

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, once (11) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Magistrado Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 11001-03-15-000-2022-06243-01
Demandante: ENRIQUE MANUEL BÁEZ LEÓN Y OTRO¹
Demandado: SUBSECCIÓN B DE LA SECCIÓN SEGUNDA DEL CONSEJO DE ESTADO Y OTRO
Medio de control: ACCIÓN DE TUTELA
Asunto: ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL QUE NEGÓ PRETENSIONES. LA SALA CONFIRMARÁ LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA QUE DECLARÓ IMPROCEDENTE EL AMPARO, PERO POR LAS RAZONES AQUÍ EXPUESTAS.

Síntesis del caso: los actores cuestionaron la sentencia que negó las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el que se reclamó el reconocimiento de una asignación de retiro. La Sala confirmará la sentencia que declaró improcedente la acción de tutela por incumplimiento del requisito de carga mínima argumentativa, pero, por incumplimiento del requisito de subsidiariedad.

La Sala decide la impugnación interpuesta por la parte demandante en contra de la sentencia de 31 de marzo de 2023 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la que se resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.”.

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito del 23 de noviembre de 2022, los actores promovieron proceso de acción de tutela en contra de las sentencias de 8 de noviembre de 2019 y 23 de junio de 2022 proferidas por el Tribunal Administrativo del Cauca y la Subsección B de la

¹ El señor Enrique Manuel Báez presentó la acción de tutela en nombre propio y en representación de su hija menor de edad cuyo nombre no revelará la Sala para salvaguardar su intimidad.

Sección Segunda del Consejo de Estado con el fin de que se protejan sus derechos constitucionales fundamentales del debido proceso y acceso a la administración de justicia consagrados en los artículos 29 y 229 de la Carta Política.

1. Los hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la acción los demandantes señalaron, en síntesis, lo siguiente:

1) El señor Enrique Manuel Báez León presentó una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, para que se declarara la nulidad de los actos administrativos que ordenaron su retiro de la institución con fundamento en la causal “*por voluntad del gobierno*”² y le negaron la corrección de su hoja de servicios porque en el cómputo de tiempo de servicio para que procediera el reconocimiento de la asignación de retiro únicamente se tuvo en cuenta una formación por 2 años, a pesar de tener 9 meses y 11 días adicionales a ese tiempo.

2) En la demanda solicitó la inclusión de ese periodo faltante y el reconocimiento y pago indexados de perjuicios morales y materiales ocasionados a él y a sus hijos con las costas procesales e intereses moratorios.

3) El Tribunal Administrativo del Cauca profirió sentencia de primera instancia el 8 de noviembre de 2019 en la que negó las pretensiones de la demanda con fundamento en que de conformidad con el artículo 7 del Decreto 4433 de 2004³ el lapso máximo de formación que podía tenerse en cuenta para efectos de computar la asignación de retiro era de 2 años.

4) El demandante apeló esa decisión y en esa oportunidad reiteró los argumentos de la demanda y agregó que debía computarse el tiempo real desde que ingresó a la

² Corte Constitucional SU-091/16: “El retiro del servicio por voluntad del Gobierno o de la Dirección General: (i) es una potestad que el mismo Legislador le ha otorgado al Ejecutivo, en cabeza del Gobierno o del Director General de la institución según el rango del policial a desvincular, que permite de forma discrecional y por razones del buen servicio retirar a los miembros de la Fuerza Pública.”.

³ Artículo 7°. Cómputo de tiempo de servicio. Para efectos de la asignación de retiro o pensión de sobrevivientes, el Ministerio de Defensa Nacional y la Dirección General de la Policía Nacional, liquidarán el tiempo de servicio, así:

7.1 Oficiales, Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes, **el tiempo de permanencia en la respectiva escuela de formación, sin que pueda sobrepasar de dos (2) años.**

escuela de formación policial hasta la fecha de su retiro pues, a su juicio, contaba con un derecho consolidado.

5) Además, agregó que el artículo 7 del Decreto 4433 de 2004 excedió la facultad reglamentaria respecto de la Ley 923 de ese mismo año, ya que como miembro de la Policía Nacional cumplió labores de riesgo sin que fuera posible que se desmejoraran sus condiciones laborales y prestacionales.

6) El 23 de junio de 2022, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado profirió sentencia en la que confirmó parcialmente el fallo de primera instancia y revocó el ordinal segundo de esa providencia en el que se condenó en costas al demandante.

7) Como sustento de su decisión esa autoridad judicial concluyó, como lo hiciera el tribunal, que en la hoja de servicios del actor solo podía contabilizarse un tiempo máximo de 2 años como alumno de la escuela de formación para efectos del cálculo de la asignación de retiro y, además, agregó que esa disposición no era exclusiva del Decreto 4433 de 2004 sino que fue establecida desde la expedición del Decreto 1212 de 1990 cuya constitucionalidad y legalidad fue avalada por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

7) Señaló que no resultaba de recibo la afirmación del actor según la cual la aplicación del Decreto 4433 de 2004 vulneró derechos adquiridos, puesto que no podían invocarse como tales meras expectativas, en la medida que la norma estableció el tope máximo que podía tenerse en cuenta para el cálculo de la erogación prestacional referida.

2. Los fundamentos de la vulneración

Los demandantes alegaron que la providencia de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado adolece de un *defecto sustantivo* porque en ella se ignoró que la Policía Nacional no tuvo en cuenta todo el tiempo que laboró en esa institución con lo que afectó su derecho a obtener una asignación de retiro.

Para el efecto reiteró que al computar el tiempo real desde su ingreso a la Escuela de Cadetes hasta la fecha de su retiro reúne 15 años 4 meses y 3 días, empero, a pesar

de haber permanecido 2 años, 9 meses y 11 días en la referida escuela y de que la liquidación de sus prestaciones sociales incluyó dicho periodo, del total de ese tiempo solo le tuvieron en cuenta 2 años.

Finalmente, luego de limitarse a citar varias sentencias sobre las generalidades de la acción de tutela, los requisitos de procedibilidad, los defectos y los requisitos del contrato de trabajo, sin explicar su relación con el caso concreto, agregó, en términos generales, que las autoridades judiciales demandadas trasgredieron el principio fundamental de favorabilidad porque su caso debió resolverse con fundamento en *“la Ley 55 de 1987 y nunca jamás la mal intencionada e interpretada aplicada en la sentencia de primera y segunda instancia, donde me niegan el tiempo laborado certificado por la misma institución (...)”*.

3. Pretensiones

Con fundamento en lo anterior, los demandantes solicitaron el amparo de las siguientes súplicas:

“PRIMERO: - Que **DECLARE LA ILEGALIDAD** de la Sentencia de Primera Instancia proferida por el TRIBUNAL CUARTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA – SALA ADMINISTRATIVA el día Ocho (8) de Noviembre de Dos Mil Diecinueve (2019) y Segunda Instancia proferida por el CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “B” el día Veintitrés (23) de Junio de Dos Mil Veintidós (2022) respectivamente, mediante el cual me negaron las pretensiones de la demanda dentro [d]el proceso No. 19001 – 23 – 33 – 000 – 2017 – 00522 – 00, donde fue demandante ENRIQUE MANUEL BÁEZ LEÓN, mis hijos (...), contra NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL, por contener verdaderas vías de hecho y una violación a mis derechos fundamentales en los artículos 2, 4, 13, 29, 46, 48, 53, 58, 83, 85, 150, 228, 229 y 230 y demás concordantes y pertinentes provistos en la Constitución Política de Colombia.

SEGUNDA: - Que, como consecuencia de la anterior, como JUEZ CONSTITUCIONAL disponga imponer la obligación por parte del TRIBUNAL CUARTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA – SALA ADMINISTRATIVA y CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “B”, que restablezcan mis derechos fundamentales **DECRETANDO LA ILEGALIDAD DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA** proferida el día Veintitrés (23) de Junio de Dos Mil Veintidós (2022), mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda dentro del proceso No. 19001 – 23 – 33 – 000 – 2017 – 00522 – 01 (N.I. 1880 – 2020), donde fue demandante ENRIQUE MANUEL BÁEZ LEÓN, mis hijos (...), contra NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL (...). (archivo disponible en medio magnético en el aplicativo SAMAI).

4. Actuación en primer grado

La Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante auto de 28 de noviembre de 2022 admitió el proceso de acción de tutela y ordenó la notificación de los magistrados integrantes de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo del Cauca.

Adicionalmente, dispuso la vinculación de la señora Laura María Báez Romero (hija mayor de edad del actor) y del Director de la Policía Nacional, por asistirles interés en el resultado del proceso.

Las autoridades judiciales demandadas no presentaron informe de respuesta pese a estar debidamente notificadas.

5. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de 31 de marzo de 2023, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró improcedente la demanda por incumplimiento del requisito de relevancia constitucional con fundamento en que la parte actora no cumplió con una carga argumentativa suficiente que justificara la interposición de la acción de tutela.

El fallador de primera instancia consideró que los actores omitieron precisar las razones por las cuales consideraron que la Ley 55 de 1987 resultaba aplicable para su caso o por qué se podría considerar una norma más favorable, además de que no manifestaron si las normas con las cuales se resolvió su caso fueron inexistentes, inconstitucionales, si el juez les reconoció efectos distintos a los otorgados por el legislador o si se hizo una grave y errónea interpretación de ellas.

Para el *a quo*, los argumentos que sustentaron la acción de tutela, relacionados con que la Policía Nacional desconoció el tiempo de vinculación del demandante en esa institución, no fueron desconocidos, sino que el fundamento de la decisión se centró en determinar que del tiempo de formación del demandante únicamente era procedente contabilizar 2 años.

6. Impugnación

Los demandantes presentaron impugnación y les fue concedida en auto de 24 de abril de 2023.

Como planteamiento en contra de la decisión del *a quo* reiteraron que el tribunal erró por no aplicar a su caso los lineamientos de la Ley 55 de 1987, teniendo en cuenta para ello que el señor Báez León ingresó a la Escuela de Cadetes de la Policía Nacional el 23 de enero de 1990.

Precisaron que debió tenerse en cuenta lo regulado en los numerales 3 y 4 del artículo 1 de esa normatividad, los cuales no establecieron una restricción para el cálculo del tiempo por formación policial e insistieron en que no debió resolverse el asunto con fundamento en lo previsto en el artículo 152 del Decreto 1212 de 1990 porque para la fecha en que esa norma entró en vigencia él ya se encontraba dado de alta como cadete de la Policía Nacional.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) cuestión preliminar: la coadyuvancia en la acción de tutela, 2) finalidad de la acción de tutela, 3) delimitación del asunto y 4) el caso concreto.

1. Cuestión preliminar: la coadyuvancia en la acción de tutela

1) Si bien en el auto de 28 de noviembre de 2022, el *a quo* ordenó la notificación de la señora Laura María Báez Romero, en su condición de tercera interesada, la providencia de primera instancia carece de un pronunciamiento sobre la aceptación o negativa a la solicitud de coadyuvancia que presentó esa ciudadana, por lo cual esta Sala estima procedente pronunciarse sobre la referida solicitud en la presente providencia.

2) Sobre el particular es pertinente señalar que la reglamentación procesal de la acción de tutela prevé, en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991⁴, la figura de la coadyuvancia.

3) Asimismo, en los precisos términos de la jurisprudencia constitucional el coadyuvante *“es un tercero que tiene con una de las partes una relación sustancial que, indirectamente, puede verse afectada si la parte a la que coadyuva obtiene un fallo desfavorable”*. En ese orden de ideas, la misma jurisprudencia indicó que:

*“[E]l coadyuvante, entonces, ejercita, dentro del proceso, las facultades que le son permitidas y, en todo caso, no puede afectar a la parte, pues de la esencia de la coadyuvancia es la intervención antes de la sentencia de única o de segunda instancia, para prestar ayuda, mas no para hacer valer pretensiones propias.”*⁵

4) Con apoyo en el anterior razonamiento, es claro entonces que la coadyuvancia surge en los procesos de tutela como la participación de un tercero con interés en el resultado del proceso que comparte las reclamaciones y argumentos expuestos, bien sea por el demandante o por la parte accionada, sin que ello suponga que este pueda realizar planteamientos distintos o reclamaciones propias que difieran de las elevadas por aquellos, pues en esa eventualidad se estaría realmente ante una nueva tutela, lo que desvirtuaría la naturaleza jurídica de la coadyuvancia.

5) Así, en el presente caso se dispondrá la aceptación de la coadyuvancia presentada por la señora Laura María Báez Romero frente al escrito de la demanda como tercera con interés en el resultado del proceso.

6) Con esa calidad se entenderá que su participación en el trámite de este proceso de acción de tutela se limitará a apoyar y compartir las reclamaciones del actor, razón por

⁴ “ARTICULO 13. PERSONAS CONTRA QUIEN SE DIRIGE LA ACCION E INTERVINIENTES. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior.

Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud” (negritas adicionales).

⁵ Consejo de Estado, Segunda, sentencia de 23 de octubre de 2014, expediente no. 25000-23-41-000-2014-01390-01. MP Alfonso Vargas Rincón.

la cual el pronunciamiento que se emita por parte de esta Sala se restringirá a los fundamentos contenidos en la demanda de acción de tutela, y no respecto de aquellos del memorial de coadyuvancia que difieran o no hagan parte de esta.

2. Finalidad de la acción de tutela

Según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, disposiciones que regulan la acción de tutela, tal mecanismo se ejerce mediante un procedimiento preferente y sumario cuyo objeto es proteger de manera inmediata y eficaz los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados por una acción u omisión de una autoridad pública o de un particular.

Sin embargo, este mecanismo no puede ser utilizado válidamente para pretender sustituir los recursos idóneos previstos por el legislador y tampoco para desplazar o variar los procedimientos de reclamo judicial preestablecidos o para revivir términos precluidos o acciones caducadas.

De igual forma, dichas normas establecen la improcedencia de esta acción cuando exista otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable sobre uno o varios derechos constitucionales fundamentales del demandante.

3. Delimitación del asunto

La Sala aclara que, si bien la acción de tutela se dirigió contra las providencias del Tribunal Administrativo del Cauca y la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo cierto es que los argumentos de reproche de la parte actora se dirigieron a controvertir el contenido de la sentencia de segunda instancia, siendo aquella la que definió el marco de decisión de la presente providencia.

Lo anterior, aunado a que con ocasión de la presentación del recurso de apelación la providencia de primera instancia nunca quedó ejecutoriada y en la medida que la de segundo grado fue la que finalizó el proceso y ante la eventualidad de que deba accederse al amparo pretendido la autoridad judicial encargada de cumplir la orden y dictar una de reemplazo sería la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, el análisis de la Sala se circunscribirá a lo decidido en esta última.

4. El caso concreto

En el asunto que ocupa la atención de la Sala se demanda por esta vía constitucional a la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado con el fin de que se protejan los derechos constitucionales fundamentales del debido proceso y acceso a la administración de justicia presuntamente vulnerados con ocasión de la sentencia proferida por esa autoridad judicial el 23 de junio de 2022.

En la sentencia de primera instancia la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró improcedente el amparo invocado por el incumplimiento del requisito de relevancia constitucional por la falta de carga argumentativa frente a la Ley 55 de 1987, por cuanto, el actor no precisó las razones para considerar que esa norma debía aplicarse para desatar la controversia por él planteada y no manifestó si se hizo una grave y errónea interpretación de los fundamentos normativos de la providencia cuestionada.

A su vez, en el escrito de impugnación, la parte demandante amplió los fundamentos de la vulneración que inicialmente planteó con la demanda de tutela y precisó que la autoridad judicial demandada no tuvo en cuenta el régimen prestacional de los numerales 3 y 4 del artículo 1 de esa norma.

Sin embargo, la Sala advierte que se abstendrá de pronunciarse sobre tales argumentos que solo fueron planteados en la impugnación, pues hacerlo significaría vulnerar los derechos fundamentales de defensa y debido proceso de la contraparte, quien no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre ellos precisamente porque no se plantearon desde la demanda.

En los términos en que ha sido propuesta la controversia la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que declaró improcedente la acción de tutela, pero por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad, por las razones que aquí se expondrán:

4.1 La acción de tutela es un mecanismo excepcional y extraordinario para acudir ante el juez constitucional cuando el ordenamiento jurídico no prevea una herramienta jurisdiccional idónea y eficaz para la protección de los derechos fundamentales, como se infiere del texto del inciso 3 del artículo 86 de la Carta Política.

4.2 En desarrollo del precepto constitucional aludido, el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 exige como presupuesto procesal de la acción de tutela que el demandante no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

4.3 La finalidad de este presupuesto de procedibilidad de la acción es que las personas hagan uso de todos los mecanismos que el sistema judicial consagra para conjurar la situación que amenaza o vulnera sus derechos fundamentales, de modo que se restrinja el uso indiscriminado e indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial alterna de protección para desplazar o reemplazar a las herramientas judiciales que el legislador estableció para la protección de los derechos.

4.4 En esa medida, cuando se presenta la acción de tutela con el fin de obtener una decisión más rápida, para burlar los procedimientos judiciales previamente estatuidos o para proponer argumentos y planteamientos que no se propusieron antes el juez ordinario habiendo tenido la oportunidad de hacerlo, se desconoce el carácter subsidiario y residual de este mecanismo constitucional.

4.5 Ahora bien, como lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de la subsidiariedad debe ser estudiado en cada caso concreto y, por ende, aun en los eventos en que existan otros medios de defensa judicial, existen dos excepciones que justifican su procedibilidad, así:

(i) **cuando el medio de defensa judicial** dispuesto por la ley para resolver las controversias **no es idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y,

(ii) **cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

4.6 En suma, la acción de tutela condiciona el ejercicio de la acción de tutela a la inexistencia de otro medio de defensa judicial, salvo que este no suponga un mecanismo idóneo y efectivo para evitar la vulneración o amenaza del derecho

fundamental o que se pretenda un amparo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

a) Verificación del cumplimiento del requisito de subsidiariedad en el caso concreto

1) En el presente asunto se advierte que la parte demandante invocó la configuración de un defecto sustantivo, por cuanto consideró, en términos generales, que el tribunal no estudió el caso a partir del régimen prestacional desarrollado en la Ley 1755 de 1987, el cual consideró que le era más favorable.

2) No obstante, de la revisión de las pruebas aportadas al expediente, para la Sala resulta claro que el interés de la parte demandante consiste en debatir un argumento nuevo que, habiendo tenido la oportunidad de proponerlo, no fue planteado ni discutido en el trámite del proceso ordinario, pues en el recurso de apelación contra el fallo que negó las pretensiones de la demanda el actor limitó sus reparos a la presunta indebida valoración de unas pruebas según las cuales presuntamente la autoridad judicial demandada debía computarle todo el tiempo de formación desde que ingresó a la escuela de cadetes lo que, a su juicio, le otorgó un derecho consolidado.

3) Sin embargo, la Sala encuentra que ni en el recurso de apelación ni en la demanda del proceso ordinario la parte actora reclamó la aplicación de la mencionada Ley 1755 de 1987, por lo que la acción de tutela no es el escenario para traer a colación argumentaciones jurídicas que eran del resorte del juez natural y que, como se explicó en precedencia, habiendo tenido la oportunidad de hacerlo, debieron habersele puesto en consideración para que este tuviera la oportunidad de pronunciarse sobre ellas.

4) Respecto de tal presupuesto general de procedibilidad, en la sentencia C-590 de 2005 la Corte Constitucional señaló que es necesario que el accionante identifique, de forma razonable, los yerros de la autoridad judicial que generan la violación y que esta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible, así:

“Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional (...).

b. 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. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, 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.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez (...).

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela (...)" (negritas adicionales).

5) En consecuencia, es necesario que los yerros de la autoridad judicial que la parte actora invoca como generadores de la vulneración se hayan explicado y sustentado con claridad "***y que [la parte actora] hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible***", exigencia que la propia Corte justificó en los siguientes términos⁶:

"Esta exigencia es comprensible en la medida que, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos." (negritas de la Sala)

6) Ello resulta apenas lógico, si se considera que esta acción constitucional no puede constituirse como un mecanismo complementario, adicional o sustituto de los procesos judiciales ordinarios, pues ello provocaría el efecto contrario al perseguido mediante esta acción, ya que se desconocería la garantía del debido proceso prevista en el artículo 29 de la Constitución Política, según la cual las controversias deberán ser decididas por el juez natural de la causa y con observancia de las formas propias de cada juicio.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005.

7) Sobre este último aspecto, la Corte Constitucional en sentencia T-649 de 2011, señaló:

*“Una segunda razón radica en el respeto por la importancia del proceso judicial. Las etapas, recursos y procedimientos que conforman un proceso, son el primer espacio de protección de los derechos fundamentales. Estando obligados los jueces a obedecer la ley y la Constitución (Art. 4 y 230 C.N), corresponde a todos velar porque los derechos fundamentales sean respetados al interior y como resultado de los procesos judiciales. Es en este sentido que la sentencia C-543 de 1992 puntualiza que: “tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el **proceso**, tal como lo acreditan sus remotos orígenes” (negritas del original). **Por tanto, es inadmisibile que el afectado alegue la vulneración o amenaza de un derecho fundamental cuando no ha solicitado el amparo de sus derechos dentro del proceso, pues, en principio, el ordenamiento jurídico le ha dotado de las herramientas tendientes a corregir durante su trámite las irregularidades que puedan afectarle”** (negritas de la Sala).*

8) En consonancia con el criterio jurisprudencial expuesto, en este caso resulta claro que lo pretendido por la parte demandante es que, bajo la supuesta configuración de un defecto sustantivo, se analicen argumentos que debieron ser planteados dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que no es de recibo dado que sobre ellos no tuvo la oportunidad de pronunciarse el juez ordinario y tampoco la contraparte pudo ejercer su defensa.

9) En ese orden de ideas, como se trata de un argumento nuevo que pudo ser planteado dentro del proceso ordinario -porque la decisión de primera instancia le fue desfavorable y fue ella quien apeló- pero no lo hizo, la acción de tutela es improcedente por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, pues este mecanismo constitucional *“no es un medio que remedie los desaciertos procesales de las partes”*⁷.

10) Si bien es cierto que tal presupuesto ha sido concebido como una causal autónoma de procedencia⁸, también lo es que guarda una íntima relación con la idea

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, providencia de 31 de mayo de 2018, exp. 25000-23-42-000-2018-00580-01(AC), M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

⁸ O incluso como sinónimo de falta de relevancia constitucional, como lo hace la Sección Cuarta de esta Corporación. En efecto, a partir de la sentencia del 11 de febrero de 2021, dictada en el proceso 11001-03-15-000-2020-05131-00, la Sección Cuarta del Consejo de Estado fijó cinco criterios para determinar si un asunto tiene relevancia constitucional.

“En concreto, esos criterios son (i) que el asunto objeto de estudio realmente involucre la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, (ii) que el interesado argumente de manera suficiente y razonable la relevancia constitucional por vulneración de derechos fundamentales, (iii) que los argumentos de la solicitud de amparo se acompañen con las razones de la decisión objeto de tutela,

de subsidiariedad, no en el sentido genérico simple de haberse agotado todos los recursos judiciales disponibles, sino en uno más concreto y específico, referido a impedir que se reabra un asunto litigioso con los mismos argumentos que por desidia, negligencia, incuria o descuido de las partes que, teniendo la oportunidad de plantearlos en sede ordinaria, no lo hicieron.

11) En consecuencia, no es de recibo que quienes, habiendo tenido la oportunidad de alegar tales reparos en el proceso ordinario no lo hicieron pretendan subsanar sus falencias y revivir términos fenecidos mediante la acción de tutela con el fin de utilizarla como un recurso adicional o supletorio de las instancias previstas en cada jurisdicción, proceder que desde luego se encuentra proscrito pues desconoce el carácter residual y subsidiario de este mecanismo constitucional.

11) Se reitera, como lo ha dicho esta misma Subsección en anteriores decisiones⁹, esta herramienta constitucional no puede ser utilizada para revivir oportunidades procesales fenecidas ni para plantear o mejorar argumentos que se dejaron de proponer en las instancias del proceso ordinario, máxime si se tiene en cuenta que ni siquiera se justificaron los motivos por los cuales se incurrió en dicha omisión.

12) Así, si la parte actora pretendía que la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado le aplicara por presuntamente ser más favorable para su situación la Ley 1755 de 1987 debió solicitarlo en el recurso de apelación, sin que lo haya hecho, por lo que no es posible que ahora pretenda por esta vía que se estudie dicho cargo, pese a que no lo propuso oportunamente ante su juez natural.

13) De igual manera, la Sala encuentra que con los medios de prueba allegados al proceso no hay lugar a inferir la existencia de un perjuicio con las condiciones de inminencia, gravedad y urgencia que demanden medidas impostergables para evitar la consumación de un daño y que ameriten la intervención transitoria y excepcional del juez de tutela, razón de más para concluir que la acción de tutela resulta improcedente en el presente caso.

(iv) que no se propongan nuevos argumentos que no fueron expuestos en el proceso ordinario y (v) que la acción de tutela no se convierta en una instancia adicional del proceso ordinario en el que fue proferida la providencia acusada". (negrillas adicionales).

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 15 de septiembre de 2022, exp. 11001-03-15-000-2022-04683-00, MP Fredy Ibarra Martínez.

14) Por consiguiente, se confirmará la sentencia de primera instancia que declaró improcedente la acción de tutela, pero por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B-**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1º) Confírmase la sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante la cual se declaró improcedente la acción de tutela, pero por las razones expuestas en esta decisión.

2º) Acéptase la coadyuvancia presentada por la señora Laura María Báez Romero, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

3º) Notifíquese esta decisión personalmente a las partes e intervinientes o por el medio que resulte más expedito y eficaz.

4º) Por Secretaría, publíquese la presente providencia en la página web de esta Corporación.

5º) Ejecutoriada esta providencia remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, con las respectivas anotaciones secretariales previas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 2 de la Ley 2213 de 2022.