



196

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02635-01

Actor: DAGOBERTO RÍOS SÁNCHEZ

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B

Asunto: Acción de tutela. Fallo de segunda instancia. Contra providencia judicial.

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta por la Policía Nacional contra el fallo de 22 de febrero de 2018, dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por medio del que, **amparó el debido proceso** del señor **RÍOS SÁNCHEZ**.

I. ANTECEDENTES

1. La tutela

El señor **RÍOS SÁNCHEZ**, mediante apoderado judicial, promovió acción de tutela, el 6 de octubre de 2017,¹ invocando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a una justa administración de justicia, presuntamente vulnerados por la Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado, quien, en segunda instancia, conoció el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado con el No. 63001-23-33-000-2013-00121-01.

1.1. Hechos

Los supuestos fácticos de la presente acción, en síntesis, son los siguientes:

¹ Fls. 1 – 46. Poder fl. 47.



1.1.1. El señor **RÍOS SÁNCHEZ** ejerció el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, encaminado a obtener la nulidad del Oficio 069539 / ADSAL-GRUNO-22 del 16 de marzo del 2012, proferido por la Jefe del Área de Administración Salarial del Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, que le negó la liquidación y pago de las primas, bonificaciones y subsidios que se le venían cancelando antes de homologarse al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, conforme al Decreto No. 1212 de 1990.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó: **i)** Condenar a la entidad demandada a reconocerle y pagarle los factores salariales respecto a los porcentajes de las primas y subsidios que se le venían cancelando como Suboficial de la Policía Nacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 140 del Decreto No. 1212 de 1990 y que le corresponden por concepto de subsidio familiar en un 39%, las primas de actividad en un 50%, de antigüedad en un 25% y de especialista en un 10%, y la bonificación por buena conducta en un 5%, teniendo como base el salario básico mensual devengado por el demandante en el grado de Subcomisario; **ii)** decretar la actualización de la hoja de servicios; **iii)** ordenar a la Policía Nacional el pago de los dineros dejados de percibir por concepto del pago de las primas, bonificaciones y subsidios, desde la homologación al nivel ejecutivo de la institución hasta la fecha del retiro del servicio; **iv)** condenar a la parte accionada a reliquidar el auxilio de cesantías retroactivas; **v)** decretar la actualización e indexación de las sumas reconocidas y finalmente, **vi)** condenar a la parte demandada en costas de conformidad con lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.1.2. El Tribunal Administrativo del Quindío, con sentencia del 15 de agosto de 2014, resolvió:²

«**PRIMERO.-** DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio 069539 ADSAL-GRULI-22, conforme lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO.- CONDENAR LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL a liquidar y pagar al señor DAGOBERTO RÍOS SÁNCHEZ, lo dejado de percibir por prima de actividad, prima de antigüedad, subsidio familiar, distintivo por buena conducta, prima de especialista y auxilio de cesantías retroactivas de que trata el Decreto - Ley

² Fls. 48 – 82.



1212 de 1990, conforme lo expuesto en la parte considerativa. Todo lo cual deberá reflejarse en la asignación de retiro; sin perjuicio de lo pagado por los mismos conceptos, sobre lo cual operará en favor del accionante la diferencia respectiva {sic}.

TERCERO.- Los valores a reconocer se actualizarán de acuerdo a la fórmula antes mencionada, aplicada mes a mes, por tratarse de reclamos de tracto sucesivo y correrán desde el momento del reconocimiento de la asignación de retiro en razón de no haber operado el fenómeno de la prescripción, tal como se señaló en la parte considerativa de este proveído.

CUARTO.- Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO.- Condenar en costas a la parte vencida. La liquidación de las mismas se debe cumplir por {sic} Secretaria de la Corporación, para su aprobación posterior por parte del ponente. Para esos efectos se fijan las agencias en derecho de esta instancia en UN MILLÓN DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS CON NOVENTA Y SIETE CENTAVOS (**\$1.247.463,97**)». ³

1.1.3. La parte demandada inconforme con la anterior decisión la apeló.

1.1.4. La segunda instancia fue resuelta, con providencia del 8 de septiembre de 2017, por la Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado, quien revocó la del tribunal y, en su lugar, negó todas las pretensiones de la demanda; toda vez que el acto administrativo demandado no está inmerso en ninguna de las causales de nulidad alegadas por el demandante, pues los salarios y prestaciones a que tiene derecho son los establecidos en el régimen del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que se ha aplicado desde su ingreso al mismo. ⁴

1.2. Fundamentos de la solicitud

El señor **RÍOS SÁNCHEZ** consideró que en la anterior providencia se configuraron los siguientes defectos:

1.2.1. Fáctico. Toda vez que omitió la valoración probatoria de pruebas documentales aportadas tales como: resoluciones, directivas, las certificaciones salariales de antes de la homologación cuando estaba como suboficial, donde los factores salariales estaban determinados y entre ellos, por ejemplo, se observaba que a su patrimonio ya habían ingresado dineros por prima de actividad,

³ Énfasis del original.

⁴ Fís. 83 – 98.

subsidio familiar y bonificación de buena conducta, los cuales se compararon con los factores salariales del Decreto No. 1091 de 1995, con cifras concretas y se concluyó en la demanda presentada existe, a su juicio, una desmejora salarial; para ello, se hizo cuadros explicativos entre el régimen prestacionales indicados, en los que se evidencia la desmejora sufrida.

1.2.2. Violación directa de la Constitución. Indicó que con la interpretación dada por la autoridad judicial cuestionada a las normas y su aplicación se está vulnerado el derecho constitucional consagrado en el artículo 2º, 29 53, y el principio de favorabilidad Constitucional.

1.3. Pretensiones

Como consecuencia del amparo de sus derechos, en la tutela se pidió:

«1.- **TUTELAR** los derechos fundamentales del señor DAGOBERTO RÍOS SÁNCHEZ, por mi representado, al derecho a la igualdad frente a la Ley, al acceso a una justa administración de Justicia, al Debido Proceso {sic} por el desconocimiento de las pruebas legalmente allegadas, abandonando flagrantemente la unidad de prueba, la apreciación de la prueba, y por ende el principio de la comunidad probatoria ya que en todo proceso debe procurarse la transparencia de la administración de justicia.

2.- Como consecuencia de lo anterior, **se ordene dejar sin efecto la sentencia de fecha 8 de septiembre de 2017**, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, radicado No. 63001-2333-000-213-00121-00, actor DAGOBERTO RÍOS SÁNCHEZ, medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho {sic}. Y en su defecto se ratifique el fallo de primera instancia proferido por el Tribunal Administrativo Oral del Quindío».⁵

2. Trámite en primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, en auto de 13 de octubre de 2017,⁶ admitió la tutela y ordenó notificar a los Magistrados de la Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado y a los del Tribunal Administrativo del Quindío.

Como terceros con interés dispuso notificar al Ministro de Defensa Nacional y al Director General de la Policía Nacional, pues actuaron

⁵ *Idem.*

⁶ Fl. 101.

como demandados en el proceso ordinario.

2.1. Contestaciones

Remitidos los oficios de rigor,⁷ se recibieron las siguientes:

2.1.1. La Policía Nacional

Al intervenir explicó que no entiende porque razón el tutelante alega la consolidación de derechos adquiridos en relación con la aplicación del régimen prestacional del Decreto No. 1212 de 1990, pues fue precisamente él quien, de manera libre y voluntaria, decidió la homologación al nivel ejecutivo de la Policía Nacional y, por ende, acogerse a una normativa salarial y prestacional distinta.⁸

También, expresó que, dentro del proceso ordinario, el tutelante contó con la oportunidad procesal adecuada para controvertir la actuación de la Policía Nacional, situación que fue resuelta, en última instancia, por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B.

Por lo anterior, concluyó que en el proceso ordinario no hubo vulneración de los derechos fundamentales y que, en todo caso, la acción de tutela era improcedente, porque no cumplía los requisitos procedimentales que la Corte Constitucional ha dispuesto para el efecto.

2.1.2. La Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado

Al contestar solicitó negar el amparo deprecado, para lo cual, explicó:⁹

Para la resolución del recurso de apelación en el proceso ordinario, se planteó el siguiente problema jurídico: si es procedente aplicar al actor el régimen prestacional de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional previsto en el Decreto Ley 1212 de 1990 en razón a la establecido por la Ley 180 de 1995 y el Decreto 132 de 1995, que señalaron una protección para quienes estando al servicio de la

⁷ Fls 102 - 110.

⁸ Fls. 140 - 143.

⁹ Fls. 144 - 147.



Policía Nacional, se trasladaban al Nivel Ejecutivo de la misma, pese a que este último contempló un régimen prestacional diverso.

Para resolver lo anterior, la Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado analizó las normas que regularon el nivel ejecutivo de la Policía Nacional, de lo que pudo establecer que quienes pertenecían al nivel de Agentes y Suboficiales de la Policía Nacional tenían la posibilidad de acceder, voluntariamente, a la carrera del mencionado nivel; y, que quienes así lo hicieran debían someterse al régimen salarial y prestacional que estableciera el Gobierno Nacional, sin ser desmejorados o discriminados, en todo caso, en su situación laboral.

Se estableció que si bien la homologación a la que se sometió el actor le permite estar amparado por la prohibición de discriminar o desmejorar sus condiciones salariales y prestacionales, dicho desmejoramiento, no puede mirarse aisladamente o, dicho de otra forma, factor por factor, pues ello permitiría la posibilidad de crear, sin competencia para el efecto, un tercer régimen, compuesto por aquellos elementos más favorables, por un lado, del Decreto 1212 de 1990 y, del otro, el Decreto 1091 de 1995.

Por todo lo anterior, la acción de tutela debe negarse, toda vez que la sentencia que se profirió la Subsección B de la Sección Segunda de la Corporación no vulneró ninguno de los derechos fundamentales del actor, y menos se configura en este caso el defecto fáctico, puesto que es la valoración de la prueba la que lleva a tomar la decisión de revocar la sentencia de primera instancia y negar el reconocimiento pretendido por la parte accionante.

Igualmente, no ocurre el defecto sustantivo, según el dicho del actor, por cuanto para tomar la decisión de revocar la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones, se tuvieron en cuenta y se analizaron las normas; además, de los distintos pronunciamientos de la Corporación sobre el asunto.

Finalmente, enfatizó que la acción de tutela no puede ser una tercera instancia para continuar contravirtiendo las decisiones de los jueces, lo que ha venido haciendo carrera. Por lo anterior, la acción de tutela en este caso no debe prosperar.

3. Decisión de primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado con providencia del 22 de febrero de 2018, resolvió:¹⁰

«1. **Amparar** el derecho fundamental al debido proceso del señor Dagoberto Ríos Sánchez., por las razones expuestas en la presente providencia. En consecuencia, se dispone:

1.1. Dejar sin efectos la sentencia del 8 de septiembre de 2017, proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 63001-23-33-000-2013-00121-01.

1.2. Ordenar a la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado que, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de este fallo, profiera una nueva sentencia en la que valore las pruebas documentales que obran en el expediente y determine si son idóneas y suficientes para acreditar que las condiciones salariales y prestacionales del señor Dagoberto Ríos Sánchez fueron desmejoradas con la homologación al nivel ejecutivo».

Para arribar a lo anterior explicó que, la autoridad judicial demandada admitió que el demandante estaba amparado por la prohibición de desmejora de sus condiciones laborales, en los términos del artículo 2 de la Ley 4ª de 1992, pero que la existencia del posible deterioro debía evaluarse a la luz de la aplicación integral de cada uno de los regímenes, mas no bajo una comparación individual de factores, pues eso implicaría crear, por vía jurisprudencial, un tercer régimen, no establecido por el legislador. Ese tercer régimen estaría compuesto por los elementos más favorables de cada una de las normas cuya aplicación se discutía en el proceso ordinario: el Decreto No. 1212 de 1990 —para oficiales y suboficiales— y Decreto No. 1091 de 1995 —para el nivel ejecutivo—.

Indicó que la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, arribó a esa conclusión fundada en razones estrictamente jurídicas y partió de una premisa: que el régimen salarial y prestacional del tutelante era más favorable como miembro del nivel ejecutivo y no como suboficial.

Luego el *a quo* de tutela, advirtió que la autoridad judicial demandada asumió esa premisa fáctica sin acudir al material probatorio que obra el expediente del proceso ordinario. Y es que ni de los hechos

¹⁰ Fls. 152 – 157.



probados, ni del análisis probatorio podía colegirse que, en efecto, el régimen salarial y prestacional del señor **RÍOS SÁNCHEZ** fuera más favorable como miembro del nivel ejecutivo; lo que dilucidó, en los siguientes términos:

«Al relacionar los hechos probados dentro del proceso ordinario, la autoridad judicial demandada sostuvo:

Con miras a resolver el punto objeto de controversia, lo primero que se debe advertir es que está plenamente demostrado dentro del expediente, lo siguiente:

- Según el extracto de la Hoja de Servicios del actor, se establece: i) ingresó a prestar servicio militar en la Policía Nacional el 15 de septiembre de 1980 hasta el 11 de junio de 1982, ii) por medio la Resolución 001 del 20 de enero de 1986 inició como Agente Alumno en la misma fecha hasta el 31 de julio del mismo año, iii) mediante la Resolución 3639 inició como Agente Nacional el 1º de agosto de 1986 al 2 de septiembre de 1993, iv) por medio de Resolución 7322 del 26 de agosto de 1993 fue posesionado como Suboficial el 3 de septiembre de 1993, desempeñándose hasta 31 de mayo de 1994, v) a través de la Resolución 3969 del 4 de mayo de 1994 se homologó al Nivel Ejecutivo de la institución, iniciando el 1º de junio de 1994 y terminando el 17 de mayo del 2009, y vi) fue dado de alta por la Resolución 01357 el 17 de mayo del 2009, para un total de tiempos de servicios de 25 años 3 meses y 22 días. Actualmente se encuentra en uso del buen retiro.

- A través de petición del 23 de febrero del 2012 solicitó la liquidación y pago de los factores salariales respecto a los porcentajes de las primas y subsidios que se le venían cancelando como Suboficial de la Policía Nacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 140 del Decreto 1212 de 1990, la cual fue negada mediante el Oficio 069539 / ADSAL-GRUNO-22 del 16 de marzo del 2012, proferido por la Jefe de Administración Salarial de la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, por considerar que mientras laboró como Agente y Suboficial, se le aplicaron las disposiciones salariales y prestacionales establecidas en los Decretos 1213 y 1212 de 1990, respectivamente, y, por su parte, durante el tiempo en que laboró en el Nivel Ejecutivo, su situación se reguló por el Decreto 1091 de 1995.

Y, en cuanto al análisis probatorio, la sentencia judicial cuestionada refirió:

Con el material probatorio obrante dentro del expediente, entonces, contrario a lo afirmado por la interesada (sic), lo que se observa es que el Ejecutivo no lesionó el mandato de no regresividad, pues mirado **en su conjunto**, se insiste, el régimen del Decreto 1091 de 1995 le reporta mayores beneficios, y, en contrario, no se allegó prueba dentro del expediente por parte del actor.

También cabe precisar que en materia de subsidio familiar el régimen del Nivel Ejecutivo consagró unas nuevas condiciones que posiblemente no la (sic) favorecieron, pero que, por otros aspectos es más benéfico, pues permite la inclusión de los hermanos y padres como beneficiarios del mismo.

En relación con el régimen de cesantías, tampoco se puede acceder a lo reclamado por la interesada (sic), so pena de violar el principio de inescindibilidad.

Así las cosas, se establece que el actor se benefició al cambiar del rango de Agente al del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en materia salarial, pues, en dicho régimen se superaron las condiciones mínimas que dispuso el Legislador y, por lo mismo, se debe someter integralmente a su reglamentación, dentro de

la cual no se establecieron los factores que reclama, precisamente porque corresponden es al régimen de Agentes, al que ya no pertenece, y en cambio sí se le reconocieron y pagaron los propios del Nivel Ejecutivo al cual ingresó de forma voluntaria.

Como se ve, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado no hizo la más mínima mención a las resoluciones y certificaciones laborales que demostrarían si se presentó o no una desmejora salarial y prestacional al momento de la homologación del actor al nivel ejecutivo. Esos documentos, que sustentan el defecto fáctico endilgado por el demandante, son:

(i) Resolución N° 2622 del 26 de marzo de 1992 «*Por la cual se ordena el reconocimiento, aumento y disminución de subsidio familiar a personal de la Policía Nacional*»¹¹;

(ii) Resolución N° 2371 del 25 de marzo de 1994 «*Por la cual se ordena el reconocimiento, aumento y disminución de subsidio familiar a personal de la Policía Nacional*»¹²;

(iii) Oficio N° 189101/ARGEN-GRAUS-22 del 9 de septiembre de 2009, emitido por el jefe de Área de Archivo General que remite la Hoja de Servicios N° 18.503.583 en la que consta la historia laboral del señor Dagoberto Ríos Sánchez y los montos devengados por concepto de salario y prestaciones sociales¹³;

(iv) Extracto de la hoja de vida del señor Dagoberto Ríos Sánchez, emitida el 15 de mayo de 2009 por el jefe de Área de Recursos Humanos Dequi¹⁴;

(v) Correo del 21 de abril de 2009, que contiene el extracto salarial de abril de 2009, enviado a la dirección electrónica «*dagoberto.rios@correo.policia.gov.co*» desde el correo electrónico «*administrador.nomina@policia.gov.co*»¹⁵;

Tales pruebas obraban en el expediente del proceso ordinario y permitirían acreditar lo que devengaba el señor Ríos Sánchez cuando se desempeñaba como suboficial y lo que pasó a percibir cuando entró a formar parte del nivel ejecutivo. De hecho, los cuadros comparativos de los valores salariales y prestacionales en uno y otro régimen estaban incluido en la demanda¹⁶ y en los alegatos de conclusión¹⁷, como forma de poner en evidencia el deterioro de los ingresos laborales del actor.

En ese escenario, era imprescindible que la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado apreciara las resoluciones y demás documentos arriba enunciados, pues a partir de esas pruebas podía establecer si la homologación del actor al nivel ejecutivo representó o no una desmejora prestacional y salarial. Lo anterior, por cuanto no era posible concluir que no hubo desmejora prestacional sin comparar las condiciones salariales y prestacionales del señor Ríos Sánchez antes y después de la homologación.

Por otra parte, la Sala no desconoce que, en fallos con contenido fáctico similar, se ha concluido que la homologación al nivel ejecutivo sí representó, integralmente, una mejora laboral. Así, por ejemplo, en providencia del 31 de

¹¹ «Folios 14 a 16 del expediente del proceso ordinario».

¹² «Folios 17 a 19 *ibidem*».

¹³ «Folios 20 a 22 *ibidem*».

¹⁴ «Folios 23 a 25 *ibidem*».

¹⁵ «Folio 40 *ibidem*».

¹⁶ «Folios 116 a 118 *ibidem*».

¹⁷ «Folios 359 a 364 y folios 397 a 402 *ibidem*».

enero de 2013¹⁸, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado trazó unos cuadros comparativos para dejar en evidencia la situación prestacional y salarial del actor antes y después de su homologación al nivel ejecutivo de la policía Nacional. Sin embargo, como se vio, la autoridad judicial demandada no incluyó ningún tipo de comparación en la sentencia del 8 de septiembre de 2017.

Cabe anotar, además, que la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado pasó por alto que, al momento de la homologación, el demandante ostentaba la condición de suboficial, por lo que su régimen prestacional era el descrito en el Decreto 1212 de 1990¹⁹. Esa omisión queda en evidencia en el siguiente párrafo de la providencia judicial cuestionada:

Así las cosas, se establece que el actor se benefició **al cambiar del rango de Agente al del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional** en materia salarial, pues, en dicho régimen se superaron las condiciones mínimas que dispuso el Legislador y, por lo mismo, se debe someter integralmente a su reglamentación, dentro de la cual no se establecieron los factores que reclama, precisamente porque corresponden es **al régimen de Agentes, al que ya no pertenece**, y en cambio sí se le reconocieron y pagaron los propios del Nivel Ejecutivo al cual ingresó de forma voluntaria.

En definitiva, la Sala concluye que sí {sic} la sentencia del 8 de septiembre de 2017 sí incurrió en defecto fáctico, toda vez que la autoridad judicial demandada no analizó las pruebas que permitían establecer si hubo o no desmejora prestacional con la homologación al nivel ejecutivo. Ahora, al encontrar probado el defecto fáctico, la Sala se relevará de estudiar el cargo de violación directa de la Constitución, en tanto que, ahora, el asunto deberá resolverse con fundamento en las conclusiones probatorias que resulten del análisis de las pruebas omitidas.

Por consiguiente, se concederá el amparo pedido por Dagoberto Ríos Sánchez, pero únicamente en lo que tiene que ver con la falta de valoración de las pruebas documentales. La Sala debe precisar que el amparo de tutela no determina el sentido de la decisión que debe adoptar el juez de conocimiento, pues es a él a quien le compete apreciar si el material probatorio anotado es suficiente o no para acceder a las pretensiones reclamadas por el actor».²⁰

4. La impugnación

La decisión tomada por el *a quo* fue impugnada por la Policía Nacional, quien sustentó su inconformidad como se sigue:²¹

En su escrito desarrolló tres puntos: i) inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales del accionante; ii) improcedencia de la presente acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y; finalmente, iii) improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

¹⁸ «Expediente 25000-23-25-000-2011-00048-01 (1147-12)».

¹⁹ «Por el cual se reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional».

²⁰ Negrilla del original.

²¹ Fls. 170 – 173. El fallo de primera instancia se notificó con oficio remitido el 28 de febrero de 2018 (fls. 158 - 168). La impugnación se allegó por correo electrónico el día 5 de marzo de 2018, es decir, dentro del término establecido por el artículo 31 del Decreto No. 2591 de 1991.



201

4.1. Inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales del accionante

En el primero de éstos, transcribió extensamente las consideraciones del fallo ordinario cuestionado y con fundamento en ellos, indicó que *«podemos establecer que la sentencia aludida estuvo debidamente fundamentada a la situación jurídica del señor Dagoberto Ríos Sánchez, como quiera que quien invoca un ordenamiento para su beneficio y quien en efecto lo emplea, no puede recoger las prerrogativas contenidas en uno diferente para incluirlas en la aplicación del otro, habida cuenta que al pasar al nuevo régimen y asumir los salarios y prebendas correspondientes al mismo, no resulta coherente posteriormente irrogar cargas del antiguo régimen»*.

Luego, puntualizó que el actor tiene inconformidades en cómo se fijó el régimen prestacional del nivel ejecutivo por medio del Decreto No. 1091 de 1995, recayendo este reproche en un aspecto más de índole subjetivo al señalar que la Policía Nacional no aplicó el principio de favorabilidad, para dar prevalencia a normas como los Decreto No. 1212 y 1213 de 1990, situación que es inviable máximo cuando el mismo solicitó el cambio de régimen, toda vez el señor **DAGOBERTO RÍOS SÁNCHEZ**, aceptó de forma voluntaria el nuevo escalafón (nivel ejecutivo) y recibió todos los emolumentos correspondientes, sin inconformidad, presupuestos bajo los cuales resulta inviable jurídicamente no acceder a las pretensiones incoadas, en el presente caso.

4.2. Improcedencia de la presente acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

Afirmó la Policía Nacional que frente al caso que se somete a consideración de los Honorables Consejeros, no se está ante el acontecimiento de un perjuicio irremediable o de una amenaza inminente e injustificada, que amerite la procedencia de la tutela como mecanismo para acceder al reconocimiento de las pretensiones solicitadas por el accionante, máximo cuando el mismo hizo uso de otras vías de protección jurisdiccional que son las idóneas para resolver la litis que infundadamente se propone definir en la presente acción y que por lo mismo genera su improcedencia, teniendo en cuenta que esta es un mecanismo de protección subsidiario. Además, los hechos constitutivos del perjuicio



irremediable por no estar exentos de prueba, deben acreditarse, con lo que en esta parte bien puede afirmarse que esa carga probatoria le incumbe al actor.

4.3. Improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

En este punto expresó que la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones generadas por actos u omisiones que implican la trasgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante la administración de justicia, o que teniéndolo, existe un alto riesgo de sufrir un perjuicio irremediable. De ahí que la acción constitucional, no es procedente cuando existe un medio judicial apto para la defensa del derecho presuntamente transgredido o amenazado, el cual, para efectos del presente caso, ya fueron resueltos de manera desfavorables a las pretensiones del actor, en el proceso ordinario que ahora se cuestiona, tornando en improcedente el presente mecanismo constitucional; finalmente, manifestó:

«Se evidencia entonces que ninguna de las garantías que conforman el debido proceso han sido objeto de agravio, no existió acción u omisión de los despachos que generaran vulneración a los derechos fundamentales, quedando en evidencia que la acción carece de relevancia constitucional».

Conforme a lo anterior, solicitó la revocatoria del fallo impugnado y, en contraposición, sea negado el amparo reconocido.

I. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para asumir el conocimiento de la impugnación presentada, según lo establecido por el Decreto No. 2591 de 1991.

2. Asunto bajo análisis

De conformidad con el fallo de primera instancia, la impugnación presentada y el mecanismo constitucional presentado, corresponde a la Sala determinar:

- i. La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.
- ii. Si el fallo de tutela de primera instancia se debe confirmar, modificar o revocar, **a partir de los argumentos dados en la impugnación.**

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Esta Sección, mayoritariamente,²² venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, eventos estos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado que lesionara el derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012²³ **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas desemejantes sobre el tema.²⁴

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.²⁵

Señaló la Sala Plena en el fallo en mención:

«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,

²² Sobre el particular, el Consejero Ponente mantuvo una tesis diferente sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se puede consultar en los salvamentos y aclaraciones de voto que se hicieron en todas las acciones de tutela que conoció la Sección. Ver, por ejemplo, salvamento a la sentencia Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001-03-15-000-2011-00546-01, accionante: Oscar Enrique Forero Nontien y accionados: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B y otro.

²³ Sala Plena. Consejo de Estado. Rad. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

²⁴ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

²⁵ Se dijo en la mencionada sentencia: «**DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia».

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**».²⁶ Énfasis propio.

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente** como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los **«fijados hasta el momento jurisprudencialmente»**.

Al efecto, en virtud de la sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014,²⁷ la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 de la Constitución Política y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso deberá probarse y en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

²⁶ Sala Plena. Consejo de Estado. Rad. No. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germanía Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

²⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.



En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia²⁸ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, no ha distinguido con claridad cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -improcedencia sustantiva- y cuáles impiden analizar el fondo del asunto -improcedencia adjetiva-.

Por tanto, se debe verificar que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez; iii) subsidiariedad, es decir, el agotamiento de los mecanismos judiciales, ordinarios y extraordinarios de defensa, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión a tomar será declarar **improcedente** el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

Cumplidos esos parámetros, corresponderá adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la **prosperidad** o **negación** del amparo impetrado, se requerirá principalmente: i) que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y ii) que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una «*tercera instancia*» que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

4. Caso concreto

Para la Sala de la lectura de los argumentos planteados en la impugnación, por la Policía Nacional, confirmará el fallo de tutela de primera instancia, como pasa a explicarse.

²⁸ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.



Revisada la impugnación presentada por la Policía Nacional, en la que planteó que la acción de tutela es improcedente porque se dirige contra una providencia judicial; también expresó que ésta solo procede para evitar un perjuicio irremediable y que tal circunstancia no fue demostrada en el proceso y, finalmente, consideró que hay inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

La Sala no comparte los anteriores argumentos puesto que, la tutela sí es procedente contra providencias judiciales, para lo cual debe cumplir con los requisitos de procedibilidad adjetiva, generales (que no sea tutela contra tutela, inmediatez y subsidiariedad) y los especiales (que se configure alguno de los defectos en que puede incurrir), los que se cumplieron en el presente caso. Por otro lado, el perjuicio irremediable se debe demostrar cuando la tutela se presente como mecanismo transitorio ante la existencia de otro mecanismo judicial de defensa, lo que no ocurre en el asunto *sub lite* y, finalmente, en el presente caso sí existió la vulneración de debido proceso, pues la primera instancia lo amparó al configurarse el defecto fáctico alegado, como causal especial de procedibilidad de este mecanismo constitucional cuando se dirige contra providencias judiciales.

Para este juez constitucional, de la lectura íntegra de las inconformidades que planteó la Policía Nacional frente al fallo de tutela de primera instancia, no da razón alguna para controvertir los fundamentos que dio la Sección Cuarta del Consejo de Estado para encontrar configurado el defecto fáctico, que permitió otorgar el amparo del debido proceso del señor **RÍOS SÁNCHEZ**. Así las cosas, **los argumentos dados por vía de impugnación no responden a lo dicho por el juez *a quo*, razón por la cual, no tienen la capacidad de cambiar esa decisión.**

Por lo anterior, este juez constitucional confirmará la providencia impugnada, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

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



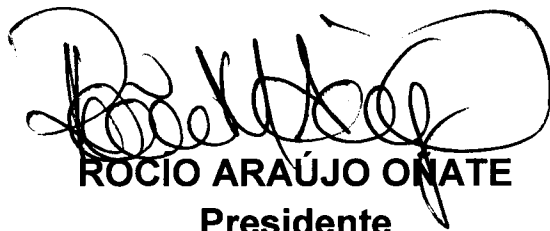
FALLA

PRIMERO: Confirmar el fallo de tutela de primera instancia, por medio del que, la Sección Cuarta del Consejo de Estado amparó el debido proceso del señor **DAGOBERTO RÍOS SÁNCHEZ**, de conformidad con la parte motiva de la presente decisión.

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

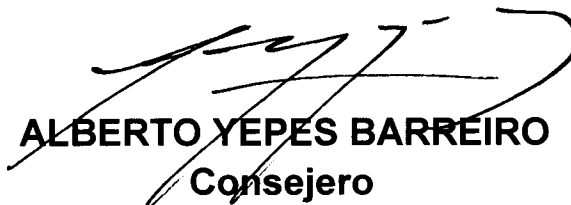
TERCERO: Notificar a las partes según lo establecido por el artículo 30 del Decreto No. 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ROCÍO ARAÚJO ONATE
Presidente


LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera


CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero


ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

