito.

Es así como de la anterior transcripción del texto normativo se observa que no son susceptibles de conciliación extrajudicial (i) los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario, (ii) los que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, (iii) aquellos en los cuales la correspondiente acción haya caducado; así como, (iv) los asuntos que versen sobre actos administrativos que se refieran a derechos de carácter laboral ciertos e indiscutibles y a derechos mínimo e intransigibles, en cumplimiento del mandato del artículo 53 Superior⁶² y de la referida sentencia de unificación del Consejo de Estado⁶³. En otras palabras, en estos casos señalados no se exige el agotamiento del referido requisito de procedibilidad.⁶⁴

9.4.2. Adicionalmente, se presentó un periodo confuso en el que se aplicó la ley sin reglamentación, por lo que la Sección Segunda del Consejo de Estado⁶⁵ señaló que, solo a partir de la fecha de promulgación del Decreto Reglamentario 1716 de 2009 (14 de mayo de 2009), el requisito de conciliación prejudicial previsto en la Ley 1285 de 2009 es exigible.

Así las cosas, en virtud del recuento jurisprudencial y legal aplicable a los casos bajo estudio, entra la Sala Cuarta de Revisión a verificar si los tribunales y juzgados accionados respetaron los criterios y posiciones jurisprudenciales y constitucionales aplicables o si, por el contrario, se configuró un defecto sustantivo en sus providencias de inadmisión y rechazo de las acciones de nulidad y restablecimiento presentadas por las empresas demandantes.

10.- Examen sobre la presunta configuración de un defecto sustantivo o material. Análisis de

los casos concretos

En ambos expedientes objeto de estudio, la Sala advierte que los apoderados de las sociedades accionantes solicitan el amparo de los derechos fundamentales que estiman conculcados, en razón del sentido y alcance equivocado, en su criterio, de lo contemplado en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, en razón de que las autoridades judiciales les exigieron el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho por ellos presentadas.

A continuación, procede la Sala a examinar los cargos formulados por los demandantes, a la luz de lo precisado en las consideraciones de esta providencia.

10.1. Expediente T-3.191.215

10.1.1. Del acervo probatorio que obra en el expediente T-3.191.215, se colige lo siguiente:

El entonces Ministerio de la Protección Social inició una investigación por la ocurrencia de un presunto accidente de trabajo, en el que un empleado de la empresa FULL PROTECTION LTDA perdió la vida. En consecuencia, mediante la Resolución No. 398 del 19 de agosto de 2008, la empresa fue sancionada con multa de cuarenta (40) salarios mínimos mensuales legales vigentes, por no cumplir “con lo establecido con las normas en materia de salud ocupacional”.

Contra esta decisión los debidos recursos fueron resueltos, agotándose así la vía gubernativa con la ejecutoria de la Resolución 4963 del 10 de diciembre de 2009 (notificada el 28 de diciembre). Encontrándose dentro del término oportuno, el 26 de febrero de 2010, la empresa accionante instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones sancionatorias.

De otra parte, se aportaron al expediente los dos memoriales (mayo 21 y junio 4 de 2010) mediante los cuales la apoderada solicitó al despacho que se pronunciara sobre la admisibilidad de la demanda. El juez guardó silencio en ambas ocasiones y en el escrito de oposición manifestó como hechos ciertos el recibido de dichos requerimientos⁶⁶.

El 15 de junio de 2010 (fecha de notificación del Auto del 9 de junio), esto es tres (3) meses y veinte (20) días después de presentada la demanda, el juzgado administrativo la inadmitió,

ordenando (i) indicar la cuantía del proceso y (ii) acreditar prueba de haber agotado el requisito de la conciliación extrajudicial. Al encontrarse caducada la acción para ese momento, el ministerio no aceptó la solicitud de conciliación. En consecuencia, mediante auto del 7 de julio de 2010, el Juzgado Quinto Administrativo de Santa Marta⁶⁷ rechazó la demanda por considerar que no se subsanó dentro del término indicado, decisión confirmada el 13 de septiembre de 2010 por el Tribunal Administrativo del Magdalena⁶⁸, manifestando que la accionante confundió “el agotamiento del requisito de procedibilidad con su no intención de conciliar”.

10.1.2. El apoderado de la sociedad FULL PROTECTION LTDA presentó acción de tutela, con la pretensión principal de que se ordene a las entidades judiciales demandadas admitir la demanda radicada contra el entonces Ministerio de la Protección Social.

La Sala observa que la acción de amparo presentada tiene como argumentos fácticos, los siguientes: (i) que el tema de litis presentado en la demanda no es conciliable y (ii) que durante la espera de pronunciamiento sobre la admisibilidad de la demanda, por fuera de los términos legales previstos, operó la caducidad de la acción.

A juicio de la Sala Cuarta de Revisión, el asunto bajo examen y sometido al trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sí era susceptible de conciliación. Es cierto, como lo plantea la apoderada de la sociedad tutelante, que la legalidad de un acto administrativo no puede ser transado bajo ningún motivo, por cuanto dicha materia además de comprometer el interés público de la legalidad, ha sido reservada al juez de lo contencioso administrativo; empero, siendo un acto de contenido patrimonial y que versa sobre asuntos laborales inciertos y discutibles, debió intentarse un acuerdo entre las partes.

En consecuencia, no puede indicarse que por discutirse la legalidad del acto administrativo no puede acudir a la conciliación de sus efectos patrimoniales, como parece entenderlo la parte actora, porque en todo caso, siempre será un móvil para iniciar el contencioso subjetivo, la ilegalidad del acto de la administración. Indiscutiblemente, la legalidad de un acto administrativo que impone una sanción pecuniaria es de contenido económico y, por ende, conciliable.

Tal como lo ha señalado el Consejo de Estado, así: “Los asuntos conciliables en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, están entonces, guiados por la disposición que

tenga la persona del bien jurídico, presuntamente afectado por el acto administrativo, es decir, al tenor de la Ley 446 de 1998, en los que sean susceptibles la transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley”.69

Así las cosas, estima la Sala que los actos administrativos acusados son de contenido económico y laboral y que, si bien es cierto que el concepto de violación se funda en la transgresión del debido proceso, también lo es que los efectos de los actos acusados son cuantificables económicamente y era posible conciliar sus efectos económicos (sanción pecuniaria).

Adicionalmente, entendiendo que el requisito de conciliación prejudicial previsto en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 es exigible a partir de la fecha de promulgación del Decreto Reglamentario 1716 de 2009 (14 de mayo de 2009), en el caso presente, es claro que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho fue instaurada después de la expedición del referido decreto, pues de la lectura del expediente se evidencia que aquella fue presentada el 26 de febrero de 2010.

Lo anterior, permite concluir a la Sala que las decisiones de las autoridades judiciales al exigir el cumplimiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad fue ajustada a derecho.

10.1.4. Por lo expuesto, esta Sala de Revisión considera que, acorde con la jurisprudencia constitucional, en este expediente no se cumple con la causal específica de procedibilidad de defecto sustantivo en las providencias judiciales acusadas, lo que necesariamente lleva a concluir que no es procedente el amparo constitucional.

Por ende, se negará el amparo al derecho del debido proceso y del acceso a la administración de justicia de la empresa accionante FULL PROTECTION LTDA y, en consecuencia, se confirmará el fallo de instancia en tutela del 5 de mayo de 2011 proferido por el Consejo de Estado -Sección Cuarta-, que, a su turno, confirmó el emitido el 3 de febrero de 2011 por el Consejo de Estado -Sección Segunda Subsección A-, en cuanto denegó la acción de tutela.

10.2. Expediente T-3.191.476

10.2.1. Del acervo probatorio que obra en el expediente T-3.191.476, se colige lo siguiente:

El 13 de mayo de 2008, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- ordenó el decomiso de una mercancía de propiedad de la sociedad R FRANCO AMÉRICA S.A., aprehendida en el mes diciembre de 2007. Contra esta decisión se agotó la vía gubernativa⁷⁰ y, encontrándose dentro del término oportuno, el 3 de febrero de 2009, la empresa accionante instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la resolución que ordenó y la que confirmó el decomiso citado.

El juzgado administrativo inadmitió la demanda, mediante auto notificado el 8 de mayo de 2009, y ordenó adjuntar la prueba de haber agotado el requisito de la conciliación extrajudicial. Estando caducada la acción y considerando que el decomiso no es un tema conciliable, el apoderado judicial interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto negativamente⁷¹.

En consecuencia, mediante auto de 9 de noviembre de 2009, el Juzgado Segundo Administrativo de Bogotá⁷² rechazó la demanda al considerar que no se subsanó dentro del término indicado, decisión confirmada el 12 de agosto de 2010, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁷³.

10.2.2. El apoderado de la sociedad R FRANCO AMÉRICA S.A., mediante acción de tutela, solicitó que se ordene a las entidades judiciales demandadas admitir la demanda radicada contra el Ministerio de Hacienda UAE y DIAN.

La Sala observa que la acción de amparo presentada tiene como argumentos, los siguientes: (i) que la ley 1285 de 2009 es exigible a partir de la expedición del Decreto Reglamentario 1716 del 14 de mayo de 2009 y (ii) que el tema de litis presentado en la demanda no es conciliable.

10.2.3. De una parte, es necesario recordar que la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷⁴ ha señalado que solo a partir de la fecha de promulgación del Decreto Reglamentario 1716 de 2009 (14 de mayo de 2009) es exigible el requisito de conciliación prejudicial previsto en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.

En el caso presente, es claro que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho fue

instaurada antes de la expedición del referido decreto, pues de la lectura del expediente se infiere que aquella fue presentada el 3 de febrero de 2009. En consecuencia, les correspondía a las autoridades judiciales acatar el precedente y, por lo tanto, al apartarse, vulneraron derechos fundamentales de la sociedad actora.

10.2.4. En efecto, se observa que el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca manifestaron que los asuntos de carácter tributario, entre otros, están excluidos del requisito de conciliación y, que en el presente caso, se trata del decomiso de mercancías, situación que no obedece a un conflicto de carácter tributario (tributo, impuesto, tasa, contribución), sino que representa una sanción que se materializa con la sustracción de dichos bienes por el incumplimiento de los trámites ante las autoridades aduaneras.

Al respecto, la Sala Cuarta de Revisión destaca la posición de la Sección Primera del Consejo de Estado⁷⁵, en cuanto a que cuando las resoluciones acusadas hacen referencia a la definición de la situación jurídica de una mercancía aprehendida, por medio del decomiso de la misma, la parte actora no se encuentra obligada a intentar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad con la entidad a la que pretendía demandar.

Resalta la referida Sala de lo Contencioso Administrativo, que el artículo 38 de la Ley 863 de 2003 “Por la cual se establecen normas tributarias, aduaneras, fiscales y de control para estimular el crecimiento económico y el saneamiento de las finanzas públicas”, expresamente dispone que “en materia aduanera, la conciliación aquí prevista no aplicará en relación con los actos de definición de la situación jurídica de las mercancías”. Por su parte, en este sentido, numeral segundo del artículo 6° del Decreto 412 de 2004, “Por el cual se reglamentan los artículos 38 y 39 de la Ley 863 de 2003”, ha previsto que “No serán objeto de la conciliación (...) los procesos aduaneros de definición de la situación jurídica de las mercancías.

En este orden de ideas y bajo una interpretación sistemática de las normas citadas, necesariamente se debe concluir que no se requiere agotar el presupuesto de procedibilidad de la conciliación extrajudicial de la demanda presentada por la empresa R FRANCO AMÉRICA S.A., por dos razones: (i) por tratarse del decomiso de una mercancía aduanera, que corresponde a la definición de la situación jurídica de la mercancía, asunto que, como quedó

visto, no es conciliable y (ii) por no ser exigible la conciliación como requisito de procedibilidad debido a que la demanda se presentó antes de la expedición del decreto reglamentario (precedente jurisprudencial). Por lo tanto, esta Sala concluye que la solicitud de amparo debe considerarse procedente, en razón de la concurrencia del defecto sustantivo en la providencia atacada que hace que la misma sea incompatible con preceptos constitucionales.

10.2.5. Por lo expuesto, esta Sala de Revisión considera que, acorde con la jurisprudencia constitucional, en este expediente se cumple con la causal específica de procedibilidad de defecto sustantivo en las providencias judiciales acusadas, lo que necesariamente lleva a concluir que es procedente el amparo constitucional.

Por ende, se tutelaré el derecho al debido proceso y acceso a la administración de justicia de la empresa accionante R FRANCO AMÉRICA S.A. y, en consecuencia, se revocará la sentencia proferida por el Consejo de Estado en sede de tutela, se dejarán sin efectos las sentencias emitidas por los jueces de instancia dentro del proceso contencioso administrativo adelantado por aquella y se le ordenará al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Bogotá, que se pronuncie sobre la admisibilidad de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, sin tener en cuenta el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- Respecto del expediente T-3.191.215, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, CONFIRMAR el fallo de instancia en tutela del 5 de mayo de 2011 proferido por el Consejo de Estado -Sección Cuarta-, que, a su turno, confirmó el emitido el 3 de febrero de 2011 por el Consejo de Estado -Sección Segunda Subsección A-, en cuanto denegó la acción de tutela.

SEGUNDO.- Respecto del expediente T-3.191.476, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, adoptar las siguientes decisiones:

a) REVOCAR el fallo de instancia en tutela del 28 de abril de 2011 proferido por el Consejo de Estado -Sección Cuarta-, que, a su turno, confirmó el emitido el 26 de enero de 2011 por el Consejo de Estado -Sección Segunda Subsección A-, en cuanto denegó la acción de tutela por improcedente.

b) DEJAR SIN EFECTOS las providencias del 8 de mayo, del 28 de septiembre y del 9 de noviembre de 2009 emanadas por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Bogotá, así como la proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el día 12 de agosto de 2010, dentro del proceso contencioso administrativo adelantado por la empresa accionante.

c) CONCEDER la protección de los derechos fundamentales del debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la empresa R FRANCO AMÉRICA S.A.

d) En consecuencia, ORDÉNASE al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Bogotá, proveer sobre la admisión de la demanda presentada por la sociedad R FRANCO AMÉRICA S.A., contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, en un término máximo de diez (10) días contados a partir de la notificación de este fallo, entendiéndose la Corte, que los documentos de la demanda inicial aun reposan en sus archivos.

e) En caso de que la demanda inicial y sus anexos hayan sido devueltos a los interesados, estos deberán presentar nuevamente la demanda, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de este fallo, a fin de que los jueces respectivos decidan sobre ellas, en el término ya señalado de diez (10) días. Con la prevención de que si no lo hacen queda sin efecto lo ordenado en este fallo de tutela.

TERCERO.- Líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

NILSON PINILLA PINILLA

A LA SENTENCIA T-023/12

Referencia: expedientes T-3191215 y T-3191476.

Acciones de tutela de Full Protection Ltda., contra el Tribunal Administrativo del Magdalena y el Juzgado 5° Administrativo del Circuito de Santa Marta; y R. Franco América S. A., contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Juzgado 2° Administrativo del Circuito de Bogotá.

Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Habiendo votado positivamente y firmado el proyecto presentado en este caso por el Magistrado ponente, estimo necesario consignar por escrito una muy sucinta aclaración sobre el sentido de mi voto en el presente asunto.

Si bien participo de las resoluciones adoptadas en los diferentes expedientes, debo aclarar mi voto pues siempre he disentido frente al enfoque amplificado de la noción de “vía de hecho” y en relación con algunas de las argumentaciones que se exponen para arribar a la decisión adoptada.

Particularmente, tal como lo he explicado con más amplitud frente a otras decisiones⁷⁶, no comparto el alcance, en mi opinión desbordado, que con frecuencia se reconoce por parte de

la Corte Constitucional a la acción de tutela contra decisiones judiciales, y que en el caso de la sentencia a que me vengo refiriendo se pone de presente en la cita que se efectúa (páginas 14 a 19) de la sentencia C-590 de junio 8 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, de cuyas consideraciones discrepo parcialmente desde cuando fue expedida.

Mi desacuerdo con dicha sentencia, que el actual fallo invoca como parte de la fundamentación, radica en el hecho de que, en la práctica, especialmente las llamadas “causales especiales de procedibilidad” a que dicha providencia se refiere en su punto 25, abarcan todas las posibles situaciones que podrían justificar la impugnación común contra una decisión judicial, dejando así la imagen de que esta Corte estima que la acción de tutela constituye un recurso complementario, añadible a los establecidos en el proceso de que se trata.

Con ello, la solicitud y trámite de la acción de tutela al amparo de tales enunciados, deviene simplemente en una (o más) nueva(s) oportunidad(es) que se confiere(n) a quien se ha visto desfavorecido por la decisión adoptada por el juez competente, o lo que es lo mismo, en una (o varias) instancia(s) adicional(es), no prevista(s) en absoluto en el respectivo proceso debido, situación que difiere, de lejos, del propósito de protección subsidiaria a los derechos fundamentales que animó al constituyente de 1991, que vino a quedar reflejado en el artículo 86 superior.

Además, no sobra acotar que si bien esta corporación con fundamento en la sentencia C-590 de 2005 aduce sistematizar una línea jurisprudencial construida y decantada a partir de las consideraciones que se dejaron planteadas en la sentencia C-543 de 1992, ello no es exacto, ya que en realidad ese pronunciamiento⁷⁷, de cuyo sólo argüible frente a la casación penal por ser ésta la institución regulada en el precepto parcialmente declarado inexecutable (art. 185 L. 906 de 2004), se ha interpretado como si postulara lo contrario de lo que quedó decidido en la C-543 de 1992.

En efecto, mientras que en esa providencia de 1992 se consideró, con firmeza de cosa juzgada constitucional (art. 243 Const.), que no puede ser quebrantada, que la tutela contra decisiones judiciales atentaba contra la seguridad jurídica y contra otros importantes valores constitucionales, como el “principio democrático de la autonomía funcional del juez”, “la independencia y desconcentración que caracterizan a la administración de justicia” y “la

función garantizadora del Derecho” que cumple el proceso, y en consecuencia se declaró inexecutable la preceptiva que reglamentaba tal posibilidad, en la C-590 de 2005 se presenta un amplio listado de situaciones, creyéndose que de inferirse la materialización de alguna de ellas, en opinión de quien realiza el control tutelar, de por sí le está permitido remover o dejar sin efecto la decisión judicial, cual si aplicara un recurso ordinario más, con lo cual se ha desquiciado gravemente su carácter excepcionalísimo y, en la práctica, se ha abatido la seguridad jurídica, que es también un derecho fundamental.

Por lo anterior, dado que la decisión adoptada con mi acuerdo y participación incluye algunas consideraciones con alcances de tal índole, que no comparto, aclaro el voto en el caso de la referencia.

Con mi acostumbrado respeto,

Fecha ut supra

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

1 Afirma la apoderada que este acto administrativo fue notificado el 28 de diciembre de 2009.

2 Afirma la apoderada que este acto administrativo fue notificado el 15 de junio de 2010.

3 Mercancía aprehendida con Acta de Aprehensión No. 0834-1202 FISCA del 10 de diciembre de 2007, consistente en 44 unidades de maquinas tragamonedas valuadas en \$62´147.172 (folio 96, cuaderno 1).

4 En el Expediente T-3.191.215 el fundamento de la pretensión de tutela obra a folio 12 del cuaderno principal y en el Expediente T-3.191.476, a folio 75.

5 Fallo del 3 de febrero de 2011, Consejero Ponente Alfonso Vargas Rincón.

6 Fallo del 26 de enero de 2011, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren.

7 En el Expediente T-3.191.215, la segunda instancia se surte mediante Fallo del 5 de mayo de 2011, Consejero Ponente William Giraldo Giraldo. En el Expediente T-3.191.476, mediante Fallo del 28 de abril de 2011, Consejero Ponente Hugo Fernando Bastidas Barcenas.

8 Corte Constitucional, sentencias T-1054 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-723 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-212 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-676 de 2003 (M.P. Jaime Araujo Rentería). T-108 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis) T-138 de 1995 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), entre otras.

10 Consultar, entre otras, la Sentencia T-217 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

11 Sentencia T-233 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

12 Consultar, entre otras, la Sentencia T-608 de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

13 Sobre el particular, consultar, entre otras, las Sentencias SU-037 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-280 de 2009, T-565 de 2009, T-715 de 2009, T-049 de 2010, T-136 de 2010 y T-524 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

14 Consultar, entre otras, la Sentencia T-462 de 2003.

15 Al respecto, consultar, entre otras, la Sentencia T-1275 de 2008.

16 Sentencia T-867 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

17 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

18 En relación con el defecto sustantivo, existe una abundante producción jurisprudencial. Entre otras, pueden consultarse las sentencias T-510 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-288 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-267 de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo); T-579 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-267 de 2010 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-101 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-125 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-310, T-267, T-171, T-156, T-097 y T-077 de 2009; T-743, T-489, T-402, T-311, T-243, T-018 y T-014 de 2008; T-409, T-391, T-387 y T-117 de 2007; SU-813 de 2007 (M.P. Jaime Araújo Rentería); T-1026, T-797, T-548, T-515, T-450 y

T-302 de 2006; T-1226 y T-1211 de 2005, C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

19 Corte Constitucional, sentencia SU-174 de 2007. Aquí se enmarcan las siguientes hipótesis: (a) cuando la disposición ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico (T-546 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández); (b) cuando es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad (T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, SU-1184 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, T-1625 de 2000, M. P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano; T-522 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-047 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández); (c) cuando su aplicación al caso concreto es inconstitucional (T-778 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa); (d) cuando ha sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional (T-298 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz y T-814 de 1999, M. P. Antonio Barrera Carbonell); (e) cuando a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecúa a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó (SU-1185 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil), porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador.

20 Corte Constitucional, sentencia T-244 de 2007. Insuficiente sustentación o justificación de la actuación que afecte derechos fundamentales (T-114 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett y T- 1285 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

21 Sentencia T-462 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett). Ver además Sentencia T-001 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) “Diferente es el caso de la ostensible aplicación indebida de una norma, en cuya virtud se pretende lograr que los hechos quepan en ella, aun contra toda evidencia. Allí puede darse la vía de hecho, como lo ha admitido esta Corte, si por haberse forzado arbitrariamente el ordenamiento jurídico se han quebrantado o se amenazan derechos constitucionales fundamentales (Cfr., por ejemplo, la Sentencia T-765 del 9 de diciembre de 1998)”.

22 Sentencia T-066 de 2009 (M.P. Jaime Araújo Rentería). “En esta hipótesis no se está ante un problema de interpretación normativa, sino ante una decisión carente de fundamento jurídico, dictada según el capricho del operador jurídico, desconociendo la ley, y trascendiendo al nivel constitucional en tanto compromete los derechos fundamentales de la parte afectada con tal decisión”. Ver además Sentencia T-079 de 1993 (M.P. Eduardo

Cifuentes Muñoz).

23 Consiste en la hipótesis de desconocer el precedente judicial sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, que hubiese permitido una decisión diferente si se hubiese acogido la jurisprudencia. Cfr. las sentencias T-790 de 2010, T-599 de 2009, T-117 de 2007, T-292 de 2006 y SU-640 de 1998. En la Sentencia T-842 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) puntualizó la Corte que “constituye vía de hecho apartarse de la cosa juzgada constitucional”. En la Sentencia T-462 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), la Corte explicó que “una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo (i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador, (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y finalmente (iii) cuando el fallador desconoce las Sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva”.

24 Consultar la sentencia T-807 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández). Dijo allí la Corte que “un examen atento del contenido de la referida providencia judicial evidencia que la falladora incurrió en una vía de hecho por cuanto la decisión se apoya en una interpretación asistemática del ordenamiento jurídico (defecto sustantivo)...” por cuanto “no se tuvo en cuenta la naturaleza jurídica del contrato de cuenta corriente bancaria ni la modalidad del mismo que había sido suscrito por el accionante con la entidad crediticia, es decir, la demandada no adelantó una necesaria interpretación sistemática entre las normas del Código Penal, que tipifican el delito de estafa, y las disposiciones legales de carácter comercial que regulan esta clase de contratos comerciales”. Cfr también la sentencia T-790 de 2010.

25 Cfr. la sentencia T-056 de 2005 (M.P. Jaime Araújo Rentería). Aquí la Corte encontró que “el mismo despacho judicial provocó un defecto sustantivo en el mismo auto al desconocer abiertamente el artículo 319 del Código de Procedimiento Civil”. Ver además T-066 y T-058 de 2009; T-298 de 2008 y T-1216 de 2005.

26 T-1031 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett). La Corte decidió en aquél entonces que la acción de tutela procede contra una providencia judicial que omite, sin razón alguna, los precedentes aplicables al caso o cuando “su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados”. Véanse adicionalmente las sentencias T-1285 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-567 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-101 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez).

27 SU-1184 de 2001; T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-047 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández). En estos casos, si bien el juez de la causa es quien le fija el alcance a la norma que aplica, no puede hacerlo contrariando valores, principios y derechos constitucionales, de manera que, debiendo seleccionar entre dos o más entendimientos posibles, debe forzosamente acoger aquél que se ajuste a la Carta política.

28 Cfr. las sentencias T-1001 de 2001, T-949 de 2003 y T-1285 de 2005. Sobre este tema, en sentencia T-193 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), este Tribunal señaló: “Es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art.13). A través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la Constitución”.

29 Cfr. Sentencia T-1031 de 2001.

30 Cfr. la sentencia T-1045 de 2008, citada en la sentencia T-579 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

31 En este sentido, las sentencias T-765 de 1998 y T-001 de 1999. En la sentencia 310 de 2009 y T-180 de 2010 se reiteran estas reglas.

32 Artículo 70 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 59 de la Ley 23 de 1991.

33 Diario Oficial No. 47.240 de 22 de enero de 2009

34 Las características del control constitucional que ejerce esta Corte sobre los proyectos de ley estatutaria fueron definidos desde la Sentencia C-011 de enero 21 de 1994 (M.P.

Alejandro Martínez Caballero). Ver, entre otras, las providencias C-546 de 2011, C-072 y C-541 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); Auto 158 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez); Auto 047 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra); C-523 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y C-292 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

35 El control constitucional de los proyectos de ley estatutaria es integral. El artículo 241 de la Constitución Política establece que le corresponde a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Carta. Ello se explica, en la medida en que el sistema jurídico colombiano es jerarquizado y se estructura a partir de la supremacía de la Constitución prevista en su artículo 4º. A partir de ese mandato, se concluye que la Corte efectúa el control de esta clase de normas en relación con toda la Constitución. Esta afirmación también encuentra sustento en el numeral 8º del artículo 242 de la Carta, el cual ordena que el control de constitucionalidad de los proyectos de ley estatutaria debe abarcar tanto los vicios materiales, como de procedimiento, en los que se hubiere podido incurrir en su proceso de formación.

36 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

37 Proyecto de Ley No. 023 de 2006 del Senado de la República y No. 286 de 2007 de la Cámara de Representantes.

38 Gaceta del Congreso No. 132 del 20 de abril de 2007 (Pág. 6), Cuaderno de trámite en plenaria Senado (Folio 6). Expediente P.E.030.

39 Ley 446 de 1998, artículo 70. Incorporado en el artículo 56 del Decreto 1818 de 1998 (Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos).

40 Cabe precisar que en sobre la prohibición de conciliación en asuntos tributarios se han presentado algunas reformas en las Leyes 863 de 2003 y 1111 de 2006.

41 Ley 446 de 1998, artículo 65. Incorporado en el artículo 2º del Decreto 1818 de 1998 (Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos).

42 Artículo 37. (Corregido por el art. 2 del Decreto Nacional 131 de 2001). “Requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes,

individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. (...)"

43 Al respecto la doctrina nacional sostiene: "Y no es descabellado la ocurrencia de la conciliación en los eventos de las acciones de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, pues en este tipo de acciones se ventila, evidentemente, una situación particular de contenido patrimonial, donde el afectado busca el restablecimiento de su situación particular susceptible de evaluación patrimonial. El motivo que lo induce a formular la pretensión es un fin patrimonial, individual y subjetivo. Este interés es el que se negocia y no la legalidad del acto". Juan Ángel Palacio Hincapié, Derecho Procesal Administrativo. Bogotá, Librería Jurídica, 3ª edición, 2002, p.639.

44 Los que resultan pertinentes para efecto del análisis del artículo sub examine son las Sentencias C-160 de 1999, C-893 de 2001, C-1195 de 2001, C-314 de 2002, C-417 de 2002, C-187 de 2003, C-910 de 2004, C-936 de 2004, C-999 de 2004, C-1146 de 2004, C-033 de 2005 y C-338 de 2006.

45 Santofimio, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II. Universidad Externado de Colombia, 3ª Ed, 1998. Pág. 544.

47 En efecto, prescribe el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo: "Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos..." Más adelante señala la misma disposición que ésta acción puede también interponerse contra "circulares de servicio" y contra "actos de certificación y registro"; la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, sin embargo, que en estos casos, estas manifestaciones deben producir también efectos jurídicos frente a terceros, es decir deben detentar los elementos propios de los actos administrativos. Sobre este punto pueden consultarse las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección cuarta, Sentencia de enero 22 de 1988 (C.P. Hernán Guillermo Aldana Duque); Sección Primera. Sentencia de 14 de octubre de 1.999 expediente No. 5064 (C.P. Manuel Urueta Ayola); Sección Primera, Sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente No. 3531 (C.P. Olga Inés Navarrete Barrero).

48 Extracto de la sentencia del 28 de octubre de 2004 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera- (C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

49 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera (C.P. Camilo Arciniegas Andrade). Por medio de la cual se decidió la apelación interpuesta y se confirmó la sentencia del 13 de abril de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, que negó las pretensiones de la demanda interpuesta en acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-.

50 Consejo de Estado, Sentencia del 25 de mayo de 2011, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa), por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 12 de agosto de 2010, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante el cual se rechazó la demanda por indebida escogencia de la acción y por haber operado la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

51 Extracto de la Directiva Presidencial 05 de 2009 (publicada en el Diario Oficial 47.357 de mayo 22 de 2009), en la que el Presidente de la República insiste en la necesidad de tomar todas las medidas necesarias para cumplir de manera seria, eficiente y oportuna con lo ordenado en la reforma a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, de manera que la consagración de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, incida en forma directa en la efectividad de la prestación del servicio público de administración de justicia, al contribuir a la descongestión de los despachos judiciales, a la protección de derechos de los ciudadanos y a la defensa del patrimonio público.

52 Sentencia del 25 de noviembre de 2009 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (C.P. Enrique Gil Botero).

53 Para el efecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha reiterado que “dicho requisito se entenderá cumplido de acuerdo con lo previsto en la Ley 640 de 2001, cuando se efectúe la audiencia sin que se logre el acuerdo o cuando vencido el término de 3 meses contados a partir de la presentación de la solicitud, la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa. En este último evento, se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación. Con todo, puede acudirse directamente a la jurisdicción cuando bajo la gravedad del juramento, que se entiende prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el domicilio, el lugar de habitación

y el lugar de trabajo del demandado o que éste se encuentra ausente y no se conoce su paradero. Los asuntos conciliables en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, están entonces, guiados por la disposición que tenga la persona del bien jurídico, presuntamente afectado por el acto administrativo, es decir, al tenor de la Ley 446 de 1998, en los que sean susceptibles la transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley” (Ibídem).

54 Es pertinente destacar lo que al respecto señaló el Consejo de Estado: “Si bien es cierto que actualmente la celebración de las audiencias de conciliación prejudiciales que se tramitan ante la Procuraduría, no se realizan con la prontitud necesaria por el sinnúmero de solicitudes que se han presentado, esto no es obstáculo para solicitar como requisito de procedibilidad que la audiencia se haya celebrado, toda vez que el mero inicio del trámite de la conciliación no es suficiente para cumplir la finalidad de la ley 1285 de 2009 cuando estableció este mecanismo, que dejaría de ser un requisito previo o de procedibilidad para transformarse en uno de concomitancia. Además, si las partes radican la solicitud de conciliación y transcurren 3 meses sin que se lleve a cabo la audiencia, pueden instaurar la demanda, conforme a lo establecido en la ley 640 de 2001, porque en este caso se tiene por cumplido el requisito.” Auto proferido por la Sección Tercera el 21 de octubre de 2009, expediente 37.137 (C.P. Enrique Gil Botero).

55 Ver la sentencia del 7 de abril de 2011 (C.P. Marco Antonio Velilla Moreno) del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera: “(...) la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos fue introducida en nuestra legislación desde el Decreto 2158 de 1948, adoptado como legislación permanente mediante el Decreto 4133 de 1948, por el cual se expidió el Código Sustantivo del Trabajo, pero solo empezó a dar impulso a partir de la reforma la Código de Procedimiento Civil, efectuada mediante Decreto 2282 de 1989.

Con la expedición de la Ley 23 de 1991, modificada por la Ley 446 de 1998 y desarrollada por la Ley 640 de 2001 se extendió al Derecho Administrativo. Allí se precisó que en los procesos contenciosos administrativos solo es procedente en los conflictos de carácter particular y contenido económico, es decir, aquellos que se tramiten en ejercicio de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del CCA.”

Cfr, entre otras, las providencias del 18 de marzo de 2010 (C.P. Marco Antonio Velilla Moreno) y del 9 de junio de 2011 (C.P. María Elizabeth García González), del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera.

56 “ARTÍCULO 71. REVOCATORIA DIRECTA. <Incorporado en el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, artículo 57.> El artículo 62 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

Artículo 62. Cuando medie Acto Administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado.”

57 “ARTÍCULO 69. CAUSALES DE REVOCACION. <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.”

58 Aquellos que, en consecuencia, son susceptibles de transacción, desistimiento y allanamiento.

59 Providencia que decidió que la acción de tutela es procedente contra providencias judiciales, siempre que una sentencia afecte derechos fundamentales.

60 Cfr. las providencias del 28 de enero de 2009 (C.P. Luis Rafael Vergara Quintero) y del 7 de abril de 2011 (C.P. Alfonso Vargas Rincón) del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A.

61 Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley

446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001.

62 El artículo 53 de la Constitución Política ordena al legislador expedir la ley estatutaria del trabajo, la cual debe tener en cuenta principios fundamentales, como la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y las facultades para transigir sobre derechos inciertos y discutibles. Lo cual quiere decir que los derechos ciertos e indiscutibles no se pueden transigir y que tampoco se pueden renunciar los derechos mínimos laborales.

63 Consejo de Estado, Sentencia de unificación 11001031500020090132801 del 31 de julio de 2012.

64 ARTICULO 2º. CONSTANCIAS. El conciliador expedirá constancia al interesado en la que se indicará la fecha de presentación de la solicitud y la fecha en que se celebró la audiencia o debió celebrarse, y se expresará sucintamente el asunto objeto de conciliación, en cualquiera de los siguientes eventos:

1. Cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre acuerdo.
2. Cuando las partes o una de ellas no comparezca a la audiencia. En este evento deberán indicarse expresamente las excusas presentadas por la inasistencia si las hubiere.
3. Cuando se presente una solicitud para la celebración de una audiencia de conciliación, y el asunto de que se trate no sea conciliable de conformidad con la ley. En este evento la constancia deberá expedirse dentro de los 10 días calendario siguientes a la presentación de la solicitud.

En todo caso, junto con la constancia se devolverán los documentos aportados por los interesados. Los funcionarios públicos facultados para conciliar conservarán las copias de las constancias que expidan y los conciliadores de los centros de conciliación deberán remitirlas al centro de conciliación para su archivo.

65 La Sección Segunda del Consejo de Estado ha explicado: “En efecto, frente a la disposición contenida en el artículo 13 de la ley 1285 de 2009, que condiciona la existencia de la conciliación prejudicial como requisito para demandar a que los asuntos ‘sean conciliables’ y ante la falta de reglamentación de la misma no era posible pedir su cumplimiento, el juez debió dar trámite a la demanda, que vale la pena mencionar, fue

presentada dentro del término de caducidad.

En consecuencia, observa la Sala que en la decisión del Tribunal Administrativo del Cesar de rechazar la demanda por falta del requisito de procedibilidad de la conciliación, se omitió considerar que para el momento en el que se presentó, no se había reglamentado el artículo 13 de la ley 1285 de 2009, circunstancia que le permitía continuar con el trámite del proceso máxime si se tiene en cuenta la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política, motivo por el cual se revocará la providencia apelada” para en su lugar, ordenar al Tribunal Administrativo del (...) admitir la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por (...) y otros. Extracto de la providencia del 7 de abril de 2011 (C.P. Alfonso Vargas Rincón), reiterando el pronunciamiento del 10 de diciembre de 2009 y del 9 de diciembre de 2010 (C.P. Gustavo Gómez Aranguren).

66 Ver folio 96 del cuaderno uno del expediente.

67 El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta no aceptó el argumento planteado en cuanto a que como se está discutiendo la legalidad del acto administrativo, es razón suficiente para ser un asunto no conciliable. Al respecto manifestó: “Cabe indicar entonces que efectivamente lo atacable con la presente acción es la nulidad de los actos administrativos que dieron origen a una sanción pecuniaria, que es lo que pretende atacar finalmente el accionante, es decir el desmonte de los actos administrativos y por ende la sanción a él impuesta” (Folio 72 del expediente).

68 El Tribunal Administrativo del Magdalena comparte la tesis planteada por el a quo “en cuanto a que todo conflicto emanado de un acto administrativo y del cual se desprenda un contenido patrimonial debe ser sometido en forma previa al requisito de conciliación prejudicial a efecto de acceder a la justicia” (Folio 84 del expediente).

69 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Extracto de la providencia del 7 de abril de 2011 (C.P. Marco Antonio Velilla Moreno). En similar sentido, véase la providencia del 28 de enero de 2010 (C.P. Luis Rafael Vergara Quintero), Sección Segunda, Subsección “A” y la providencia del 18 de febrero de 2010 (C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila), Sección Segunda, Subsección “B”, entre otras.

70 Mercancía consistente en 44 unidades de maquinas tragamonedas, decomisadas a favor de la Nación mediante Resolución del 13 de mayo de 2008, acto administrativo confirmado el 2 de octubre de 2008 (folio 5 al 24, cuaderno 1).

71 El a quo consideró que sí le era aplicable el requisito de procedibilidad de la conciliación previa a la admisión de la demanda y que las pretensiones de la demanda no eran de las exceptuadas por el Decreto 1716 de 2009.

72 El rechazo tuvo como fundamento que durante el término concedido, el demandante no acreditó el cumplimiento al requisito de procedibilidad.

73 EL ad quem consideró que “la demanda presentada contra una persona jurídica de derecho público en la que se enjuicia un acto administrativo de carácter particular y de contenido económico, pues, se trata de una mercancía decomisada que, indudablemente, se traduce en una afectación negativa desde el punto de vista patrimonial o de ganancia para la parte demandante (...)” (Folio 70 del expediente).

74 La Sección Segunda del Consejo de Estado ha explicado: “En efecto, frente a la disposición contenida en el artículo 13 de la ley 1285 de 2009, que condiciona la existencia de la conciliación prejudicial como requisito para demandar a que los asuntos ‘sean conciliables’ y ante la falta de reglamentación de la misma no era posible pedir su cumplimiento, el juez debió dar trámite a la demanda, que vale la pena mencionar, fue presentada dentro del término de caducidad.

Exigirlo antes de que se hubiera regulado su operatividad, manejo, procedimiento, se constituye en una actuación violatoria del debido proceso, derecho que debe prevalecer en toda actuación tanto administrativa como judicial.

En consecuencia, observa la Sala que en la decisión del Tribunal Administrativo del Cesar de rechazar la demanda por falta del requisito de procedibilidad de la conciliación, se omitió considerar que para el momento en el que se presentó, no se había reglamentado el artículo 13 de la ley 1285 de 2009, circunstancia que le permitía continuar con el trámite del proceso máxime si se tiene en cuenta la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política, motivo por el cual se revocará la providencia apelada” para en su lugar, ordenar al Tribunal Administrativo del (...) admitir la

demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por (...) y otros. Extracto de la providencia del 7 de abril de 2011 (C.P. Alfonso Vargas Rincón), reiterando el pronunciamiento del 10 de diciembre de 2009 y del 9 de diciembre de 2010 (C.P. Gustavo Gómez Aranguren).

75 Cfr. con las siguientes providencias de la Sección Primera del Consejo de Estado: Autos del 18 de febrero y 18 de agosto de 2010 (Exps. 2009-00232 y 2009-00411, respectivamente); del 7 de abril de 2011 (Exp. 2010-00146-01) - C.P. Marco Antonio Velilla Moreno. Véase también los Autos del 2 y 30 de junio de 2011 (Exp. 2010-421 y 2009-0038201, respectivamente); del 4 de agosto de 2011 (Exp.2009-002330) - C.P. María Elizabeth García. En el mismo sentido, ver los Autos del 18 de marzo de 2010 (Exp. 2001-01629), del 8 de julio de 2010 (Exp.2009-00085) y del 29 de julio de 2010 (Exp. 2009-00216) - C.P. María Claudia Rojas Lasso.

76 Ver, entre otros, los salvamentos de voto del suscrito Magistrado sobre las sentencias T-590, T-591, T-643 y T-840 de 2006; T-247, T-680 y T-794 de 2007; T-402, T-417, T-436 y T-891 de 2008, así como frente a los autos A-222 y A-256 de 2006 y A-045 de 2007. Igualmente, entre otras, aclaraciones de voto ante las sentencias T-987 y T-1066 de 2007; T-012, T-240, T-350, T-831, T-871, T-925, T-945, T-1029, T-1263 y T-1265 de 2008; T-093, T-095, T-199, T-249, T-364, T-517, SU-811, T-904 y T-906 de 2009; T-103 y T-119 de 2010; y recientemente, T-464, T-703, T-786 y T-867 de 2011.

77 C-590 de 2005.