IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD – Existencia de otro medio de defensa judicial / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Medio idóneo

Para la Sala el último de los requisitos de procedibilidad adjetiva no se cumple en el presente caso, pues el señor AMADEO TAMAYO MORÓN, tiene a su disposición otro recurso o medio judicial a su alcance como es el recurso extraordinario de revisión, frente a su ataque contra la sentencia del juez de controversias contractuales, como pasa a explicarse. En el escrito que dio origen a la presente acción constitucional, el tutelante luego de hacer referencia a los hechos y pruebas del proceso ordinario, resaltó que se presentaban dos vicios, el defecto orgánico, ante la carencia de competencia para declarar de oficio la nulidad del contrato, por haber operado la caducidad de la acción y el defecto sustantivo por la inaplicación de los artículos 41 de la Ley 153 de 1887 y el 1º de la Ley 791 de 2002, la primera regula cómo operan los cambios normativos en cuanto a los términos de prescripción y, la segunda, redujo las prescripciones veintenarias a diez años del Código Civil. Indicó que el juez de controversias contractuales no tuvo en cuenta que «…forma clara e inequívoca el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, en materia de prescripción, no es la fecha de celebración de un contrato privado o estatal lo que determina el régimen jurídico aplicable sino {sic} que este se define por la voluntad del prescribiente, lo cual, en todo caso, debe valorarse conforme al principio de favorabilidad». De lo anterior, se observa que, los cuestionamientos recaen en que que el ad quem del proceso ordinario se pronunció sobre aspectos que ya no eran de su resorte, ante la operancia de la caducidad, como lo declaró en la primera resolutiva de su sentencia al confirmar la declaratoria del a quo contractual, pero que, no obstante, asumió de oficio el estudio de la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito y, además, inaplicó el principio de favorabilidad en la escogencia del término de la prescripción a voluntad del prescribiente, lo que afecta la sentencia como tal y da pie para la incursión en los hechos constitutivos de las causales propias del recurso extraordinario de revisión, como puede acontecer con aquella prevista en el numeral 5º del artículo 250 del CPACA, que incluye temas tan importantes como la congruencia. (…) En vista de lo anterior, para este juez constitucional es evidente que el tutelante contaba con otro mecanismo judicial para la protección de sus derechos fundamentales, pues como él lo sostiene la Sección Tercera del Consejo de Estado, Subsección B, con el fallo de 29 de septiembre de 2015, desconoció su propia declaratoria de caducidad de la acción para asumir de oficio la declaratoria de nulidad del contrato por objeto ilícito, lo cual califica de contradictorio y de carente de competencia, motivos por los que pudo acudir al recurso extraordinario de revisión que dispone la ley, actualmente en el CPACA. Y en efecto, contra la citada sentencia ya fue ejercido este medio de defensa cursa recurso extraordinario de revisión, bajo el radicado 11001-03-15-000-2016-03181-00, a cargo de la Sala Sexta Especial de Revisión. Por su parte la Corte Constitucional en sentencia SU-659 del 22 de octubre de 2015, afirmó que el recurso extraordinario de revisión «…será eficaz cuando “i) la única violación alegada sea el derecho al debido proceso y, eventualmente, la de otros derechos que no tienen carácter fundamental”, o “ii) cuando el derecho fundamental cuya protección se solicita sea susceptible de ser protegido de manera integral dentro del trámite del recurso, porque concurren en él (a) causales de revisión evidentemente dirigidas a salvaguardar dicho derecho, y (ii) en caso de prosperar el recurso, decisiones que restauran de forma suficiente y oportuna el derecho.”», presupuestos que se cumplen en el presente caso, toda vez que, el señor AMADEO TAMAYO MORÓN planteó como violado su derecho fundamental al

debido proceso, cuya protección es viable activarse mediante dicho recurso por existir causal de revisión como se explicó

FUENTE FORMAL: LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 35 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 111 NUMERAL 3 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 271 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 250 NUMERAL 5

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03386-01(IJ)

Actor: AMADEO ANTONIO TAMAYO MORÓN

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B

Decide la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la impugnación[1] presentada por la Magistrado Ponente de la Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado, que profirió la decisión judicial cuestionada con la presente tutela, contra el fallo del 5 de octubre de 2016 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por medio del cual **amparó** el derecho fundamental al **debido proceso** del señor **AMADEO ANTONIO TAMAYO MORÓN**.

I. ANTECEDENTES

1. La tutela

El señor **TAMAYO MORÓN** solicitó el amparo del derecho fundamental al debido proceso,[2] que consideró vulnerado con la decisión adoptada en segunda instancia por la Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del proceso de controversias contractuales con radicación *20011233100020010135101*

[1] Fls. 304 - 309.
[2] Fls. 1 – 23.

(33139).[3]

1.2. Hechos de la acción

La Sala resume los hechos relevantes de la tutela de la siguiente manera:

a) La Procuraduría General de la Nación, a través del Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado, presentó demanda de controversias contractuales contra el Departamento del Cesar y el señor **AMADEO ANTONIO TAMAYO MORÓN**, donde solicitó la nulidad absoluta del contrato No. 38 de 1999, que tuvo por objeto la asesoría, consultoría y gestión, para obtener las indemnizaciones o compensaciones por el proceso de privatización de Electrocesar, ordenada por el Gobierno Nacional, así como la nulidad de los contratos aclaratorios No. 1 y 2 del anterior, celebrado entre aquellos.

Como motivos de la nulidad solicitada, el órgano de control indicó que se configuró la causal establecida en el numeral 2 del artículo 44[4] de la Ley 80 de 1993, toda vez que no se realizó un procedimiento para escoger al contratista, vulnerando el principio de transparencia y el deber de selección objetiva.

También se planteó que el contrato desconoció los artículos 13 y 32 numeral 3 del Estatuto de Contratación Estatal y 1502 del Código Civil, por cuanto el negocio jurídico celebrado posee objeto y causa ilícitos, en razón a que el contrato contraría los imperativos legales indicados y en razón a que las labores encomendadas al contratista podían ser realizadas por abogados de la misma Gobernación del Cesar.
En cuanto al acta de liquidación, expresó la Procuraduría que existió falsa motivación y carencia de causa, pues se realizaron reconocimientos que no tenían sustento fáctico, ya que los rubros otorgados al contratista, como reconocimiento por estampillas pro-electrificación rural, fueron revindicados a favor del

---

[3] Así se observa el radicado en la copia impresa de la sentencia aportada con la tutela, visible a fl. 90. Pues en la página web de la Corporación, el radicado es No. «*20001233100020010135101*».
[4] «*Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:*
1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;
2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;
3. Se celebren con abuso o desviación de poder;
4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y
5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley».

departamento antes de celebrarse el contrato.

Finalmente, indicó la PGN que el valor de los honorarios pactados en un 16% sobre los beneficios adquiridos es excesivo y es contrario a lo establecido en los artículos 1498[5] del Código Civil; el 27[6] de la Ley 80 de 1993, toda vez que la retribución que recibe el contratista debe guardar relación con las gestiones adelantadas.[7]

b) El Tribunal Administrativo del Cesar, mediante sentencia del 29 de junio de 2006, resolvió la primera instancia, donde declaró la nulidad del acta de liquidación suscrita el 2 de octubre de 2000, entre el departamento del Cesar y el tutelante; ordenó que éste le reintegre a aquél el valor recibido como anticipo por la suma de $15.578.353.

Luego de revisar las pruebas del proceso, se concluyó que los cargos planteados para declarar la nulidad absoluta del contrato no se configuraron, pues la Gobernación adelantó un estudio de necesidad y conveniencia para contratar un profesional especializado por los procesos de restructuración y privatización de Corelca y las electrificadoras de la costa atlántica y, entre ellas, la liquidación de Electrocesar; por ello se optó por la contratación directa, de conformidad con el literal d) del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 3 del Decreto No. 855 de 1994; por lo anterior, el *a quo* del proceso ordinario determinó que no se dieron las causales para declarar la nulidad absoluta del contrato, pues el mismo se ajustó a las normas que lo rigieron y poseía objeto y causa lícitos.

Luego analizó la nulidad parcial alegada por la PGN en cuanto al tema de los honorarios pactados, al revisar el contrato, las normas alegadas por el demandante y las pruebas allegadas, el Tribunal encontró que inicialmente se había pactado el 16% de lo que se lograra recuperar o compensar en tres aspectos, después se suscribió el contrato aclaratorio No. 2, donde se especificó que solo sería un 16% de todo el conjunto y que no podrían ser acumulativos y,

---

[5] «*El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio*».

[6] «En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento».

[7] Fls. 13 – 46. Demanda de controversias contractuales.

finalmente, en el acta de liquidación se pactó que los honorarios serían del 10%. Por lo anterior, concluyó que dicho pacto no afectaba principio del equilibrio financiero del contrato estatal, razones por la cuales negó esta pretensión.

Por último, estudió la pretensión de nulidad del acto de liquidación del contrato No. 38 de abril 1999. El Tribunal encontró que este contrato solo se perfeccionó hasta el 22 de diciembre de 1999 cuando se produjo el registro presupuestal correspondiente; luego revisó el acta donde se incluyeron valores recuperados por actividades realizadas por el señor **TAMAYO MORÓN** antes del perfeccionamiento del contrato de prestación de servicios y otras por gestiones propias del Gobernador del Cesar; por lo que concluyó que existió desviación de poder en el acta de liquidación, razón por la cual, la declaró nula, también ordenó la devolución del anticipo dado el 27 de mayo de 1999, pues el mismo se desembolsó cuando dicho contrato aún no se había perfeccionado.[8]

c) Inconforme con la anterior decisión las partes la apelaron.

d) La Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante providencia del 29 de septiembre de 2015, resolvió la segunda instancia, revocó parcialmente la sentencia del Tribunal Administrativo del Cesar para, en su lugar, **declarar probada la excepción de caducidad de la acción contractual** pero, de igual forma, **declaró de forma oficiosa la nulidad** del contrato No. 38 del 8 de abril de 1999 y del acta de liquidación bilateral suscrita por las partes el 2 de octubre de 2000 y, finalmente, condenó al tutelante a devolver al departamento el valor de $22.096.304, por el anticipo recibido.

Para tomar la anterior decisión, la autoridad judicial cuestionada con la presente tutela, en la parte inicial de las consideraciones realizó una relación de las pruebas obrantes en el proceso. Luego estudió la legitimación del Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado para promover la acción de controversias contractuales, concluyendo que se encuentra facultado para ello, por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

Seguidamente, procedió a estudiar la excepción de caducidad propuesta por el demandado, para lo cual, explicó que «*… en la actualidad el registro presupuestal*

[8] Fls. 37 – 61.

no comporta un requisito para la existencia y perfeccionamiento del contrato, sino para su ejecución. Con todo, ello significa que la iniciación del contrato no podrá anteceder al registro presupuestal, en cuanto sin este nada se puede ejecutar».

Indicó la autoridad judicial que el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, establece que el contrato estatal se perfecciona cuando «… *se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito*», que en el presente caso se dio al suscribirlo el 8 de abril de 1999, el término de los 2 años que establecía el artículo 136, numeral 10, literal e) del Decreto No. 01 de 1984,[9] venció el 8 de abril de 2001, para concluir que el órgano de control ejerció la acción contractual de forma extemporánea, pues la presentó el 5 de octubre de 2001, razón por la cual, declaró la prosperidad de la excepción de caducidad de la acción alegada por el demandado.

A pesar de lo anterior, la Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado, estudió la nulidad absoluta del contrato cuestionado, para lo cual, explicó:

«Ahora, si bien el órgano de control no ejerció la acción contractual dentro de los dos años siguientes al perfeccionamiento del contrato, ello no impide ni coarta la facultad oficiosa del juez para hacerlo. Esto si se considera que el juez administrativo podrá declarar oficiosamente la nulidad absoluta, siempre que se encuentre plenamente demostrada en el proceso, con audiencia de las partes o sus causahabientes, como lo prevé el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, mediante el cual se modificó el artículo 87 del C.C.A.[10], pues la facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato, no está sometida al término de caducidad de la acción. Esto es así en cuanto se trata del ejercicio de una potestad a la que no le resultan aplicables las restricciones propias del derecho de

---

[9] «*La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento…*».

[10] *«ARTICULO 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. (…)*

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil».

acción, como así lo entendió la Sala en sentencia de 16 de febrero de 2006[11]. Sobre el particular se manifestó:

"Sobre este punto se ha pronunciado la Sala Plena[12], manifestando que la potestad del juzgador para declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato, depende del cumplimiento de dos condiciones: que la nulidad absoluta se encuentre plenamente demostrada en el proceso, y que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, caso en el cual, surgirá el deber del juez de declararla, cualquiera sea el proceso de que se trate; y ha dicho además la Sala sobre tal facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato, que la misma no está sometida al término de caducidad de la acción, "...porque el ejercicio de una potestad difiere sustancialmente del ejercicio del derecho de acción, por virtud del cual se acude a la jurisdicción para pedir la declaración judicial...".

, no {sic} obstante lo cual, sí se impone la limitación contenida en el artículo 1742 del C.C., "...que prevé el saneamiento de la nulidad por prescripción extraordinaria de 20 años[13], aun cuando la misma se haya generado por objeto o causa ilícitos..." [14]».

Con fundamento en lo anterior, la autoridad judicial declaró de manera oficiosa la nulidad del contrato No. 038 de 1999 por «*… cuanto se encuentran configurados los elementos para declararla, pues no consultó los principios que gobiernan la selección objetiva*», lo que explicó extensamente y, en vista de la anterior manifestación, la misma suerte corrió el acta de liquidación del mencionado contrato.[15]

1.3. Pretensión constitucional

Para lograr el restablecimiento del derecho vulnerado el señor **TAMAYO MORÓN**

---

[11] «*Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 13414. M.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA*».
[12] «*Sentencia del 6 de septiembre de 1999; Expediente S-025. Actor: Jorge Antonio Dagil B*».
[13] «*Se precisa que si bien es cierto que la ley 791 de 2002, art. 1, redujo estos términos a 10 años, la misma no es aplicable al caso que se analiza, puesto que el contrato materia de evaluación se celebró con anterioridad a su vigencia».*
[14] «*Sentencia del 6 de julio de 2005. Expediente 12.249. Actor: Nicolás Eduardo Trejos Ossa*».
[15] Fls. 90 – 149.

solicitó revocar el fallo proferido por la Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado el 29 de septiembre de 2015 y, en su lugar, emitir «*...una sentencia sustitutiva o de reemplazo de la que se deje sin efectos por la caducidad de la acción al momento de su presentación o promoción y/o en la que se declare la ocurrencia del saneamiento de cualquier nulidad absoluta, por la ocurrencia de la prescripción extraordinaria y, en consecuencia se nieguen las pretensiones de la demanda*».[16]

1.4. Fundamentos de la tutela

Revisado el escrito de tutela, el señor **TAMAYO MORÓN** planteó como causales especiales de procedibilidad las siguientes:

1.4.1. Alegó que existió un **defecto orgánico**, toda vez que el Consejo de Estado carecía de competencia para declarar de oficio la nulidad del contrato, por haber operado la caducidad de la acción.

1.4.2. También puso de presente que en la providencia cuestionada se configuró un **defecto sustantivo** por la inaplicación de los artículos 41 de la Ley 153 de 1887 y el 1º de la Ley 791 de 2002, la primera regula cómo operan los cambios normativos en cuanto a los términos de prescripción y, la segunda, redujo las prescripciones veintenarias a diez años del Código Civil y, en el presente caso, la Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado, desconociendo las anteriores normas, aplicó el término de 20 años de prescripción extraordinaria, bajo el argumento que el contrato se suscribió antes de la entrada en vigencia de la ley del 2002, cuando en «*…forma clara e inequívoca el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, en materia de prescripción, no es la fecha de celebración de un contrato privado o estatal lo que determina el régimen jurídico aplicable sino {sic} que este se define por la voluntad del prescribiente, lo cual, en todo caso, debe valorarse conforme al principio de favorabilidad*».

2. Trámite de instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante auto del 14 de diciembre de 2015, admitió la tutela y ordenó notificar como demandados a los Magistrados

[16] Fl. 21.

integrantes de la Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado.

De igual manera, ordenó comunicar como terceros con interés a los Magistrados del Tribunal Administrativo del Cesar; a la Procuraduría General de la Nación y al departamento del Cesar.[17]

Remitidas las misivas del caso, se dieron las siguientes participaciones[18].

3. Intervenciones

3.1. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B

La autoridad judicial cuestionada, a través de la Consejera Ponente al contestar la tutela solicitó negarla, toda vez que no se vulneró derecho fundamental alguno, pues el proceso judicial se resolvió con fundamento en las normas, la jurisprudencia aplicable a los hechos materia de controversia y el caudal probatorio allegado al mismo.

Explicó que los defectos alegados no se dan. Respecto del defecto orgánico, como se indicó en el fallo censurado, el artículo 87 del CCA, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998,[19] faculta al juez contencioso para declarar la nulidad absoluta cuando esté plenamente demostrada en el proceso, aún ante la presencia de la caducidad de acción. En cuanto al defecto sustantivo, expresó: [20]

«Para el accionante se pretermitió la aplicación del artículo 1º de la Ley 791 de 2002, en cuanto atañe a la reducción del término de la prescripción extraordinaria a diez (10) años, imputación que resulta equivocada si se considera que la nulidad absoluta, en cuanto se declara de oficio no admite saneamiento ni requiere de alegato por las partes, salvo que éstas pretendan beneficiarse con las mismas. Esto porque en los términos del artículo 2513 del C.C. "El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio", lo que significa que, para proceder en consecuencia, deberá mediar solicitud del interesado en su beneficio sin que sea óbice para ejercer la protestad de declaratoria oficiosa».

---

[17] Fl. 152.
[18] Fls. 153 - 158.
[19] Hoy el artículo 141 del CPACA.
[20] Fls. 159 - 163.

3.2. Gobernación del Cesar

La autoridad administrativa, como tercero con interés, solicitó negar las pretensiones de la tutela, toda vez que los defectos alegados no están presentes. Expresó que, el artículo 87 del CCA le dio la competencia para declarar de oficio la nulidad absoluta cuando está plenamente demostrada, como ocurrió en el presente caso y en cuanto al defecto sustantivo el mismo no se presentó, primero, porque la Sección Tercera del Consejo de Estado, explicó la razón de aplicar el término de prescripción extraordinaria de 20 años y no el de 10 años que introdujo la Ley 791 de 2002; segundo, pues hay que tener presente que de conformidad con el artículo 90 del CPC, con la presentación de la demanda se interrumpió dicho término de prescripción, al indicar que «*…se equivoca el accionante al contabilizar 10 años desde el 27 de diciembre de 2002 (Entrada en vigencia de la Ley 791 de 2002) hasta el 29 de diciembre de 2015, fecha de la sentencia de segunda instancia, como quiera que por mandato del artículo 90 del C. de P.C., los términos prescriptivos se interrumpen con la presentación de la demanda de la Procuraduría (8 de octubre de 2001)*».[21]

4. Fallo de primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado **amparó** el derecho al debido proceso alegado por el señor **TAMAYO MORÓN**, mediante sentencia del 5 de octubre de 2016, pues al estudiar las pruebas allegadas a la acción constitucional y la providencia judicial cuestionada, encontró que se configuraron los defectos alegados, motivo por el cual, dejó sin efectos los numeral tercero a sexto de la providencia cuestionada, que corresponde a la declaratoria oficiosa de la nulidad absoluta del contrato, del acta de liquidación bilateral y la orden de devolución del anticipo y dejó en firme los numerales primero y segundo, mediante los cuales modificó parcialmente la sentencia apelada y declaró la prosperidad de la excepción de caducidad de la acción.[22]

Así, respecto del **defecto orgánico** expresó que el mismo se encuentra estructurado en la providencia judicial controvertida, toda vez que al declarar la caducidad de la acción, la autoridad judicial cuestionada, automáticamente perdió

[21] Fls. 170 – 174.
[22] Fls. 264 - 297.

competencia para hacer cualquier tipo de pronunciamiento sobre el contrato cuestionado y en cuanto a la facultad de declarar la nulidad absoluta del contrato de forma oficiosa, indicó el *a quo* de tutela que «*…**ese pronunciamiento de oficio del juez administrativo tiene que hacerse dentro de un proceso legítimamente iniciado**, pues los jueces solo pueden ejercer sus potestades dentro de una relación jurídico procesal exenta de vicios y de acuerdo con las formas propias definidas en la ley, entre las cuales destaca la oportunidad de la acción, pues de ninguna manera puede el juez, aún para ejercer una facultad, hacerlo dentro de un proceso ilegítimo, como ocurría en el caso que se haya iniciado de manera extemporánea, o sea, una vez caducada la acción*».[23]

También encontró demostrado el **defecto sustantivo** por cuanto «*pretermitió aplicar al caso el artículo 1º de la Ley 791 de 2002, en concordancia con el artículo 41 de Ley 153 de 1887…*», al desconocer que había operado el fenómeno de la prescripción lo que vulneró el derecho al debido proceso, como los principios de favorabilidad e interpretación *pro homine* que «*…impone el deber de escoger la interpretación más favorable al momento de determinar cuál es la norma aplicable para decidir una controversia*», lo que en el presente caso no se dio, pues en contra de los intereses del tutelante la autoridad judicial cuestionada al momento de fallar el proceso de controversias contractuales, el 29 de septiembre de 2015, optó por aplicar la prescripción extraordinaria de 20 años, cuando la Ley 791 de 2002 la redujo a 10.

5. Impugnación

La Magistrada Ponente de la Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado inconforme con la anterior decisión la impugnó.

Para solicitar su revocatoria, argumentó que los defectos alegados no se presentan.

Así, respecto del defecto orgánico, como se indicó al contestar la tutela, el artículo 87 del CCA, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, faculta al juez contencioso para declarar la nulidad absoluta cuando esté plenamente demostrada en el proceso, aún ante la presencia de la caducidad de acción, ello en concordancia con los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993, el primero, fija las

[23] Negrilla del texto original.

causales de nulidad absoluta del contrato estatal y, el segundo, impone la obligación al juez de declararla de oficio.

Y respecto al defecto sustantivo indicó que, en consideración del accionante se pretermitió la aplicación del artículo 1º de la Ley 791 de 2002, en cuanto atañe a la reducción del término de la prescripción extraordinaria a diez (10) años, imputación que resulta equivocada si se considera que la nulidad absoluta, cuando se declara de oficio no admite saneamiento ni requiere de alegato por las partes, salvo que éstas pretendan beneficiarse con las mismas. Esto porque en los términos del artículo 2513 del C.C. «*El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio*», lo que significa que, para proceder en consecuencia, deberá mediar solicitud del interesado en su beneficio sin que sea óbice para ejercer la protestad de declaratoria oficiosa.[24]

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para asumir el conocimiento de la impugnación presentada, según lo establecido por el Decreto No. 2591 de 1991[25] el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto No. 1069 de 2015[26] y por el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003[27] de la Sala Plena del Consejo de Estado, que se armoniza, para el caso concreto, con el artículo 35 del CGP y 111-3º y 271 del CPACA, por cuanto la Sala Plena asumió el conocimiento del proceso por importancia jurídica, conforme se decidió de auto 28 de febrero de 2017.

2. Auto que remitió a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Huelga recordar que en auto de 28 de febrero de 2017[28], proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, resolvió avocar el conocimiento del caso

---

[24] Fls. 304 - 309.
[25] «P*or el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*».
[26] «P*or medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho*».
[27] «*Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado*»**.**
[28] Folios 512 a 523.

por interés jurídico y definió los siguientes ejes temáticos a tener en cuenta al momento de adoptar la decisión. Siendo así constituirán derroteros argumentativos para resolver el caso:

- “La oportunidad y alcance de las facultades que constitucionalmente corresponde ejercer a la Procuraduría General de la Nación, en defensa del orden jurídico y el patrimonio público”.

- “La competencia de esta Corporación, la oportunidad para ejercer las potestades oficiosas que le atribuye el ordenamiento de cara a la protección de los intereses superiores y la sujeción de esas facultades a los límites dispuestos para el ejercicio de derechos de contenido particular susceptibles de disposición”.

- “Las restricciones a las potestades oficiosas de esta Corporación en materia de protección de los intereses superiores, para el caso de nulidad absoluta de los contratos celebrados con grave desconocimiento del orden superior y afectación de patrimonio público. Toda vez que habrá de decidirse si resulta posible que esa potestad (a) se conduzca por las normas dispuestas para la adquisición y extinción de los derechos civiles, al margen de las disposiciones del orden público, como las contenidas en la Ley 80 de 1993, el Código de Procedimiento Civil y la Ley 790 de 2005 y (b) cede ante la seguridad jurídica por lo que propende la caducidad”.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012,[29] **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales,[30] y en ella concluyó:

«… si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, **antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004**

[29] Sala Plena. Consejo de Estado. Expediente 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de tutela (importancia jurídica). Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.
[30] El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

(Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente**…».[31]

Conforme al anterior precedente, es claro que la Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, conforme a él, es necesario estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, para la Sala ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los «*… fijados hasta el momento jurisprudencialmente…*». En efecto, sabido es que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia[32] a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -procedencia sustantiva- y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto -procedencia adjetiva.

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

---

[31] Negrilla con subrayado fuera de texto.
[32] Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección según el caso, declarará **improcedente** el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

4. Examen de los requisitos: Procedencia adjetiva

4.1. Tutela contra Tutela

La Sala encuentra que el primero de los aludidos requisitos de procedencia de la tutela contra providencias judiciales está superado en el presente caso, toda vez que, no se trata de tutela contra tutela, pues a través de la presente acción constitucional se atacan las decisiones tomadas dentro de una acción de controversias contractuales.

4.2. Inmediatez

Para la Sala la acción de tutela se ejerció en un término razonable, en razón a que la inmediatez, en el presente caso no presenta ningún cuestionamiento, ello porque la demanda en ejercicio de la acción de tutela se presentó el **4 de diciembre de 2015**[33] y la decisión judicial de segunda instancia dentro del proceso de controversias contractuales proferida el 29 de septiembre de 2015, la cual es objeto de esta tutela, se notificó por edicto del **28 de octubre de 2015** y **quedó ejecutoriada el 3 de noviembre de 2015**[34], es decir, se presentó en un término razonable, habiendo tan solo transcurrido un (1) mes.

4.3. Subsidiariedad

Finalmente, para la Sala el último de los requisitos de procedibilidad adjetiva no se cumple en el presente caso, pues el señor **AMADEO TAMAYO MORÓN**, tiene a su disposición otro recurso o medio judicial a su alcance como es el **recurso extraordinario de revisión**, frente a su ataque contra la sentencia del juez de controversias contractuales, como pasa a explicarse.

En el escrito que dio origen a la presente acción constitucional, el tutelante luego de hacer referencia a los hechos y pruebas del proceso ordinario, resaltó que se

---

[33] Fl. 1.
[34] Fl. 700 cdno. 25 ppal.

presentaban dos vicios, el **defecto orgánico**, ante la carencia de competencia para declarar de oficio la nulidad del contrato, por haber operado la caducidad de la acción y el **defecto sustantivo** por la inaplicación de los artículos 41 de la Ley 153 de 1887 y el 1º de la Ley 791 de 2002, la primera regula cómo operan los cambios normativos en cuanto a los términos de prescripción y, la segunda, redujo las prescripciones veintenarias a diez años del Código Civil. Indicó que el juez de controversias contractuales no tuvo en cuenta que «*…forma clara e inequívoca el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, en materia de prescripción, no es la fecha de celebración de un contrato privado o estatal lo que determina el régimen jurídico aplicable sino {sic} que este se define por la voluntad del prescribiente, lo cual, en todo caso, debe valorarse conforme al principio de favorabilidad*».

De lo anterior, se observa que, los cuestionamientos recaen en que que el *ad quem* del proceso ordinario se pronunció sobre aspectos que ya no eran de su resorte, ante la operancia de la caducidad, como lo declaró en la primera resolutiva de su sentencia al confirmar la declaratoria del *a quo* contractual, pero que, no obstante, asumió de oficio el estudio de la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito y, además, inaplicó el principio de favorabilidad en la escogencia del término de la prescripción a voluntad del prescribiente, lo que afecta la sentencia como tal y da pie para la incursión en los hechos constitutivos de las causales propias del recurso extraordinario de revisión, como puede acontecer con aquella prevista en el numeral 5º del artículo 250 del CPACA, que incluye temas tan importantes como la congruencia.

El principio de congruencia que debe existir en toda providencia judicial. Este principio lo regula en el artículo 281 del Código General del Proceso, en los siguientes términos:

«La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley».

Por otro lado, el Consejo de Estado a través de sus Salas Especiales de Decisión ha establecido que la nulidad originada en la sentencia, se puede invocar como

una causal para la procedencia del recurso extraordinario de revisión,[35] incluso por el vicio de incongruencia, sobre el particular, la Sala Especial de Decisión No. 22 de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Consejero Alberto Yepes Barreiro, en providencia del 2 de febrero de 2016, dentro del recurso extraordinario de revisión radicado No. 11001-03-15-000-2015-02342-00 y actor Luis Ángel Torres Gómez, sobre el particular manifestó:

«**2.6. Desconocimiento del principio de congruencia como causal de nulidad de la sentencia**

Dentro del contexto expuesto en el acápite anterior, la jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa ha indicado que debe aceptarse que la causal 6ª del artículo 188 del C.C.A., hoy 5 del artículo 250 del CPACA, por nulidad originada en la sentencia, se configura, entre otras razones, cuando al demandado se le condena por cantidad superior, o por objeto distinto del pretendido en la demanda o por causa diferente a la invocada en la misma.

Circunstancia que también podría encuadrarse en la causal de falta de competencia, en este caso, en cuanto el juez se pronuncia por fuera de los límites impuestos en la causa petendi.

Ello significa que es procedente el recurso extraordinario de revisión contra los fallos dictados por esta jurisdicción en segunda instancia o única, si se alega el desconocimiento del **principio de la congruencia**, que en últimas implica una actuación sin competencia.
…
En términos generales, la congruencia se entiende como el deber legal que tienen los funcionarios judiciales al emitir sus decisiones de no incurrir en fallos *ultrapetita*, *extrapetita* o *minuspetita*…

Además, la congruencia también se puede calificar según las relaciones que se produzcan entre la sentencia, entendida como un todo, y lo pedido y planteado por las partes.
…
En este orden de ideas, esta Sala Especial advierte, conforme a lo expuesto, que la causal de revisión contenida en el numeral 5º del artículo 250 del CPACA -antes

[35] Artículos 248 a 255 del CPACA.

6 del artículo 188 del C.C.A.-, es decir, nulidad originada en la sentencia, se puede configurar cuando el fallo objeto de revisión ha desatendido la congruencia interna y/o la externa, pues, en uno y otro caso, el fallador incurre en una clara violación del debido proceso, artículo 29 constitucional, dado que la providencia proferida en esos términos resulta contraria a las formas propias de cada juicio…».

En vista de lo anterior, para este juez constitucional es evidente que el tutelante contaba con otro mecanismo judicial para la protección de sus derechos fundamentales, pues como él lo sostiene la Sección Tercera del Consejo de Estado, Subsección B, con el fallo de 29 de septiembre de 2015, desconoció su propia declaratoria de caducidad de la acción para asumir de oficio la declaratoria de nulidad del contrato por objeto ilícito, lo cual califica de contradictorio y de carente de competencia, motivos por los que pudo acudir al recurso extraordinario de revisión que dispone la ley, actualmente en el CPACA. Y en efecto, contra la citada sentencia ya fue ejercido este medio de defensa cursa recurso extraordinario de revisión, bajo el radicado 11001-03-15-000-2016-03181-00, a cargo de la Sala Sexta Especial de Revisión.

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia SU-659 del 22 de octubre de 2015, afirmó que el recurso extraordinario de revisión «*…será eficaz cuando "i) la única violación alegada sea el derecho al debido proceso y, eventualmente, la de otros derechos que no tienen carácter fundamental", o "ii) cuando el derecho fundamental cuya protección se solicita sea susceptible de ser protegido de manera integral dentro del trámite del recurso, porque concurren en él (a) causales de revisión evidentemente dirigidas a salvaguardar dicho derecho, y (ii) en caso de prosperar el recurso, decisiones que restauran de forma suficiente y oportuna el derecho."*», presupuestos que se cumplen en el presente caso, toda vez que, el señor **AMADEO TAMAYO MORÓN** planteó como violado su derecho fundamental al debido proceso, cuya protección es viable activarse mediante dicho recurso por existir causal de revisión como se explicó.

Por lo anterior, para este juez constitucional en el presente caso, la decisión de la Sección Cuarta del Consejo de Estado deberá revocarse, para en su lugar, declarar improcedente por no superar el requisito de la subsidiaridad, la demanda de tutela presentada por **AMADEO TAMAYO MORÓN**.

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

FALLA:

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia proferida el 5 de octubre de 2016 por la Sección Cuarta del Consejo del Estado, por medio del cual **amparo** el derecho al debido proceso del señor **AMADEO ANTONIO TAMAYO MORÓN**, de conformidad con la parte motiva de la presente decisión. En su lugar, **DECLARÁSE IMPROCEDENTE** la demanda de tutela incoada por el mencionado actor por no superar el requisito de procedibilidad adjetiva de la subsidiaridad.

SEGUNDO: Devolver el expediente ordinario allegado en calidad de préstamo, de conformidad con el oficio visible a folio 359.

TERCERO: Enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo establecido por el artículo 32 del Decreto No. 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MARÍA ELIZABETH GARCÍA
Presidente (E)

HERNÁN ANDRADE RINCÓN
Ausente con excusa

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Aclara voto

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ B.

STELLA JEANNETTE CARVAJAL B.

MILTON CHAVES GARCÍA

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Aclara voto

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ N.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Ausente con excusa

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO V

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ V.

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Ausente con excusa

ALBERTO YEPES BARREIRO
Ausente con excusa

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO B

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03386-01

Actor: AMADEO ANTONIO TAMAYO MORÓN

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B

De conformidad con lo establecido en el artículo 129 de la Ley 1437 de 2011[36], con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación, me permito exponer las razones por las cuales suscribo la providencia del vocativo de la referencia con aclaración de voto.

Por razones de orden metodológico, abordaré en la presente aclaración, los siguientes ejes temáticos: (i) Potestad de la Corte Constitucional para proferir fallos de unificación en materia de derechos fundamentales; (ii) Límites del juez de tutela en eventos en que la censura recae sobre una providencia judicial ejecutoriada; (iii) Requisito de subsidiariedad; (iv) Idoneidad del recurso

---

[36] **Artículo 129.** ***firma de providencias, conceptos, dictámenes, salvamentos de voto y aclaraciones de voto****. Las providencias, conceptos o dictámenes del Consejo de Estado, o de sus salas, secciones, subsecciones, o de los Tribunales Administrativos, o de cualquiera de sus secciones, una vez acordados, deberán ser firmados por los miembros de la corporación que hubieran intervenido en su adopción, aún por los que hayan disentido. Al pie de la providencia, concepto o dictamen se dejará constancia de los Magistrados ausentes. Quienes participaron en las deliberaciones, pero no en la votación del proyecto, no tendrán derecho a votarlo.*
Los Magistrados discrepantes tendrán derecho a salvar o aclarar el voto. Para ese efecto, una vez firmada y notificada la providencia, concepto o dictamen, el expediente permanecerá en secretaría por el término común de cinco (5) días. La decisión, concepto o dictamen tendrá la fecha en que se adoptó. El salvamento o aclaración deberá ser firmado por su autor y se agregará al expediente.
Si dentro del término legal el Magistrado discrepante no sustentare el salvamento o la aclaración de voto, sin justa causa, perderá este derecho".

extraordinario de revisión cuando la censura contra la providencia judicial se centra en la falta de competencia del juez ordinario para proferir la decisión.

I. **Potestad de la Corte Constitucional para proferir fallos de unificación de jurisprudencia en materia de derechos fundamentales**

El Decreto Ley 2591 de 1991 **"*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*", le confiere a la Corte Constitucional, como guardiana de la Carta, en forma exclusiva y excluyente, las potestades de:**

(i) Seleccionar las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas, para aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio irremediable, competencia que surge del contenido del artículo 33[37]**;**

(ii) Decidir en Sala Plena los cambios de jurisprudencia en materia de acciones de tutela, según lo dispuesto en el artículo 34[38]**;**

(iii) Unificar la jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales, potestad que se desprende del contenido del artículo 35 del referido decreto reglamentario.

Cabe destacar que las normas anteriores fueron objeto de pronunciamiento en sede de control de constitucionalidad por parte de la Corte, en sentencia C-018 del 25 de enero de 1993[39]**, en la que se consideró que la facultad de unificación dada a la corporación en materia de derechos fundamentales y acciones de tutela, se adecua a la finalidad establecida por el constituyente, por su "***pertinencia, su razonabilidad y su constitucionalidad".***

---

[37] La norma citada establece: "*Revisión por la Corte Constitucional. La Corte Constitucional designará dos de sus magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier magistrado de la Corte, o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses".*

[38] El artículo 34, es del siguiente tenor: "*Decisión en Sala. La Corte Constitucional designará los tres magistrados de su seno que conformarán la Sala que habrá de revisar los fallos de tutela de conformidad con el procedimiento vigente para los tribunales del Distrito Judicial. Los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte, previo registro del proyecto de fallo correspondiente".*

[39] Corte Constitucional, Sentencia C-018 del 25 de enero de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero

En esa oportunidad la Corte consideró que su jurisprudencia debía ser universal, coherente y consistente, con el ánimo de realizar el principio de igualdad material consagrado en el artículo 13 de la Carta, en virtud del cual se debe conferir igual tratamiento a situaciones similares, así como propiciar un mínimo de certeza en el tráfico jurídico.

En ese orden, con el fin de lograr tales atributos, consideró que se requería de un mecanismo de unificación el cual tiene dos implicaciones: *"es obligatorio y es didáctico. Lo obligatorio proviene de los artículos 243 de la Carta y 46 del Decreto 2067 de 1991; lo didáctico del artículo 41 idem. Para ello entonces se creó el mecanismo unificador regulado en la norma que nos ocupa".*

Precisó que la fuerza jurídica de las sentencias de revisión de tutela y de unificación de la Corte está relacionada con la función que cumple la jurisdicción constitucional en materia de defensa y protección de los derechos fundamentales y la competencia le fue asignada "*como cabeza de la jurisdicción constitucional, supremo guardián y máximo intérprete de la Carta",* de tal manera que el interés principal de las sentencias de unificación en tutela no es resolver el caso específico sino sentar una *"doctrina"* cuyo destinatario es el país entero.

Tal precisión conceptual resultaba necesaria para establecer la diferencia con la potestad de unificación que le asiste al Consejo de Estado como Corporación de cierre de lo contencioso administrativo, derivada de los artículos 111, numeral 3º, 270 y 271 de la Ley 1437 de 2011, cuyo proferimiento no resulta aplicable al contenido y alcance de los derechos fundamentales ni a los requisitos de procedencia tanto generales como específicos de las acciones de tutela.

De acuerdo con las normas referidas y la sentencia C-588 del 25 de julio de 2012[40], el Consejo de Estado es el órgano definido por la Constitución como máximo tribunal de lo contencioso administrativo y órgano de cierre del mismo, tal como lo dispone el artículo 237 Constitucional[41], y como tal, ostenta el mandato de **unificación jurisprudencial en su jurisdicción**, condición que le imprime fuerza vinculante a determinadas decisiones que profiere.

---

[40] Corte Constitucional, Sentencia 588 del 25 de julio de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo

[41] La norma constitucional le confiere al Consejo de Estado atribución: "1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley".

A juicio de la Corte Constitucional, son las sentencias unificadoras las que válidamente se hallan llamadas a dotar a esta jurisdicción y a la administración en general de reglas de interpretación *"claras, uniformes e identificables"*, en virtud del mandato constitucional aludido.[42]

En consecuencia, en el conocimiento de las acciones de tutela por parte del Consejo de Estado, este actúa dentro de la jurisdicción constitucional, como juez de instancia (primera o segunda) y no como corporación de cierre, de tal manera que no resultaba posible acudir al marco normativo consagrado en los artículos 111 numeral 3º y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como se hizo en acápite de competencia de la sentencia que suscribo con aclaración de voto.

Tal normatividad adjetiva tampoco resultaba aplicable al caso concreto si se revisan las normas de integración consagradas para la acción de tutela, en virtud de las cuales los vacíos normativos se deben llenar con el Código General del Proceso en cuanto sean compatibles con los principios de celeridad, eficacia y economía que rigen este mecanismo excepcional, tal como lo previene el artículo 2.2.3.1.1.3. del Decreto 1069 de 2015[43].

Las precisiones referidas implican igualmente que no resultara posible en sede de segunda instancia de tutela unificar jurisprudencia sobre aspectos propios de la jurisdicción contencioso administrativa como son: (i) Las potestades que constitucionalmente corresponde ejercer a la Procuraduría General de la Nación, en defensa del orden jurídico y del patrimonio público, (ii) La oportunidad para ejercer las potestades oficiosas que le atribuye el ordenamiento al juez contencioso administrativo y (iii) Las restricciones a las potestades oficiosas del Consejo de Estado para los casos en que se presente nulidad absoluta de los contratos celebrados con grave desconocimiento del orden superior o afectación del patrimonio público.

Tal objeto de unificación resulta posible en un proceso ordinario de

---

[42] La norma citada establece: "ARTICULO 39.- Recusación. En ningún caso será procedente la recusación. El juez deberá declararse impedido cuando concurran las causales de impedimento del Código de Procedimiento Penal so pena de incurrir en la sanción disciplinaria correspondiente. El juez que conozca de la impugnación del fallo de tutela deberá adoptar las medidas procedentes para que se inicie el procedimiento disciplinario, si fuere el caso".

[43] *"[p]ara la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela previstas por el Decreto 2591 de 1991 se aplicarán los principios generales del Código General del Proceso, en todo aquello en que no sean contrarios a dicho Decreto".*

controversias contractuales cuyos extremos litigiosos hayan planteado tales problemas jurídicos. Contrario a ello, en el caso concreto correspondía analizar aspectos como los que sugerí en su oportunidad a la Sala Plena de esta Corporación en sesión del 28 de febrero del año en curso y que tienen que ver con la definición de los límites de la decisión de esta Colegiatura como juez de tutela cuando analiza una providencia judicial proveniente de alguna de sus secciones, así como aquellos determinados por la diferencia de criterios entre la sección que fungen como juez especializado en la materia y aquella que tiene a su cargo resolver la petición de amparo constitucional.

Esta circunstancia, que aparece en el caso concreto y además impacta otras decisiones que se han adoptado al interior de la Corporación, hace imperativo realizar un examen de los límites del juez de tutela cuando la censura se dirige contra una providencia judicial.

(ii) Límites del juez de tutela en eventos en que la censura recae sobre una providencia judicial ejecutoriada

Abordar el tema de los límites del juez de tutela cuando la censura se dirige a cuestionar una providencia judicial ejecutoriada, implica en esta oportunidad partir del camino que al respecto han recorrido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado para llegar a la conclusión de la procedencia excepcional de la acción de tutela en estos casos, cuyas principales conclusiones fueron recogidas en la Sentencia C-590 del 8 de junio de 2005[44], cuyos lineamientos fueron acogidos por esta Corporación en el fallo del 4 de agosto de 2014 dictado por la Sala Plena del Consejo de Estado[45].

En tales pronunciamientos se advirtió que la tutela en Colombia -como el amparo en España o el recurso de constitucionalidad en Alemania-, es una acción judicial autónoma, residual y subsidiaria, creada para asegurar la eficacia prevalente de los derechos fundamentales en todos los ámbitos en los cuales dichos derechos puedan resultar vulnerados -incluyendo el ámbito judicial-, que procederá sólo cuando se hubieren agotado todos los medios ordinarios o extraordinarios para su defensa o, excepcionalmente, cuando la protección resulte

---

[44] Corte Constitucional, Sentencia C-590 del 8 de junio de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño
[45] CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez

urgente para evitar un perjuicio irremediable.

Al proceder la protección contra decisiones judiciales, debe tenerse en cuenta que el alcance del juez únicamente procede en aquellos casos en que los jueces profieran decisiones *"… que se tornen constitucionalmente relevantes por desbordar el estricto marco de aplicación de la ley y afectar derechos fundamentales".*

En consecuencia, solo ese tipo de decisiones legitiman la intervención de los jueces constitucionales en tales procesos, sin ello los habilite para resolver el supuesto específico de aplicación de la ley que concierne al caso planteado, sino para resolver la controversia suscitada con ocasión de la vulneración o amenaza de derechos fundamentales[46], por lo que no pueden revisar la corrección de la providencia, sino la razonabilidad y carencia de arbitrariedad de la misma.

Lo anterior implica que el juez constitucional de tutela no puede hacer prevalecer su propio criterio sobre el del juez ordinario que conoció el proceso en virtud de las precisas competencias señaladas por el legislador y dentro de los lineamientos procesales diseñados para el trámite de cada uno de los medios de control, ello por cuanto la revisión de la providencia censurada no puede hacerse como si se tratara de una instancia adicional al proceso ordinario.

Sobre este aspecto la Corte Constitucional, en el mismo pronunciamiento, ha aclarado que una comprensión de la Constitución como sistema normativo plantea la necesidad de "*armonizar la procedencia de la acción de tutela contra ese tipo de pronunciamientos con principios constitucionales como el de seguridad jurídica, con la distribución superior de competencias y con otros principios específicos de la jurisdicción, también de índole constitucional, como los de autonomía e independencia".*

Siendo ello así, el equilibrio entre la acción de tutela como mecanismo diseñado por el constituyente para la protección de los derechos fundamentales, con, los demás principios constitucionales y con los fundamentos superiores de la administración de justicia, llevaron a la Corporación de cierre constitucional a la conclusión de la procedencia de que la acción de tutela contra las decisiones tomadas por la jurisdicción debe ser excepcional, es decir, debe limitarse a

[46] Ibid, cita 9

aquellos casos que efectivamente configuren una lesión o una puesta en peligro de derechos fundamentales, aclarando que *"Sobre este punto, ese es el alcance de la Carta Política de 1991 y de esa manera ha sido interpretada por esta Corporación".*

III. Requisito de subsidiariedad de la acción de tutela

De lo expuesto en el acápite precedente y del carácter residual de la acción de tutela se desprende uno de los más exigentes requisitos de procedibilidad adjetiva que es la subsidiariedad, sin cuyo reconocimiento estaríamos yuxtaponiendo la acción de tutela a los medios de control ordinarios y a los recursos y mecanismos especialmente previstos por el legislador para hacer efectivos por la vía procesal los derechos sustantivos.

Adicionalmente, este requisito impide que la jurisdicción constitucional con un mecanismo cuyas principales características son la celeridad y la economía invada el ámbito de competencia de los jueces ordinarios y además su autonomía e independencia.

Este requisito fue expuesto por la Corte Constitucional, como un requisito general de procedibilidad en el sentido en que el pronunciamiento del juez de tutela solo puede darse en aquellos casos en que *"… se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable"*.

Lo anterior implica que constituye un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos, en la medida en que, *"… de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última"*[47].

Adicionalmente, en la Sentencia SU - 263 del 7 de mayo de 2015[48], la Corte

[47] Ibíd.
[48] Corte Constitucional, Sentencia SU- 263 del 7 de mayo de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

reiteró que tratándose de tutelas contra sentencias proferidas por Altas Cortes, en particular por la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, y el Consejo de Estado, tribunal supremo de lo contencioso administrativo, el amparo resulta *"… más restrictivo, en la medida en que sólo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional".*

Lo anterior en la medida en que la intervención del juez constitucional no debe entenderse como un argumento de autoridad, pues –se reitera– el control realizado en sede de tutela no supone una corrección del fallo ordinario o administrativo desde un punto de vista legal, sino desde una perspectiva constitucional.

(iv) Idoneidad del recurso extraordinario de revisión cuando la censura contra la providencia judicial se centra en la falta de competencia del juez ordinario para proferir la decisión

En múltiples ocasiones, especialmente en la sentencia C-520 del 4 de agosto de 2009[49], en la que se estudió una demanda contra el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, la Corte Constitucional ha establecido que el recurso extraordinario de revisión constituye una excepción al principio de cosa juzgada de las sentencias ejecutoriadas y que su finalidad es permitir enmendar los errores o irregularidades que se presentan en una providencia. Esas anomalías otorgan la potestad de proferir una nueva decisión que constituya una aplicación de la justicia material y resulte acorde al ordenamiento jurídico.

Ello por cuanto el legislador previó el recurso de revisión como mecanismo extraordinario para cuestionar la validez de las sentencias ejecutoriadas cuando sea evidente que estas se soportaron en errores, ilicitudes o hechos incompletos, que hacen de la providencia un pronunciamiento contrario a los valores fundantes del ordenamiento jurídico.

El recurso de revisión está sujeto a unas causales taxativas que limitan su alcance a las anomalías de alta trascendencia y constituye una verdadera acción

---

[49] Corte Constitucional, Sentencia C -520 del 4 de agosto de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa

impugnatoria con efectos rescisorios, diseñada como una institución procesal dirigida a la protección de los derechos de acceso a la justicia y al debido proceso.

Es en esta medida en que la Corte ha reconocido que el recurso de revisión tiene una conexión con la tutela judicial efectiva, por cuanto su naturaleza es la de proteger la justicia material pese a que el trámite judicial haya finalizado, concediendo a los ciudadanos un recurso efectivo que permite *"propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos"*[50].

Bajo esas condiciones, en varias oportunidades la Corte ha examinado la idoneidad y eficacia del recurso extraordinario de revisión como medio de defensa respecto al desconocimiento de derechos fundamentales originado en un fallo judicial. En esta medida, ha establecido que el hecho de tratarse de un recurso extraordinario no descarta mecánicamente su eficacia. Además la idoneidad del recurso debe valorarse teniendo en cuenta el derecho fundamental que el accionante considera vulnerado y las causales de revisión previstas en el ordenamiento legal.

En ese orden de ideas, la acción de tutela se torna improcedente cuando al interior de un proceso contencioso administrativo se alega la vulneración al debido proceso y este derecho fundamental es susceptible de ser protegido mediante el trámite del recurso extraordinario de revisión, tal como acaecía precisamente en el caso del señor Amadeo Antonio Tamayo Morón.

Lo anterior por cuanto uno de los cargos de la demanda corresponde precisamente a aquel relacionado con la falta de competencia del juez ordinario, que corresponde a la causal actualmente prevista en el numeral 5 del artículo 250 de la Ley 1474 de 2011, que corresponde a la nulidad originada en la sentencia y que en el entendimiento alcance que le ha dado esta Corporación incluye la falta de competencia del juez natural.

En efecto, sobre la nulidad originada en la sentencia como causal de revisión, esta corporación en sentencia del 5 de abril de 2016[51] explicó:

---

[50] Corte ConstitucionaL, Ob.Cit, cita 13

[51] Sala Catorce Especial de Decisión del Consejo de Estado, Radicación: 110010315000 2008 00320 00, Actor: José Joaquín Palma Vengoechea, Demandado: Nación-Procuraduría General de la Nación, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

“9. El segundo requisito consiste en que la sentencia presente un vicio grave o insaneable que afecte su validez. La jurisprudencia de esta Corporación ha identificado los siguientes defectos como causantes de nulidad en la sentencia[52]:

9.1. Dictarse sentencia a pesar de la terminación previa del proceso por desistimiento, transacción o perención, porque revive un proceso legalmente concluido.

9.2. Dictarse sentencia cuando el proceso se encuentra suspendido.

9.3. Dictarse sentencia sin las mayorías necesarias para la decisión, por la firma de más o menos jueces de los requeridos legalmente.

9.4. Pretermitir la instancia, por ejemplo: (i) al proferir una sentencia sin motivación; (ii) violar el principio de la *non reformatio in pejus* (como cuando se condena al demandado por cantidad superior o por objeto distinto al pretendido en la demanda o por causa distinta a la invocada) o (iii) proferir sentencia condenatoria contra un tercero que no fue vinculado al proceso.

9.5. Decidir aspectos que no corresponden, por falta de jurisdicción o competencia del juez.

9.6. Proferir sentencia con fundamento en una prueba obtenida con violación del debido proceso”.

10. En relación con la nulidad originada en la sentencia por ausencia de motivación, la jurisprudencia de esta Corporación ha diferenciado la falta absoluta de motivación de la deficiente o errada, y ha señalado que únicamente la carencia total de pronunciamiento del juez sobre las razones de hecho o de derecho que le permiten arribar a una decisión, es motivo de revisión bajo la causal sexta. De manera que es improcedente, con fundamento en dicha causal, alegar situaciones relacionadas con deficiencias en la motivación derivadas, por ejemplo, de la

---

[52] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias de 11 de mayo de 1998, rad. REV-093; de 18 de octubre de 2005 rad. 2000-00239, de 20 de octubre de 2009, rad. REV-2003-00133; y de sentencia de 7 de abril de 2015, rad. 2013-02724-00(REV), C.P. Jorge Octavio Ramírez; Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 11 de junio de 2009, rad. 836-06; y Sección Primera, sentencia de 14 de diciembre de 2009, rad. 2006-00123.

estimación errada de las pruebas o de los hechos por parte del juez; de la indebida interpretación de las normas jurídicas aplicadas; o del desconocimiento del precedente judicial (…)[53]"

Siendo procedente e idóneo el recurso de revisión en el caso concreto de cara a la alegación de la parte actora, no era posible que se realizara una interpretación de las disposiciones aplicables al caso para unificar jurisprudencia sobre las mismas.

Finalmente, considero necesario aclarar que en el caso concreto el recurso extraordinario de revisión a que se refiere el fallo del vocativo de la referencia, no fue ejercido

En los términos expuestos, queda presentada mi aclaración de voto.

Fecha *ut supra*,

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera de Estado

[53] Si bien la sentencia citada hace referencia a las causales contempladas en el Decreto 01 de 1984, tiene plena vigencia en relación con la invocada por los recurrentes que se encuentra contemplada actualmente en el numeral 5º del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, que consagra como supuesto de hecho la nulidad originada en la sentencia.