



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

F.T.: 275.

Expediente.: 11001-03-15-000-2018-02510-00

Accionante: José Milciades Forero Bautista

Accionado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, y otros

ASUNTO

La Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sede de tutela, decide la acción de la referencia.

HECHOS RELEVANTES

a) Medio de control de reparación directa

El 8 de noviembre de 2013 el señor **Alfonso Sarmiento Castro** instauró demanda de reparación directa en contra de la Nación-Presidentencia de la República-Departamento Administrativo-Comisión Asesora, Ministerio del Interior, Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Senado de la República y Distrito Capital-Alcaldía Mayor de Bogotá, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de los perjuicios causados por la disminución de los ingresos que percibía con su software de información jurídica, debido a la creación del sistema estatal de consulta de normas editadas con notas de concordancia, vigencia y exequibilidad.

El 28 de febrero de 2017 el Juzgado Treinta y Cuatro Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá negó las pretensiones de la demanda, por lo cual el demandante interpuso recurso de apelación en contra de la anterior providencia judicial. El 10 de mayo de 2018 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, confirmó la sentencia de primera instancia.

b) Inconformidad

Consideró que el Juzgado Treinta y Cuatro Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, vulneraron sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud, al trabajo, al desarrollo de la personalidad, a la reparación integral, debido proceso e igualdad.

Para el efecto, afirmó que las autoridades judiciales precitadas incurrieron en: 1. Violación directa de la Constitución Política al desconocer los artículos 29 y 90 constitucional, 2. Defecto sustantivo por inaplicación de los artículos 10 y 140 de la Ley 1437 de 2011 y 3. Desconocimiento del precedente judicial al no tener en cuenta la sentencia de unificación del 19 de abril de 2012 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en relación con el régimen aplicable al presente asunto, esto es, el daño especial.

PRETENSIONES

Solicitó acceder al amparo solicitado. En consecuencia, requirió dictar sentencia de reemplazo, en la que se decrete la indemnización de los perjuicios causados, u ordenar al Tribunal accionado proferir un nuevo fallo ajustado a la decisión de tutela. Igualmente, pidió revocar el auto que negó las medidas preventivas solicitadas en primera instancia y, en su lugar, concederlas.

CONTESTACIONES AL REQUERIMIENTO

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (ff. 39-42 vto).

La coordinadora del Grupo de Procesos Judiciales y Extrajudiciales de la Oficina Asesora Jurídica, Lina María Mejía Londoño, luego de realizar un análisis de varios aspectos relacionados con la creación del internet y de la sentencia T-277 de 2015, indicó que el Ministerio no tiene ninguna responsabilidad en relación con la información que difunden los medios de comunicación.

Señaló que los artículos 19 y 20 de la Ley 1341 de 2009 disponen que la Comisión de Regulación de Comunicaciones tiene a su cargo evitar el abuso de posición dominante, regular los mercados de las redes y los servicios de

comunicaciones y determinar el régimen de regulación para maximizar el bienestar social de los usuarios. De allí que aquella expediera la Resolución 511 de 2017, mediante la cual fijó el régimen de protección de los derechos de los usuarios de servicios.

Estimó que, en esa medida, no está facultado para expedir la regulación sobre la protección de los usuarios de internet, por lo que la solicitud de amparo es improcedente y, además, debe efectuarse la desvinculación del Ministerio, ya que en la tutela no se mencionaron los hechos a través de los cuales la entidad transgredió los derechos fundamentales del señor Forero Bautista.

Ministerio del Interior (ff. 63-64 vto).

El jefe de la Oficina Asesora Jurídica, Byron Adolfo Valdivieso Valdivieso, solicitó declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio, debido a que no existe nexo causal entre la presunta vulneración de derechos fundamentales y la acción u omisión por parte de la entidad y, por ende, la improcedencia de la acción de tutela.

Precisó que el accionante fundamentó la interposición de la tutela en la ocurrencia del defecto fáctico, desconocimiento del precedente judicial y violación directa de la Constitución Política por parte del Juzgado Treinta y Cuatro Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, debido a las providencias judiciales que expedieron dentro del medio de control de reparación directa, lo cual está por fuera de las funciones del Ministerio.

Juzgado Treinta y Cuatro Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá (ff. 66 y vto).

La juez, Olga Cecilia Henao Marín, expuso que en la sentencia de primera instancia se negaron las pretensiones de la demanda porque se determinó que las normas jurídicas son públicas y es deber del Estado garantizar su conocimiento por parte de la ciudadanía, por lo cual dichas actividades no pueden ser consideradas ilegítimas, pues de ser así se transgrediría el interés público y el principio de publicidad, el cual goza de rango constitucional y legal.

Añadió que la actividad de divulgación es realizada de forma gratuita, por lo cual el Estado no obtiene ningún lucro por su realización y no constituye una actividad económica ni muchos menos un monopolio rentístico. Por

consiguiente, no es cierto que el Estado compita deslealmente con particulares cuando realiza la divulgación de normas jurídicas.

Aclaró que los ejercicios de concordancia, referencia a derogación y demás corresponden al propósito de garantizar que las normas jurídicas guarden coherencia entre ellas y facilitar la comprensión e interpretación del ordenamiento jurídico, lo cual constituye una actuación legítima.

Aseguró que el accionante no tiene ningún derecho de exclusividad en relación con el uso de metodologías y técnica de presentación de información jurídica porque las normas no son objeto de derechos de autor, lo que sí es objeto de propiedad intelectual es el software que llegue a desarrollarse para su divulgación.

Aseveró que el señor Forero Bautista ha podido explotar otros campos en los que el Estado no puede o no está en capacidad de ofrecer, como lo han hecho otras empresas al dar un valor agregado a la función del Estado con una organización propia y concordante con información, como la jurisprudencia o la doctrina.

Estimó que a pesar de que se acreditaron las circunstancias económicas adversas del accionante, las mismas no daban cuenta de la existencia de un daño antijurídico. Mencionó que las pérdidas derivadas de las iniciativas privadas deben ser solventadas por quienes las ejecutan y el Estado sólo debe responder cuando haya mediado una falla del servicio o un desequilibrio frente a las cargas públicas, lo cual no ocurrió.

Coligió que las consideraciones referidas no permitieron acceder a las pretensiones de la demanda y que la decisión no vulneró ningún derecho fundamental del señor Forero Bautista. Indicó que la tutela no puede convertirse en una tercera instancia, en la que se transgreda la independencia del juez que actúa dentro del principio de legalidad.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A. (ff. 71-72)

El magistrado, Alfonso Sarmiento Castro, luego de realizar un repaso de las actuaciones efectuadas en el presente asunto, mencionó que la intención del accionante es convertir la acción de tutela en una tercera instancia, máxime cuando no se cumplen los requisitos generales ni específicos para su procedencia y no se ha vulnerado ningún derecho fundamental.



Senado de la República (ff. 74-77)

El secretario general, Gregorio Eljach Pacheco, expresó que al Congreso de la República le compete adelantar los procesos legislativos y no dictar decisiones judiciales, ya que dicha facultad recae en la Rama Judicial. Por lo tanto, coligió que el Congreso no le asiste prerrogativa alguna para conocer el presente asunto.

CONSIDERACIONES

- Competencia

La Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado es la competente para conocer del asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el numeral 5.º del artículo 1.º del Decreto 1983 de 2017¹, el cual regula que: "[l]as acciones de tutela dirigidas contra los Jueces o Tribunales serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada [...]".

- Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Tratándose de la acción de tutela contra providencias judiciales la postura reiterada y uniforme de la Corte Constitucional² y el Consejo de Estado³ ha sido admitir su procedencia excepcional, siempre que se cumplan los requisitos generales de procedibilidad (exigencias generales) y las causales específicas de procedencia (defectos).

¹ Por medio del cual se modificaron los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015 referente a las reglas de reparto de la acción de tutela.

² Al respecto ver, entre otras, sentencias T-573 de 1997, T-567 de 1998, T-001 de 1999, T-377 de 2000, T-1009 de 2000, T-852 de 2002, T-453 de 2005, T-061 de 2007, T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-001 de 1999, T-814 de 1999, T-522 de 2001, T-842 de 2001, SU-159 de 2002, T-462 de 2003, T-205 de 2004, T-701 de 2004, T-807 de 2004, T-1244 de 2004, T-056 de 2005, T-189 de 2005, T-800 de 2006, T-061 de 2007, T-018 de 2008, T-051 de 2009, T-060 de 2009, T-066 de 2009, T-889 de 2011, T-010 de 2012, T-1090 de 2012, T-074 de 2012, T-399 de 2013, T-482 de 2013, T-509 de 2013, T-254 de 2014, T-941 de 2014 y T-059 de 2015.

³ Sentencia de unificación por importancia jurídica, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 5 de agosto de 2014. M.P: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Exp. n.º 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ) Demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A.

La posición actual ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional, entre otras providencias, empezando por la tesis de la vía de hecho fijada en las sentencias C-543 de 1992 y T-079 de 1993 y su redefinición en la T-949 de 2003, hasta llegar a su sistematización en la sentencia C-590 de 2005.

Por su parte el Consejo de Estado en sentencia de unificación por importancia jurídica, del 5 de agosto de 2014, con ponencia de Jorge Octavio Ramírez, concluyó que la acción de tutela procede contra providencias judiciales siempre y cuando se respete el principio de autonomía del juez natural, y se cumplan los requisitos generales y específicos precisados por la Corte Constitucional. Veamos:

Requisitos generales: Los requisitos generales de procedibilidad son exigibles en su totalidad, porque la ausencia de alguno de ellos impide el estudio de fondo de la vía de hecho planteada. Ello son los siguientes: (i) La cuestión que se discute tiene relevancia constitucional; (ii) se agotaron todos los medios de defensa judicial con los que cuenta la persona afectada; (iii) se cumple el requisito de inmediatez; (iv) no se argumentó una irregularidad procesal; (v) se expresaron de manera clara los hechos y argumentos que controvierten la providencia bajo estudio; y; (vi) la providencia objeto de la presente acción no fue dictada dentro de una acción de tutela.

Causales específicas: Las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial son aquellos defectos o errores en los cuales puede incurrir la decisión cuestionada. Son las siguientes⁴: a) Defecto orgánico, que se presenta cuando el juez carece de forma absoluta de competencia; b) defecto procedimental, el cual ocurre cuando la autoridad judicial actúa completamente al margen del procedimiento establecido; c) defecto fáctico, esto ocurre cuando: el juez carece de apoyo probatorio, la valoración es absolutamente equivocada o no tiene en cuenta el material probatorio obrante en el expediente para proferir la decisión; d) defecto material o sustantivo, el cual se origina cuando exista un error judicial ostentoso, arbitrario y caprichoso que desconozca lineamientos constitucionales y/o legales, específicamente ocurre cuando: se decida con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, en contravía de ellas o exista una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; e) error inducido, cuando la autoridad judicial es víctima de engaño por terceros y el mismo lo condujo a tomar una decisión que afecta

⁴Sentencias T-352 de 2012, T-103 de 2014, T-125 de 2012, T-176 de 2016, SU-573 de 2017, entre otras.

derechos fundamentales; f) decisión sin motivación; g) desconocimiento del precedente judicial y h) violación directa de la Constitución Política.

Es importante advertir que si la decisión judicial cuestionada incurrió en una cualesquiera de las causales específicas, podrá ser razón suficiente para el amparo constitucional.

Problema jurídico

El problema jurídico en esta instancia puede resumirse en la siguiente pregunta:

1. ¿El recurso extraordinario de unificación instaurado por el accionante actualmente se encuentra en trámite?

Para resolver el problema así planteado se abordará la siguiente temática: (I) principio de subsidiariedad, (II) improcedencia de la acción de tutela cuando un recurso está en trámite y (III) análisis del caso bajo estudio. Veamos:

I. Principio de Subsidiariedad

La jurisprudencia de la Corte Constitucional⁵ como de esta Corporación ha sostenido que, debido al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, en principio, este medio de defensa judicial resulta improcedente cuando: 1. El accionante dejó de interponer los recursos judiciales ordinarios que estaban a su alcance para confrontar la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales, 2. El accionante acude directamente a la acción de tutela a pesar de existir otro mecanismo de defensa judicial a su disposición o 3. El proceso o asunto se encuentra en trámite.

Pese a lo anterior es dable reconocer que la mencionada regla general tiene algunas excepciones. En relación con el primero de los casos la acción de tutela resulta procedente cuando logre demostrarse que dicha acción es el único mecanismo de defensa para proteger un daño gravísimo a un derecho

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-011 de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. «[...]En este orden de ideas, si la parte afectada no interpuso en su debido momento, los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico para salvaguardar los derechos amenazados o vulnerados, es innegable que la acción de amparo constitucional no tiene la virtualidad de revivir los términos vencidos ni de convertirse en un recurso adicional o supletorio de las instancias ordinarias previstas en el desarrollo de cada actuación procesal, como de forma reiterada lo ha manifestado esta Corporación [...]»

fundamental y que el accionante no utilizó los mecanismos ordinarios de defensa por encontrarse en una situación que se lo impedía por completo.

Ahora, en cuanto a la excepción frente al segundo y tercero de los eventos, se configura cuando los otros mecanismos no resultan idóneos para proteger el derecho fundamental presuntamente vulnerado y/o no son expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

II. Improcedencia de la acción de tutela cuando un recurso se encuentra en trámite

En caso de que mediante la acción de tutela pretenda cuestionarse una decisión dictada dentro de un proceso judicial que está en trámite y en el cual existan mecanismos idóneos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales, esta se torna en improcedente, puesto que es al juez natural a quien corresponde subsanar los yerros en que pueda incurrir.

Aunado a ello, la Corte Constitucional⁶ ha reiterado que el interior del proceso es el primer escenario donde debe efectuarse la protección de los derechos fundamentales y de las garantías propias de aquel, para lo cual el ordenamiento jurídico ha creado los medios y recursos necesarios con el fin de que las partes puedan utilizarlos para alegar las irregularidades que puedan presentarse y el juez se pronuncie sobre el particular.

En efecto, la acción de tutela no es un mecanismo complementario a los procesos ordinarios, debido a que lo deseado no es reemplazar al juez natural, sino proteger derechos fundamentales que puedan verse transgredidos con la actuación u omisión de una autoridad judicial o administrativa o de un particular, en los casos señalados en la ley.

Por lo tanto, debe declararse la improcedencia de la tutela y, por ende, no es posible conocer el fondo de la tutela cuando la decisión controvertida haya sido dictada dentro de un proceso que está en curso y en el cual existen los mecanismos judiciales para proteger los derechos fundamentales de las partes.

⁶ Ver entre otras la sentencias T-211 de 2013.

III. Análisis el caso bajo estudio

El señor José Milciades Forero Bautista solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud, al trabajo, al desarrollo de la personalidad, a la reparación integral, debido proceso e igualdad, los cuales consideró vulnerados por el Juzgado Treinta y Cuatro Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A.

Para el efecto, afirmó que las autoridades judiciales precitadas incurrieron en: 1. Violación directa de la Constitución Política al desconocer los artículos 29 y 90 constitucional, 2. Defecto sustantivo por inaplicación de los artículos 10 y 140 de la Ley 1437 de 2011 y 3. Desconocimiento del precedente judicial al no tener en cuenta la sentencia del 19 de abril de 2012 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en relación con el régimen aplicable al presente asunto, esto es, el daño especial.

Así las cosas, lo primero que debe analizarse es si la acción de la referencia cumple con los requisitos generales de procedencia de la tutela en contra de providencias judiciales, para lo cual se efectuará un recuento de las actuaciones que dieron lugar a la solicitud de amparo. En cuanto a ello, se observa que el señor Alfonso Sarmiento Castro instauró demanda de reparación directa en contra de la Nación-Presidencia de la República-Departamento Administrativo-Comisión Asesora, Ministerio del Interior, Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Senado de la República y Distrito Capital-Alcaldía Mayor de Bogotá.

La finalidad del medio de control consistía en obtener el reconocimiento y pago de los perjuicios causados por la disminución de los ingresos que percibía con su software de información jurídica con ocasión de la creación del sistema estatal de consulta de normas editadas con notas de concordancia, vigencia y exequibilidad.

Igualmente, se aprecia que el 28 de febrero de 2017 el Juzgado Treinta y Cuatro Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá negó las pretensiones de la demanda (ff. 98-148 del anexo), por lo cual el demandante interpuso recurso de apelación en contra de la anterior providencia judicial. El 10 de mayo de 2018 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, confirmó la sentencia de primera instancia porque estimó que no se demostró la configuración de un daño antijurídico (ff. 71-96 *ibidem*).

Así mismo, revisada la página de la Rama Judicial, se denota que el 23 de mayo del año en curso el señor Forero Bautista radicó recurso de súplica,

cuyo traslado se llevó a cabo del 30 de mayo al 1º de junio de 2018. De igual forma, se tiene que el mismo día que finalizó el traslado, el demandante presentó recurso de unificación de jurisprudencia y el 5 de julio de la presente anualidad el expediente ingresó al despacho.

Ahora bien, es importante mencionar que todos los reparos alegados por el accionante en esta sede radican en que las autoridades judiciales precitadas no aplicaron el daño especial como, en su criterio, lo ordena una sentencia de unificación de la Sección Tercera de esta corporación.

En ese orden de ideas, se advierte que el accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, para la protección de los derechos fundamentales que considera transgredidos, el cual se encuentra actualmente en trámite, pues a la fecha el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, no ha decidido sobre la concesión del recurso ni ha ordenado el traslado por 20 días al recurrente para su sustentación y, por ende, aún está pendiente la remisión del expediente a esta corporación.

Así las cosas, la acción de tutela de la referencia es improcedente ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, máxime si se tiene en cuenta que la resolución del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia podría afectar considerablemente el fallo del 10 de mayo de 2018 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, puesto que de concluirse que dicha providencia contrarió o se opuso a la sentencia de unificación citada como desconocida por la parte accionante, la misma sería anulada y la autoridad judicial demandada tendría que dictar una nueva en su reemplazo, de conformidad con lo previsto en los artículos 258 y 267 de la Ley 1437 de 2011.

En esa medida, emitir una decisión sobre el particular desnaturalizaría el carácter subsidiario de la acción de tutela, comoquiera que aún está en trámite uno de los recursos judiciales con los que la parte accionante cuenta para discutir la decisión adoptada en segunda instancia por la corporación judicial referida y, en esos términos, el juez constitucional no está facultado para intervenir en un asunto que actualmente no ha sido resuelto dentro del proceso ordinario, como se explicó en precedencia.

En cuanto a ello, se aclara que no se efectuará el estudio de fondo en esta sede, para evitar múltiples decisiones sobre la misma controversia y, por tanto, garantizar la seguridad jurídica de los administrados. En consecuencia, se rechazará por improcedente la acción de tutela instaurada por el señor



Expediente núm. 11001-03-15-000-2018-02510-00

Forero Bautista vs.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca

José Milciades Forero Bautista en contra del Juzgado Treinta y Cuatro Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A.

Por último, se precisa que no puede pasarse por alto que la edad del accionante y su situación económica requieren de una decisión pronta, por lo cual se exhortará al Tribunal accionado, para que, en la medida de las posibilidades, decida en el menor tiempo posible sobre la concesión del recurso extraordinario de unificación.

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

F A L L A

Primero: Rechazar por improcedente la acción de tutela instaurada por el señor José Milciades Forero Bautista en contra del Juzgado Treinta y Cuatro Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Exhortar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, para que, en la medida de las posibilidades, decida en el menor tiempo posible sobre la concesión del recurso extraordinario de unificación instaurado por el señor José Milciades Forero Bautista.

Tercero: La presente decisión podrá ser impugnada dentro de los tres días siguientes a su notificación (art. 31 Dcto. 2591 de 1991). Si esta providencia no fuere impugnada en tiempo oportuno, remítase el cuaderno original de la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cuarto: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Quinto: Háganse las anotaciones correspondientes en el programa "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ



GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ



RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

PCL

