

## **Análisis jurisprudencial: pronunciamiento del Consejo de Estado sobre tutela contra tutela**

El pronunciamiento hecho por el Consejo de Estado el pasado 11 de junio de 2008<sup>1</sup> parece dejar la puerta abierta a la procedencia de tutela contra tutela, aun cuando haya pasado por revisión de la Corte Constitucional, como mecanismo para proteger derechos fundamentales lesionados como resultado de la violación del derecho al debido proceso, derivada de la indebida integración del contradictorio, en cuanto el consejo de Estado admite expresamente la posibilidad de que derechos fundamentales sean vulnerados incluso por el juez instituido para su protección cual es la Corte Constitucional.

En la sentencia, el Consejo de Estado examina el caso del señor ABRAHAM MERCHÁN CORREDOR, quien con el fin de que se ampararan sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, en conexidad con el derecho a la vivienda digna, interpone tutela contra la sentencia de la Corte Constitucional SU 813 del 4 de octubre de 2007 para que se declarara la nulidad de lo actuado dentro del trámite de revisión del proceso T 1518046.

En la Sentencia SU 813/07 la Corte Constitucional tuteló el derecho de la señora PAULA JHOANNA RODRÍGUEZ a la vivienda digna, quien en proceso ejecutivo hipotecario iniciado contra ella y NICOLÁS EDUARDO RODRÍGUEZ SIERRA por el Banco Central Hipotecario, orientado a recaudar una obligación nacida de la financiación de vivienda en UPAC, había perdido un inmueble, el cual se adjudicó a Central de Inversiones como cesionaria del Banco Central Hipotecario, y que más tarde fue comprado por el señor ABRAHAM MERCHÁN CORREDOR; acto contractual que fue registrado, ante lo cual PAULA JHOANNA RODRÍGUEZ interpuso acción de tutela con fundamento en los derechos otorgados por la Sentencia C-955 de 2000 de la Corte Constitucional a los deudores de créditos UPAC, frente a lo cual para el caso la Corte ordenó la

\* Estudiante de derecho y monitorea del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

1. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Radicación n.º 25000-23-25-000-2008-00321-01(Ac) (C. P.: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN).

cancelación del registro y la restitución del bien inmueble a favor de PAULA JHOANNA RODRÍGUEZ y de NICOLÁS RODRÍGUEZ.

El accionante consideró que dentro del trámite de la acción de tutela hubo nulidad insaneable por violación al derecho de defensa, por cuanto en las dos instancias fue vinculado el Banco Central Hipotecario, pero no se vinculó a Central de Inversiones S. A. cuando éste era el cesionario del crédito cobrado, lo que imposibilitó su oportunidad de hacer parte en las instancias de la acción de tutela, y ya en sede de revisión, aunque por medio de auto del 27 de marzo de 2007 se dispuso la vinculación del adjudicatario CISA, la notificación omitió enterar en forma completa los hechos y omisiones que motivaban la reclamación constitucional; situación por la que, pese a ser puesta en conocimiento de la Corte Constitucional, no se logró respuesta ni pronunciamiento alguno. Por este motivo, el señor ABRAHAM MERCHÁN CORREDOR interpone tutela, que resuelve el Consejo de Estado desestimatoriamente, en cuanto no considera que haya derecho fundamental conexo al debido proceso por proteger.

No obstante esto, el Consejo de Estado sí hace precisiones respecto de la procedencia de la tutela contra tutela, al margen de las cuales se dice abre a puerta a la tutela contra tutela, al considerar que: “1) todas las providencias judiciales incluso las proferidas por la Corte Constitucional son objeto de amparo constitucional, 2) procede en cuanto el actor no cuenta con otro medio de defensa judicial por tratarse de una providencia proferida por un organismo de cierre 3) y porque pese a la prohibición de la procedencia de tutela contra fallos de tutela, tal prohibición no aplica cuando quien instaura la nueva acción conjuga inescindiblemente dos presupuestos básicos: el primero; no haber hecho parte dentro del proceso de tutela y el segundo; haberse presentado vulneración de un derecho de categoría fundamental en razón del fallo, cuya protección dado su innegable urgencia, no permita ser reclamado por instancias diferentes a la acción de tutela”.

De esta manera, la procedencia de tutela contra tutela plantea el problema de definir si las providencias resultado de una tutela son susceptibles de ser impugnadas, ante lo cual valdría decir que sería legítimo si se reunieran los 10 requisitos expuestos como doctrina constitucional para la procedencia de tutela contra providencias judiciales en la Sentencia T-284/06<sup>2</sup> de la Corte Constitucional, cuales son: 1. la cuestión que se pretende discutir mediante la acción de tutela debe ser una cuestión de evidente relevancia constitucional; 2. sólo procede si han sido agotados todos los mecanismos ordinarios de defensa judicial salvo que se trate de evitar un perjuicio

2. Magistrada ponente: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Donde se indica que la Corte Constitucional ha construido a partir de la Sentencia C-543 de 1992 una nutrida doctrina en torno al catálogo de requisitos que se deben cumplir para que la tutela contra providencia resulte procedente, doctrina cuyos primeros desarrollos aparecen contenidos en las sentencias T-079 de 1993 y T-231 de 1994 y que luego se ha enriquecido en múltiples decisiones posteriores.

irremediable; 3. la acción no procede cuando el actor ha dejado de acudir a los medios ordinarios de defensa judicial; 4. la tutela sólo procede cuando la presunta violación del derecho fundamental en el proceso judicial tiene un efecto directo y determinante en la decisión de fondo adoptada por el juez; 5. en la tutela contra sentencias corresponde al actor identificar con claridad la acción u *omisión judicial* que pudo dar lugar a la vulneración, así como el derecho vulnerado y las razones de la violación; 6. el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario; 7. La tutela contra una decisión judicial debe interponerse ante el superior funcional del juez que profirió la decisión impugnada; 8. *no procede la acción de tutela contra sentencias de tutela*; 9. la acción de tutela contra sentencias solo procede en los casos en que se pueda calificar la actuación del juez como una vía de hecho; y 10. que la vía de hecho sea alegada por el actor dentro de un término razonable al de su ocurrencia.

De manera que en principio para que la tutela contra tutela procediera encontramos que frente al octavo requisito, que se alza como un obstáculo sobre la improcedencia de tutela contra tutela, debe hacerse un análisis finalista, en cuanto éste existe con ocasión de limitar el alcance de la tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, no permitiendo que se use indiscriminadamente con el fin de cuestionar como instancia adicional las decisiones judiciales; y conforme se observa de los hechos, y del pronunciamiento del Consejo de Estado, la tutela interpuesta frente a otra tutela en el caso de examen no busca ser un recurso con el cual se debata la legitimidad de la decisión tomada frente a los intervinientes, sino una forma de poner en conocimiento relaciones jurídicas que debieron observarse en el curso del proceso y que no se observaron, como la situación de propietario y poseedor actual el señor ABRAHAM MERCHÁN, lo que tornaría nulo el proceso por cuanto uno de los afectados no pudo intervenir.

Valga recabar en que si uno de los litisconsortes necesarios, como era en el caso *sub examine* el señor ABRAHAM MERCHÁN no fue integrado a proceso al tenor de los artículos 144 y 145 del CPC, según la Sentencia T-289/95 de la Corte Constitucional (M. P.: EDUARDO CIFUENTES), y Auto 043/97 de la misma corporación, en las respectivas oportunidades procesales, es deber<sup>3</sup>

3. “En reiteradas oportunidades la Corte se ha pronunciado en el sentido que si quien intenta la acción no integra la causa pasiva en debida forma, es decir, con el concurso de todas las autoridades o entidades que han amenazado o violado los derechos fundamentales, *le corresponde al juez proceder a su vinculación oficiosa* con el objeto de garantizar el amparo de los derechos”: Corte Constitucional. Sentencia T-693/05. “Si bien el accionante tiene el compromiso de indicar en su escrito cuál es la autoridad infractora del ordenamiento jurídico, lo cierto es que tal señalamiento no puede atar al juez de tutela, pues si luego de verificado el expediente y analizada la situación puesta bajo su conocimiento encuentra que aquél contra quien se dirige la acción no es el directo autor de la infracción, sino otro, *está en la obligación de vincularlo, de integrar el contradictorio adecuadamente*, con el fin de poder emitir un pronunciamiento de fondo que proteja los derechos conculcados”: Corte Constitucional. Auto 043/97 (cursivas no originales).

del juez hacerlo antes de dictar sentencia de primera instancia para evitar que el proceso se torne nulo; frente a lo que conforme con el Auto 158/05<sup>4</sup> de la Corte Constitucional, esa falta de notificación, aunque es saneable, no lo es en sede de revisión, en cuanto esta no es una instancia adicional y el proceso ya concluyó, con el respectivo desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso. Por tanto, se considera que la medida pertinente no es agregar una instancia adicional en que se incluya a todas las partes y necesarios intervinientes, cual podría tornarse la revisión, sino garantizar el debido proceso en todo su esplendor, permitiendo el goce pleno de todas las garantías cuales son las dos instancias y el debate probatorio que se vería cohibido con la integración tardía.

Frente a esto, en la medida en que lo decidido no tiene efectos para quien no intervino, la providencia resultado de la tutela no lo vincula, menos aún cuando, como se reseñó, es deber y no una simple prerrogativa del juez vincular a todos los litisconsortes necesarios, especialmente del juez constitucional que debe velar por la protección de los derechos fundamentales; lo cual en la misma medida le restaría el alcance de cosa juzgada a la decisión de tutela impugnada, pues es apenas un pronunciamiento formalmente, en cuanto no puede considerarse de fondo ante la falta de vinculación de todos los afectados, en especial cuando dicha no vinculación conlleva el desconocimiento de situaciones jurídicas y la afectación de derechos fundamentales por el mismo juez instituido para defenderlos.

De igual manera, la procedencia de tutela contra tutela como mecanismo remedial para la situación de desconocimiento del debido proceso no atenta contra las instituciones y sus competencias en tanto todos los jueces actúan como constitucionales con respecto a ésta, y no desconoce la autoridad de la Corte Constitucional como órgano de cierre, pues los fallos que legitiman la procedencia de la tutela se envían a ella para revisión, la cual ya en la Sentencia T-1009/99 había reconocido dicha viabilidad en un proceso en el cual no se vinculó a un tercero interesado, y donde se decretó la nulidad de todo lo actuado<sup>5</sup>. “En principio, esta determinación de poner en conocimiento la presunta nulidad es tomada dentro del expediente en donde ocurrió la omisión, para que se diga si se sana o no la nulidad. Pero si en las instancias

4. “Conforme a lo previsto en el numeral 9 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, se genera nulidad por la ausencia o defectuosa notificación o emplazamiento de quienes deben ser citados como parte, la cual a pesar de ser saneable no puede serlo en sede de revisión debido a que el proceso ya concluyó [...]”.

5. La Sentencia T-1009/99 (M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO) examina la acción de tutela instaurada por ISAAC SOTO RENGIFO contra decisión de la Corte Suprema de Justicia, la cual en una tutela anterior que decidió no lo vinculó, y ante lo cual la Corte Constitucional reconoce que al no haber sido su fallo objeto de revisión, pese incluso a la petición del accionante de que ello se hiciese, no le queda otro recurso que la interposición de otra tutela, con la cual se buscará restablecer su derecho mediante una orden de nulidad para que se tramite debidamente la tutela inicial.

no se hizo y el expediente no fue escogido para revisión, entonces se puede válidamente pedir mediante nueva tutela que se determine que se violó el debido proceso y por ende se dé la orden de nulidad para que se tramite la inicial tutela debidamente.”

En el mismo sentido declaró el presidente de la Corte, Dr. HUMBERTO SIERRA, tanto respecto de este fallo como del que se conoció dos semanas después, de la Corte Suprema de Justicia, en el que no solo se reconoció la procedencia del recurso en tutela del derecho al debido proceso, sino que se dejó sin efectos la emitida por la Corte Constitucional<sup>6</sup>, lo que no hizo el Consejo de Estado por no considerarlo procedente; en donde además el magistrado destacó que “no habrá choque de trenes” con dichas providencias porque se ordena enviarlas al tribunal constitucional para su revisión, lo que, según él, prueba que se pueden aplicar los cauces institucionales para resolver los conflictos y diferencias de interpretación de las normas<sup>7</sup>.

Entonces, la novedad que introduce el fallo del Consejo de Estado es la viabilidad de examinar un caso que habiendo pasado por manos de la Corte Constitucional en sede de revisión, no detecta el desconocimiento del derecho al debido proceso, en cuanto no se vinculó plenamente a la contraparte, siendo el accionante, señor ABRAHAM MERCHÁN CORREDOR un litisconsorte necesario, al ser en el momento de la tutela y su revisión el actual propietario del inmueble cuya titularidad se discutía, y donde no pudo ejercer su derecho de defensa para evitar su pérdida; motivo por el cual la tutela procede, porque el mismo juez constitucional, aquí órgano de cierre cual es la Corte Constitucional, se puede convertir en un sujeto que desconoce garantías fundamentales, pues aun cuando sea órgano de cierre no equivale esto a decir que es infalible, sin que con el cuestionamiento de las decisiones que pueden llegar a ser por tal motivo arbitrarias se atente contra la seguridad jurídica.

6. “En el 2004, la Corporación de Ahorro y Vivienda Ahorramás (hoy Banco AV Villas) inició un proceso civil contra Marina Rico de Pinto por incumplir las obligaciones contempladas en las hipotecas de dos casas, financiadas por la entidad bancaria.

”El caso pasó al Juzgado Octavo Civil de Bucaramanga que falló en contra de la señora Rico de Pinto, quien debió entregar las dos casas a la corporación que luego remató los inmuebles. El 26 de octubre del 2005 las dos propiedades fueron adquiridas por otra persona, quien cinco meses después las vendió a Nancy Sánchez. Mientras las negociaciones entre el banco y los compradores se formalizaban, la propietaria inicial de los inmuebles instauró una tutela contra la decisión del juzgado Octavo.

”El recurso llegó a revisión a la Corte Constitucional que el 26 de abril del año 2006 anuló la decisión emitida por el despacho judicial y ordenó restituir los inmuebles a la señora Rico de Pinto. Los magistrados de la Corte Suprema, tras analizar el caso, consideraron que la tutela instaurada por Nancy Sánchez podía ser resuelta a su favor debido a que su situación nunca fue estudiada por la Corte Constitucional ni se habían adoptado decisiones sobre sus derechos.” Artículo de prensa: “Corte Suprema tumba tutela por considerar que no amparaba los derechos fundamentales de ciudadana”, en *El Tiempo*, 1.º de septiembre de 2008.

7. “Corte Constitucional le baja el tono a choque de trenes con la Corte Suprema”, en *El Tiempo*, 1.º de septiembre de 2008.

La seguridad jurídica es un principio que instituye la permanencia de una situación fáctica por el cobijamiento de normas aplicables a todos por igual; sin embargo, ¿qué estabilidad otorgará el hecho de que se permita la preeminencia de situaciones en las que se desconocen derechos? En especial el del debido proceso, con lo cual solo se daría la impresión de una seguridad con la que no se cuenta, pues si una persona no se puede defender ni puede hacer conocer su situación jurídica, ¿qué garantiza el real goce de la seguridad jurídica?, ¿Puede decirse que se garantiza la seguridad jurídica solo con hecho de que ciertas intuiciones permanezcan incólumes a los cambios y no extiendan con ello sus alcances? Si aun cuando se tenga un derecho, la persona no se puede hacer oír ante su vulneración, ¿puede realmente afirmar que tiene el derecho, indistintamente de quien lo vulnere?

Finalmente, respecto de la idoneidad del recurso, en principio conforme al Auto 284/06 de la Corte Constitucional, aun cuando haya revisión hecha por su parte, habrá casos excepcionales en los que opere la revisión, porque aun cuando reabrir debates jurídicos indiferentemente atenta contra la seguridad jurídica, habrá casos en los que sea necesario, como cuando se afecta el derecho al debido proceso de manera “*ostensible, probada, significativa y trascendental*, es decir, que tenga *repercusiones sustanciales y directas en la decisión* o en sus efectos”, que según el mismo auto ocurre cuando “*la parte resolutive de una sentencia de tutela da órdenes a particulares que no fueron vinculados o informados del proceso*”<sup>8</sup>; como sucede frente al accionante, señor ABRAHAM MERCHÁN CORREDOR, quien debió restituir el bien al cual se hizo propietario legítimamente, sin haber sido vinculado al proceso ni habérsele permitido defenderse.

No obstante lo señalado, debe señalarse que en el fallo objeto de análisis, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado desestiman la legitimación del accionante estudiada para interponer los recursos o mecanismos excepcionales para la revisión del fallo por parte del mismo órgano de cierre competente, cuales son la aclaración de que trata el artículo 309 del CPC y la nulidad referida por el Auto 284/06 de que trata el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991, por cuanto no se encuentra incurso en la decisión, respecto del accionante no hay pronunciamiento, y por tanto no es sujeto de estos; en las palabras de la Corte Constitucional: “En el caso concreto esta [nulidad] no procede toda vez que el actor, no actuó como demandante en los procesos de tutela, *lo que hace que no esté legitimado por activa para solicitar la nulidad*”; lo que implica que no le queda al accionante otro camino, y como subsidiaria se hace necesaria la concesión de la tutela contra tutela, como medio aun excepcional y limitado a la integración del debido contradictorio, para la efectiva protección de los derechos como es finalidad del Estado social de derecho.

8. Auto 022 de 1999 (M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO).

Postura que no se comparte, pues se considera que la vía era la señalada en principio por los fallos descritos de la Corte Constitucional, en cuanto es precisamente la falta de vinculación al proceso lo que legitima a la parte para solicitar la vinculación a él y con ella la nulidad de lo actuado sin su presencia; esto es relevante en la medida en que no hay otra vía para garantizar principios como la seguridad jurídica que propender a la real protección y garantía de los derechos y la estabilidad de las instituciones.

De esta manera, siendo el señor ABRAHAM MERCHÁN un litisconsorte necesario, puesto que su participación era necesaria en cuanto la decisión que se tomaría en el proceso lo afectaba directamente, si no en su derecho fundamental a la vivienda digna, como lo señala el Consejo de Estado, sí en su derecho a la propiedad, y esta especial calidad de propietario y poseedor del inmueble al momento de la interposición de la tutela por la señora PAULA JHOANNA RODRÍGUEZ hacía necesaria su intervención, y obligatoria su vinculación como requisito para dictar una sentencia de fondo, ya que cualquier decisión sobre el inmueble lo afectaba y por ello tenía derecho a defenderse.

El caso en examen ofrece además un problema adicional, cual es que la nulidad de que se trata recaería sobre una sentencia de unificación, tema que no fue abordado por el Consejo de Estado, pero que desde el fallo de unificación ya ofrecía una nueva panorámica en cuanto a pesar de que la Corte conocía de la existencia del adquirente en proceso, no procede a vincularlo o a verificar su situación respecto del registro del auto aprobatorio del remate, sino que en las consideraciones finales de la sentencia SU 813/07 dice que “En el evento de que durante el trámite de la presente tutela se hubiere registrado el auto aprobatorio del remate, el juez civil ordenará la cancelación de este registro y el reembolso del dinero al rematante, a cargo de la entidad ejecutante”. De manera que no solo se desconoce su situación sino que no se individualiza, dejando a la eventualidad algo que era verificable en el registro, por lo cual se nota cierto grado de desdén en la vinculación del accionante por parte de la Corte Constitucional y es aquí donde se viola el debido proceso.

Se considera que declarar la nulidad de todo lo actuado conllevaría un desgaste de la justicia respecto de los demás expedientes; no obstante esto, debe primar la protección del derecho fundamental al debido proceso y garantizarse su ejercicio permitiéndole al señor ABRAHAM MERCHÁN el goce efectivo de sus derechos con la correcta vinculación al proceso.

