

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD – Existencia de otro medio de defensa judicial / MEDIO DE CONTROL IDÓNEO PARA PEDIR INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS DERIVADOS DE UN ACTO ADMINISTRATIVO REVOCADO POR LA ADMINISTRACIÓN - Reparación directa

[E]n el expediente obra prueba de que el accionante no interpuso el recurso de apelación contra la sentencia que considera lesiva de sus derechos fundamentales, esto es, el fallo de 19 de febrero de 2016 dictado por el Tribunal Administrativo de Bolívar, lo que indica que la presente acción de amparo no cumple con la causal de procedibilidad general de la subsidiariedad, por lo que la Sala no entrará a efectuar el estudio de fondo del asunto y confirmará el fallo impugnado.(...) en su escrito de impugnación el actor reconoció no haber interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que ataca, medio judicial idóneo y expedito que tuvo para rebatir lo decidido en primera instancia, del cual no hizo uso, omisión que no puede ser subsanada en sede de tutela, por cuanto, se reitera, la solicitud de amparo constitucional es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales de carácter residual y subsidiario que, no puede desplazar los medios de defensa previstos por el legislador.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 86 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 93 / PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS – ARTÍCULO 2.3 – LITERAL A / CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – ARTÍCULO 25 / DECRETO 2591 DE 1991 – ARTÍCULO 29

NOTA DE RELATORÍA: En relación con la procedencia de la acción de tutela para proteger derechos fundamentales, consultar la sentencia T-295 de 2007, M.P. Alvaro Tafur Galvis de la Corte Constitucional y la sentencia del 22 de mayo de 2014, exp.11001-03-15-000-2013-02423-01, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno, de esta Corporación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-03173-01(AC)

Actor: LUIS FERNANDO LOMONA RONDÓN

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

La Sección Cuarta del Consejo de Estado procede a decidir la impugnación¹ presentada por el accionante en la tutela de la referencia, contra la sentencia de 14 de diciembre de 2016, proferida Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", en la que rechazó por improcedente la solicitud de tutela formulada.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Afirma el actor que mediante Resolución N° 01373 de 2 de mayo de 2007, la Policía Nacional lo retiró del servicio activo en la institución y lo inhabilitó por el término de trece años para el ejercicio de funciones públicas, con ocasión del proceso que afrontó por los delitos de peculado por apropiación y porte de estupefacientes, conductas punibles de las que resultó absuelto mediante sentencia de 2 de febrero de 2010, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena de Indias.

Refiere que a raíz de esto, en el año 2012 presentó demanda de reparación directa contra la Fiscalía General de la Nación y la Policía Nacional, en la que solicitó la declaratoria de responsabilidad de dichas entidades por los perjuicios ocasionados (i) con la expedición de la resolución mediante la cual fue retirado del servicio y (ii) por el proceso penal que afrontó.

Indica que, en primera instancia, el Tribunal Administrativo de Bolívar, en sentencia de 19 de febrero de 2016, declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones en relación con el retiro del servicio, y negó las demás pretensiones de la demanda por una supuesta carencia probatoria.

2. Fundamentos de la acción

El accionante considera que con la decisión del Tribunal Administrativo de Bolívar de declarar probada de oficio la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones en relación con el retiro del servicio, y negar las demás pretensiones de la demanda, se lesionan sus derechos fundamentales (i) al

¹ Esta sentencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

debido proceso, en tanto, declara, la supuesta carencia de pruebas se originó en la falta de diligencia del tribunal demandado para requerir de oficio las copias del proceso penal que originó los perjuicios y (ii) a la igualdad, en tanto la indebida acumulación de pretensiones no fue decretada por la misma autoridad en el proceso adelantado por Adalberto Jiménez Lara y otros, el cual comparte identidad de supuestos fácticos y jurídicos con el que aquí se debate y que fue fallado favorablemente a los accionantes.

3. Pretensiones

El accionante formula en su escrito de tutela las siguientes:

“1. Conforme a los hechos relatados y los fundamentos de derecho esgrimidos, solicito que se tutele el derecho fundamental al debido proceso y a la igualdad del suscrito accionante, y en consecuencia se revoque la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar en el marco del proceso ordinario 2010-00222-00 (...).”

4. Oposición

4.1. Respuesta de la Fiscalía General de la Nación

La Fiscalía General de la Nación solicitó que se declarara la improcedencia de la acción, por cuanto considera que el actor pretende revivir los términos de los recursos ordinarios que no interpuso oportunamente contra la sentencia de 19 de febrero de 2016, del Tribunal Administrativo de Bolívar.

4.2. Respuesta del Tribunal Administrativo de Bolívar

El Tribunal Administrativo de Bolívar se pronunció en el mismo sentido en su contestación, en tanto, señala, la presente solicitud no cumple con ninguno de los requisitos que hacen procedente la acción de tutela contra providencias judiciales. Añadió que dicha providencia se profirió teniendo en cuenta los supuestos de hecho y de derecho correspondientes al caso en concreto.

Afirma que la sentencia atacada, notificada por medio de edicto el 26 de febrero de 2016, no fue objeto de recurso de recurso de apelación por el actor, lo que

desconoce el carácter subsidiario de la tutela. Adicionalmente, sostiene que el defecto fáctico alegado por el accionante no se configura, puesto que lo que existe es una apreciación personal, en la que se alega que no se está de acuerdo con la valoración que el tribunal le dio a las pruebas que obran en el expediente.

4.3. Respuesta del Ministerio de Defensa Nacional

El Ministerio de Defensa rindió informe a través de apoderado judicial, en el que señaló que la sentencia de 19 de febrero de 2016, no vulneró los derechos fundamentales invocados por el actor, puesto que en la demanda presentada por el actor existió una indebida acumulación de pretensiones ya que solicitó simultáneamente ser beneficiario de una indemnización por privación injusta de la libertad y que se declarara la nulidad del acto administrativo mediante el cual fue retirado del servicio.

Finalmente, sostuvo que la tutela no cumple el requisito de la inmediatez, pues esta se presentó el 20 de octubre de 2016 y la sentencia controvertida se notificó el 1 de marzo de 2016, por lo que el accionante dejó transcurrir más de siete meses, lo cual excede el término del mencionado requisito de procedibilidad.

5. Sentencia de tutela impugnada

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, en sentencia de 14 de diciembre de 2016, rechazó por improcedente la solicitud de tutela formulada, luego de encontrar que la parte actora contaba con otro mecanismo eficaz de defensa de sus derechos en la acción de reparación directa, del cual no hizo uso, cual es el recurso de apelación contra esa sentencia de primera instancia.

Señaló que la procedencia excepcional de la acción de tutela para la protección de derechos fundamentales determina que la misma no pueda ser ejercida como un mecanismo para subsanar los errores de los actores en los trámites judiciales ordinarios, como lo es la falta de agotamiento de los recursos de defensa, lo cual además de ser un acto de diligencia exigible a todos los ciudadanos frente a sus asuntos procesales, es un requisito necesario para la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de defensa.

7. Escrito de impugnación

El accionante impugnó la decisión de primera instancia, mediante un escrito en el que reiteró los argumentos expuestos en el escrito de tutela.

Adujo que la supuesta falencia probatoria de la que se le acusa es ilegal, en tanto el artículo 90 de la Constitución, el cual establece los supuestos para la reparación patrimonial por los daños antijurídicos imputables al Estado, no exige la prueba del tiempo que estuvo recluso ni la fecha en que recobró la libertad.

Relata que “*debido a un error involuntario*”, no interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de 19 de febrero de 2016, pero que esto no debe ser impedimento para que se resuelva sobre la vulneración de sus derechos fundamentales, en aplicación del principio de prevalencia de los derechos sustanciales.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y el 13 del reglamento interno, la Sección Cuarta del Consejo de Estado es competente para decidir el asunto objeto de impugnación.

2. Planteamiento del problema jurídico

Le corresponde a la Sala determinar si la decisión del *a quo* de rechazar por improcedente la solicitud de tutela del actor por ausencia de subsidiariedad se ajusta a derecho, o si debe ser estudiada de fondo.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 86 de la Constitución Política señala que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, “*cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*”, mandato que materializa las obligaciones internacionales contenidas en los artículos 25 de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos² y 2.3 literal a) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos³, instrumentos que hacen parte de la legislación interna en virtud del bloque de constitucionalidad (art. 93 de la Carta).

Ahora bien, esta corporación judicial en la sentencia de unificación emanada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 31 de julio de 2012⁴, acogió la tesis de admitir la procedencia excepcionalísima de la solicitud de tutela contra providencias judiciales, cuando se advierta una manifiesta vulneración *iusfundamental*. En aquél entonces, este tribunal dijo:

*“De lo que ha quedado reseñado se concluye que 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 (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. En consecuencia, en la parte resolutive, se declarará la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales”.*

Más adelante, la misma Sala en sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014⁵, precisó el ámbito de aplicación de la acción de tutela contra providencias judiciales, lo que llevó a concluir que su procedencia se debe predicar, también, respecto *“de sus máximos tribunales”*, en tanto se trata de *autoridades públicas* que *“pueden eventualmente vulnerar los derechos fundamentales de personas”*. En la misma decisión, el Consejo de Estado acogió las condiciones de aplicación que sistematizó la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005⁶.

² Aprobada por medio de la Ley 16 de 1972.

³ Aprobado por medio de la Ley 74 de 1968.

⁴ Expediente N° 2009-01328-01, C. P. María Elizabeth García González.

⁵ Expediente N° 2012-02201-01, C. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

⁶ M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Los requisitos generales de procedencia que deben ser cuidadosamente verificados, son:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. (...) el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones (...)

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 (...)

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración (...)

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora (...)

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 (...)

f. Que no se trate de sentencias de tutela.”

En lo que hace relación con el criterio de la inmediatez, esta corporación en la precitada sentencia de unificación, acogió como regla general *“un plazo de seis meses, contados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia, según el caso, para determinar si la acción de tutela contra providencias judiciales se ejerce oportunamente”*.

Ahora bien, los requisitos específicos de procedencia que ha precisado la jurisprudencia constitucional en la misma sentencia C-590 de 2005, son los siguientes:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

i. Violación directa de la Constitución.”

De esta manera, le corresponde al juez de tutela verificar el cumplimiento estricto de todos los requisitos generales, de tal manera que una vez superado ese examen formal pueda constatar si se configura, por lo menos, uno de los defectos arriba mencionados, los cuales deben ser alegados por el interesado. Estos presupuestos que son jurisprudencia en vigor, han sido acogidos en reiterada

jurisprudencia del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo⁷ y de la Corte Constitucional⁸.

En definitiva, la excepcionalidad de la acción de tutela contra providencias judiciales se justifica en el carácter prevalente que se debe dar a la cosa juzgada (*res judicata*) y a los principios constitucionales de autonomía e independencia del juez natural, atributos que debe tener en consideración el juez constitucional al momento de estudiar la constitucionalidad de cualquier fallo.

4. Estudio y solución del caso concreto

El actor solicitó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, que considera vulnerados por la decisión del Tribunal Administrativo de Bolívar de declarar probada de oficio la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones en el proceso de reparación directa que impetró contra la Fiscalía General de la Nación y la Policía Nacional, por los perjuicios soportados a raíz de la privación injusta de la libertad de la que fue objeto en el año 2007.

Refiere que en la providencia atacada se le acusa de una supuesta carencia probatoria, la cual, en su concepto, no le es endilgable pues se originó en la falta de diligencia del tribunal demandado para requerir de oficio las copias del proceso penal que originó los perjuicios. De otra parte, señala una supuesta violación al principio de igualdad, en tanto la indebida acumulación de pretensiones no fue decretada por la misma autoridad en otro proceso, adelantado por Adalberto Jiménez Lara y otros, el cual comparte identidad de supuestos fácticos y jurídicos con el que aquí se debate y que fue fallado favorablemente a los accionantes.

En el caso concreto, al realizar el examen de procedencia formal de la acción de tutela, la Sala advierte que, como fue advertido por el juez de tutela de primera instancia, en el expediente obra prueba de que el accionante no interpuso el

⁷ Cfr., Sentencia del 7 de diciembre de 2016, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto (exp. 2016 00134-01), Sentencia del 7 de diciembre de 2016, C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio (exp. N° 2016-02213-01), Sentencia del 24 de noviembre de 2016, C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (exp. N° 2016-02568-01, Sentencia del 27 de noviembre de 2016, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés, entre otras.

⁸ Cfr., Sentencias SU-556 de 2016, M. P. María Victoria Calle Correa, SU-542 de 2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, SU-490 de 2016, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SU-659 de 2015, M. P. Alberto Rojas Ríos y SU-874 de 2014, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez, entre otras.

recurso de apelación contra la sentencia que considera lesiva de sus derechos fundamentales, esto es, el fallo de 19 de febrero de 2016 dictado por el Tribunal Administrativo de Bolívar, lo que indica que la presente acción de amparo no cumple con la causal de procedibilidad general de la subsidiariedad, por lo que la Sala no entrará a efectuar el estudio de fondo del asunto y confirmará el fallo impugnado.

El artículo 86 de la Constitución política expresa que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. Sumado a esto, precisa que esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Esta condición se justifica, según jurisprudencia de la Corte Constitucional en el “carácter subsidiario y residual de la acción, la cual se encuentra establecida bajo un procedimiento preferente y sumario, que tiene como finalidad la protección inmediata de los derechos fundamentales”⁹. Así mismo, el Consejo de Estado ha precisado en varias ocasiones que “la procedencia de la acción de tutela se determina según el demandante carezca o no de un medio judicial idóneo y expedito para proteger sus derechos fundamentales”¹⁰.

En el presente caso, además de haber sido advertido por las autoridades demandadas, en su escrito de impugnación el actor reconoció no haber interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que ataca, medio judicial idóneo y expedito que tuvo para rebatir lo decidido en primera instancia, del cual no hizo uso, omisión que no puede ser subsanada en sede de tutela, por cuanto, se reitera, la solicitud de amparo constitucional es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales de carácter residual y subsidiario que, no puede desplazar los medios de defensa previstos por el legislador.

⁹ Sentencia T-295 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, 22 de mayo de 2014, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno, Expediente N°: 11001-03-15-000-2013-02423-01(AC).

En consecuencia, conforme con el análisis que antecede, la Sala procederá a confirmar la sentencia impugnada.

5. Razón de la decisión

La Sala confirmará la sentencia impugnada por cuanto la solicitud de tutela elevada por el actor es improcedente, en tanto no cumple el requisito de subsidiariedad por no haber agotado los recursos ordinarios que tenía contra el fallo que se ataca (recurso de apelación).

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta - administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero.- CONFÍRMASE la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2016, por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”.

Segundo.- NOTIFÍQUESE esta decisión por el medio más eficaz y expedito posible, como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero.- REMÍTASE el expediente de tutela a la Corte Constitucional para que surta el trámite de eventual revisión previsto en el artículo 86 de la Constitución Política.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Presidenta de la Sección

MILTON CHAVES GARCÍA

Consejero

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Consejero