



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., tres (3) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03424-00

Actor: MELQUISEDEC DUITAMA CASTELBLANCO

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A" Y OTRO

Asunto: Acción de tutela – Fallo de segunda instancia

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte accionante, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante la cual se negó el amparo solicitado.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de amparo

1.1. Con escrito radicado el 13 de diciembre de 2017¹ en la Secretaría General del Consejo de Estado, el señor Melquisedec Duitama Castebianco, actuando a través de apoderado especial, presentó acción de tutela contra el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección "A" y el Tribunal Administrativo de Boyacá, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social y a los derechos adquiridos.

1.2. Consideró vulnerados estos con ocasión de las siguientes providencias: i) Auto del 13 de octubre de 2016, proferido por la Sección Segunda, Subsección "A" del Consejo de Estado, por la cual se confirmó la decisión del Tribunal de rechazar por improcedente un

¹ Folio 1.



incidente de nulidad y ii) Auto del 5 de octubre de 2017, por el cual se rechazaron los recursos “de reposición – súplica” interpuestos contra el auto del 13 de octubre de 2016.

A título de amparo constitucional, el actor solicitó que *“se revoque o se dejen sin efecto alguno las providencias tuteladas, ordenándole al Tribunal proferir otras que supere los defectos atrás referidos, imprimiéndole al incidente de nulidad el trámite legal correspondiente y desatándolo con plena observancia de los precedentes tanto horizontales como verticales.”*²

2. Hechos probados y/o admitidos

La Sala encontró demostrados los siguientes supuestos fácticos relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

2.1. El accionante promovió acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Departamento de Boyacá, con el fin de que se declarara la nulidad del acto administrativo por el cual el Gobernador de Boyacá estableció la planta de personal de la administración central y suprimió, entre otros el empleo del actor.

2.2. El proceso le correspondió por reparto al Tribunal Administrativo de Boyacá, autoridad judicial que en sentencia de única instancia del 10 de abril de 2008 negó las pretensiones de la demanda.

2.3. El 22 de mayo de 2008, el actor apeló la decisión del tribunal. En providencia del 26 de julio de 2008, el Tribunal Administrativo de Boyacá negó por improcedente el recurso de apelación interpuesto, por considerar que, de acuerdo con la fecha de presentación de la demanda, el proceso era de única instancia.

2.4. El 19 de febrero de 2013, el actor propuso incidente de nulidad *“a partir, inclusive del auto del 26-07-2008, por medio del cual se negó el recurso de apelación interpuesto oportunamente contra la sentencia de 1ª instancia, de fecha 10-04-2008”*³.

2.5. En providencia del 19 de marzo de 2014, el tribunal rechazó por improcedente el incidente de nulidad, al considerar que lo que pretendía el incidentante era revivir un proceso que se encontraba legalmente concluido.

² Folio 68

³ Folio 1 del cuaderno del incidente de nulidad.



2.6. El 2 de abril de 2014, el actor interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, el cual inicialmente fue negado por improcedente mediante auto del 14 de mayo de 2014, pero posteriormente con ocasión del recurso de reposición interpuesto, se accedió a la concesión del recurso de alzada.

2.7. El recurso contra el auto que rechazó por improcedente el incidente de nulidad, fue conocido en segunda instancia por el Consejo de Estado, Sección Segunda, que en decisión del 13 de octubre de 2016, confirmó lo decidido por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

Como sustento de su decisión explicó que, al momento de presentar la demanda, la cuantía indicaba que se trataba de un proceso de única instancia, y que, cuando el expediente ingresó al despacho para fallo el 10 de mayo de 2006, aún no habían empezado a operar los Juzgados Administrativos, por lo que el proceso debía ser tramitado en única instancia bajo la ley vigente para la fecha.

Igualmente, puso de presente que, aun cuando entró en vigencia la Ley 954 de 2005, revisando la cuantía para la fecha de entrada en vigencia de la norma (28 de abril de 2005), el proceso no variaba ni en la competencia ni en las instancias bajo las cuales se tenía que tramitar.

2.8. Contra esa decisión, el actor interpuso recurso de súplica, el cual fue rechazado por improcedente por parte del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, en providencia del 5 de octubre de 2017.

Como fundamento para tomar la decisión, se citó el artículo 135 del Código General del Proceso, en el que se advierte que contra los autos que resuelven apelaciones, dictados por la Sala o el Magistrado Sustanciador, no procede recurso.

3. Sustento de la vulneración

La parte actora consideró que las autoridades judiciales accionadas desconocieron el precedente del Consejo de Estado, en relación con los procesos que iniciaron en única instancia pero que, en virtud de la entrada en funcionamiento de los Juzgados Administrativos (1º de agosto de 2006) y que hubieran entrado al despacho para fallo antes



de esa fecha, en garantía del principio de doble instancia, la segunda debía surtirse ante el Consejo de Estado.

Al respecto, citó el auto del Consejo de Estado, Sección Segunda, del 12 de julio de 2007, expedientes Nos. 2082-2006, 2205-2006 y 0462-2007, Consejeros Ponentes: Jesús María Lemos Bustamante, Jaime Moreno García y Bertha Lucía Ramírez de Páez.

A juicio del tutelante, su caso no era de única instancia, por lo que se debía dar trámite a la apelación interpuesta.

Por otra parte, se refirió al incidente de nulidad propuesto en el trámite ordinario, indicando que mediante auto del 13 de octubre de 2016, no se había resuelto el recurso de apelación interpuesto sino otro totalmente diferente, con lo que se violentaba el debido proceso. Al efecto, transcribió los argumentos expuestos en el escrito de súplica, en el que citó algunas providencias del Consejo de Estado con el fin de establecer que en casos similares, la alta Corporación falló de forma favorable a las pretensiones del actor.

Esto por cuanto *“no era de competencia del auto impugnado determinar si la nulidad se estructuró o no, SINO determinar si el auto de 19-03-2014 que rechazó de plano el incidente de nulidad se profirió ajustándose a la ley o si, por el contrario, al no encontrar sustento legal alguno, debía revocarse y ordenarse al tribunal imprimirle el trámite legal correspondiente”*⁴.

En cuanto al fondo del asunto que se resolvió en el auto del 13 de octubre de 2016⁵, dijo que si bien el proceso nació de única instancia, en virtud de las nuevas normas procesales citadas en el escrito de nulidad y en el auto impugnado, se convirtió en uno de primera instancia.

En ese sentido, el tutelante puso de presente que el tribunal accionado no se percató de que la nulidad que fue propuesta es insaneable, lo que significa que ni el archivo del expediente ni el transcurso del tiempo la pueden subsanar y que no se trata, como pretende hacer ver la autoridad judicial accionada, que se esté reviviendo un proceso legalmente concluido, pues como se indicó en el escrito de nulidad, al

⁴ Folio 60.

⁵ Proferido por la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante el cual se resolvió el recurso contra el auto que rechazó por improcedente el incidente de nulidad.



asunto ordinario se le cercenó la segunda instancia y por eso se presentó la solicitud de nulidad con base en el numeral 3º del artículo 140 del CPC.

Igualmente, puso de presente que el rechazo de plano del referido incidente por pretermisión integral de la segunda instancia se dio por causales diferentes a las taxativamente contempladas en el entonces vigente artículo 143 numeral 4º del Código de Procedimiento Civil.

Insistió en que no conceder la apelación contra la sentencia que alega ser de primera instancia y que, por tanto, a su juicio era procedente, constituye una ilegalidad al desconocer una norma que es de orden público y por ende de obligatorio acatamiento.

Adicionalmente, alegó que el Tribunal accionado desconoció “*el precedente horizontal*”, pues en un caso⁶ con supuestos fácticos idénticos a los suyos, dicha autoridad declaró la nulidad a partir del auto que negó la concesión del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, concediendo en consecuencia el recurso de alzada.

En relación con el auto por el cual se rechazó por improcedente el recurso de súplica, es decir, la providencia del 5 de octubre de 2017, indicó que se incurría en defecto sustantivo por la inaplicación del artículo 246 de la Ley 1437 de 2011, pues a su juicio, al encontrarse regulado en la citada ley lo relacionado con la súplica, no resultaba procedente la remisión al artículo 135 del Código General del Proceso, como erradamente lo hizo la autoridad judicial accionada.

4. Actuaciones procesales relevantes

4.1. Admisión de la demanda

Mediante auto del 15 de enero de 2018⁷, el Consejero Ponente de la Sección Cuarta admitió la presente acción, ordenó notificar a las autoridades judiciales accionadas y dispuso vincular en calidad de tercero con interés al Departamento de Boyacá.

⁶ Al efecto aportó copia de la sentencia del 11 de diciembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala No. 10 de Decisión de Descongestión. Rad. 2002-01572-00.

⁷ Folio 72.



Igualmente se ordenó notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

4.2. Intervenciones

Realizadas las notificaciones ordenadas, de conformidad con las constancias visibles a folios 73 a 77, se presentaron las siguientes intervenciones.

4.2.1. Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección “A”

La referida autoridad judicial, mediante escrito radicado el 22 de enero de 2018 manifestó que la acción de tutela no tiene por objeto revivir términos judiciales expirados, ni es el mecanismo para adicionar recursos o instancias a las previstas por el legislador.

Finalmente, manifestó que las razones de hecho y de derecho que sustentan la providencia atacada se encuentran debidamente precisadas y señaladas en su parte motiva.

4.2.2. Tribunal Administrativo de Boyacá

Con escrito enviado por correo electrónico el 24 de enero de 2018 y actuando por intermedio de uno de los magistrados que lo integran, la referida autoridad judicial sostuvo que no se cumplen los requisitos generales ni específicos de procedibilidad del mecanismo de amparo.

Igualmente, manifestó que lo pretendido por la parte actora es revivir la oportunidad de cuestionar la providencia a través de la cual se negó por improcedente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 10 de abril de 2008.

Así mismo, puso de presente que en el caso en concreto se hizo un uso indebido de la nulidad, al pretender desfigurar la cosa juzgada que pesa sobre el fallo dictado hace aproximadamente diez (10) años dentro del proceso ordinario.

Dijo que se desconoce el principio de inmediatez, a pesar de que se toman para tal fin las fechas y recursos relacionados con los autos dictados dentro del trámite incidental, pues los cargos de la supuesta



violación de derechos fundamentales se refieren directamente a las actuaciones adelantadas hace aproximadamente 5 años antes de la solicitud de nulidad radicada el 19 de febrero de 2013.

Finalmente, precisó que el artículo 246 de la Ley 1437 de 2011 no es la norma con la que debió tramitarse la súplica presentada por el actor, ya que el estatuto procesal con el que se impulsó la demanda ordinaria fue el derogado Decreto 01 de 1984 y que, en todo caso, no es procedente recurso alguno.

4.2.3. Departamento de Boyacá

Por conducto de apoderado judicial, el referido ente territorial manifestó que las actuaciones llevadas a cabo por el departamento se ajustan a las órdenes judiciales que en su momento fueron impartidas y que son de obligatorio acatamiento.

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela, informó que esta no cumple con el requisito de inmediatez.

5. Fallo impugnado⁸

La Sección Cuarta del Consejo de Estado dictó sentencia del 1º de marzo de 2018, mediante la cual negó el amparo solicitado. Lo anterior por las razones que a continuación se sintetizan:

De la revisión de la providencia del 13 de octubre de 2016 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante el cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el auto que rechazó por improcedente la solicitud de nulidad, concluyó lo siguiente:

“4.4. Pues bien, de acuerdo con los argumentos propuestos en el citado auto, advierte la Sala que allí se encuentran las razones por las que la Sección Segunda de esta Corporación, consideró que el asunto que conoció el Tribunal Administrativo de Boyacá era de única instancia y en consecuencia, no procedía el recurso de apelación contra esa decisión.

El accionante hace alusión a un desconocimiento del precedente vertical y si bien a pie de página cita una serie de radicaciones que dice, corresponden a un auto del 12 de julio de 2007, no hay elementos adicionales que permitan establecer su búsqueda.

⁸ Folios 81-88.



El único referente con el que cuenta la Sala es la cita jurisprudencial que hace en el escrito de tutela en la que se indica que, durante la vigencia transitoria de la Ley 954 de 2005, las sentencias de asuntos que se causaron como de única o primera instancia ante los tribunales, solo eran susceptibles del recurso de apelación si superaban la cuantía señalada en dicha norma.

Fue ese el criterio que precisamente tuvo en cuenta el auto cuestionado, al momento de establecer si, aun aplicando la Ley 954 de 2005, el proceso resultaba ser de única o de segunda instancia y donde se concluyó que, la cuantía ni siquiera para ese momento alcanzaba para que el asunto fuera considerado de doble instancia.

4.5. Por lo demás, lo que se advierte es que el actor trae una serie de argumentos con los que pretende insistir en que el asunto sea considerado como de segunda instancia, frente a lo cual, por una parte, son argumentos que no se propusieron en el recurso de apelación contra el auto que rechazó el incidente de nulidad y por otra, buscan que el juez constitucional entre a estudiar de nuevo la posibilidad de que el asunto se tramite en segunda instancia, lo cual es un análisis de competencia exclusiva del juez natural.”

Por otro lado, en relación con el desconocimiento del “*precedente*” del Tribunal Administrativo de Boyacá manifestó que, en el *subjudice*, contrario a lo sucedido en los casos traídos por el tutelante, la decisión que rechazó por improcedente el incidente de nulidad propuesto fue conocido en segunda instancia por la Sección Segunda de esta Corporación y allí, se hizo un análisis de fondo en relación con las razones por las que no era posible que el recurso de apelación fuera procedente contra la sentencia emitida en única instancia por el Tribunal Administrativo de Boyacá pues, en resumen, a la luz de la Ley 954 de 2005, el asunto no tenía la cuantía para ser considerado como de doble instancia.

Así las cosas, concluyó que:

“... sobre el punto existe un análisis hecho en segunda instancia por la Sección Segunda del Consejo de Estado, experta en temas laborales y de seguridad social, en donde en casos como el del actor, el asunto no tenía vocación de segunda instancia.

De esta forma, no puede el actor pretender que se aplique como precedente una decisión de un tribunal transitorio de descongestión que, en su momento, consideró que en un caso con supuestos similares al del señor Melquisedec Duitama Castelblanco, era posible declarar la nulidad por considerar que se “pretermitió una instancia”, pues el error no puede crear derecho, es decir, que una decisión que fue tomada de manera aislada en un caso similar no puede tener tenida (sic) como precedente por el hecho de tener supuestos de hecho similares,



máxime cuando la Sección Segunda del Consejo de Estado tuvo la oportunidad de estudiar el tema del actor y dejó sentado definitivamente la forma como debían analizarse este tipo de casos, donde la cuantía no permitía que el asunto fuera de doble instancia.”

Frente al auto del 5 de octubre de 2017, por medio del cual la Sección Segunda del Consejo de Estado rechazó por improcedente el recurso de súplica, explicó que el fundamento de dicha decisión fue que el artículo 35 del Código General del Proceso se refiere a las *“Atribuciones de las salas de decisión y del magistrado sustanciador”*, en cuyo inciso final advierte que *“los autos que resuelvan apelaciones dictados por la sala o por el magistrado sustanciador no admiten recurso”*.

Así las cosas, puso de presente que existe una norma especial que regula el recurso de súplica ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, esto es, el artículo 246 de la Ley 1437 de 2011 – en adelante CPACA – pero, sin embargo, advirtió que tampoco se encuentran los supuestos que allí se consagran para que el recurso de súplica interpuesto fuera procedente en el caso del actor.

Adicionalmente, expuso que, *“por remisión normativa permitida por el mismo CPACA (artículo 306), que el Código General del Proceso al regular el recurso de súplica - cuya filosofía guarda similitud con la norma del CPACA -, en su artículo 331 cuando habla de la procedencia y oportunidad para proponer el recurso, indica de manera expresa que “no procede contra los autos mediante los cuales se resuelva la apelación o queja”, lo cual refuerza el argumento de entender que una decisión que se pronuncia de fondo frente al recurso de apelación, no admite recurso de súplica.”*

Finalmente, manifestó que los argumentos que se plantean en el escrito de tutela, guardan identidad con el escrito de súplica que en su momento se presentó al juez ordinario, por lo que no es posible que se vuelvan a plantear las mismas razones ante el juez de tutela, buscando que el asunto se analice en sede constitucional, pues se ha reiterado que la acción de tutela no puede ser entendida como una instancia adicional y que este mecanismo está para proteger la posible vulneración de derechos constitucionales, lo cual no se advierte en el presente caso.



5. Impugnación⁹

Con escrito radicado el 9 de marzo de 2018, la parte demandante impugnó¹⁰ la anterior decisión, para lo cual expuso lo siguiente:

En primer lugar explicó que el auto del 12 de julio de 2007 del Consejo de Estado, Sección Segunda, cuyo desconocimiento se alega, podía ser encontrado en internet, por lo que no compartía el argumento del juez constitucional de primera instancia para desestimar el cargo, al exponer que *“El accionante hace alusión a un desconocimiento del precedente vertical y si bien a pie de página cita una serie de radicaciones que dice, corresponden a un auto del 12 de julio de 2007, no hay elementos adicionales que permitan establecer su búsqueda.”*

Igualmente, adjuntó la providencia del 12 de julio de 2007 indicando que se trata de un precedente que fue desconocido por la autoridad judicial accionada, reiterando al respecto los argumentos expuestos en el escrito de tutela.

En el mismo sentido, argumentó que se desconoció el precedente de la Sección Segunda del Consejo de Estado según el cual, los recursos de apelación interpuestos con posterioridad al 1º de agosto de 2006, deben seguir las reglas de competencia y cuantía de la Ley 446 de 1998. Al efecto citó las siguientes providencias:

1. Radicación 15001-23-31-000-2002-01291-01 actor Nelson José Mancilla, auto del 12 de marzo de 2009. C.P. Alfonso Vargas Rincón.
2. Radicación No. 15001-23-31-000-2002-01086-01 actor Edgar Humberto Parra Peña, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, auto del 21 de mayo de 2009.
3. Radicación No. 15001-23-31-000-2002-01595-01 actora Martha Isabel Palacios López, auto del 21 de mayo de 2009 C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Sobre el punto, expuso que, dichos *“precedentes que si el a quo hubiera observado, citados en el incidente de nulidad y en las pruebas allegadas a*

⁹ La sentencia de primera instancia fue notificada por correo electrónico el 8 de marzo de 2018.

¹⁰ De manera oportuna, dentro de los 3 días siguientes a la notificación del fallo.



la tutela, bien hubiera podido observar que no se trata de una decisión aislada sino reiterada del Consejo de Estado, decisiones que para una mayor fundamentación de la impugnación me permito allegar...”

Así mismo, indicó que se desconoció el “*precedente horizontal*” del Tribunal Administrativo de Boyacá, reiterando al respecto, los argumentos de la tutela.

En segundo lugar, expuso que la autoridad judicial accionada incurrió en defecto sustantivo al rechazar de plano el incidente de nulidad propuesto en el proceso ordinario, con fundamento en causales distintas a las establecidas en el artículo 143 numeral 3 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable al caso en concreto.

Adicionalmente manifestó que, la nulidad planteada es insaneable pues se trata de una pretermisión de la segunda instancia, de conformidad con lo establecido en el inciso 2º del numeral 6º del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, hoy párrafo del artículo 136 del Código General del Proceso. Así las cosas, a su juicio, el hecho de no haber interpuesto recurso de queja contra la negativa de conceder la apelación y el pasar del tiempo, no podían sanear la nulidad alegada, por lo que el Tribunal accionado debió declararla.

Finalmente, expuso que *“cómo así que porque la tutela se soporta en otros argumentos no expuestos en aquel recurso, o en los mismos, resulta improcedente, si la petición de amparo lo que persigue precisamente es que bajo un análisis constitucional, se erradiquen las violaciones del debido proceso y los demás graves defectos que afecten los derechos fundamentales en que se haya podido incurrir al interior de un proceso judicial.”*

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación del fallo de tutela del 1º de marzo de 2018, dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015 y, en el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena de esta Corporación.



2. Problemas jurídicos

Corresponde a la Sala determinar si, de conformidad con los argumentos de la impugnación, se revoca, modifica o confirma la decisión de primera instancia del 1º de marzo de 2018, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, para lo cual se deberán resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Se cumplen en el caso en concreto con los requisitos de procedibilidad adjetiva de la tutela contra providencias judiciales?

De ser positiva la respuesta a la pregunta anterior, la Sala analizará lo siguiente:

¿Vulneraron las autoridades judiciales accionadas los derechos fundamentales de la parte actora al incurrir en desconocimiento del precedente y defecto sustantivo?

Para resolver los problemas jurídicos planteados, se analizarán los siguientes temas: **(i)** criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** de la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela; y, **(iii)** análisis del caso concreto.

3. Razones jurídicas de la decisión

3.1. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo del 31 de julio de 2012,¹¹ *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 diversas sobre el tema.¹²

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente,

¹¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente No. 2009-01328-01. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. C.P. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

¹² El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.



en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.¹³

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 del 5 de agosto de 2014¹⁴, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, adoptó los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590/2005, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, 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 Constitucional, 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.

En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia¹⁵ 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, la Sección verificará 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, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios,

¹³ 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" (Negritas dentro del texto).

¹⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de agosto de 2014, Expediente No. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Actor: ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS. C.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ.

¹⁵ 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.



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.

3.2. Naturaleza subsidiaria de la acción de tutela e improcedencia de la misma cuando existen otras vías judiciales disponibles y eficaces

En consideración a la subsidiariedad, el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución consagra este requisito como presupuesto de procedencia de la acción de tutela y determina que “[e]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”, precepto reglamentado por el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

Del texto de la norma referida se evidencia que, existiendo otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a estos y no a la tutela.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que conoce de un determinado asunto radicado bajo su competencia¹⁶.

Lo anterior tiene asidero en la propia Constitución de 1991, de donde se colige que la protección de los derechos constitucionales fundamentales no es un asunto reservado exclusivamente a la acción de tutela, pues todos los mecanismos judiciales deben buscar la defensa de aquellos.

¹⁶ En sentencia T-313 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño se estableció: “En efecto, la Constitución y la ley estipulan un dispositivo complejo de competencias y procesos judiciales que tienen como objetivo común garantizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales, en consonancia con el cumplimiento de los demás fines del Estado previstos en el artículo 2 Superior. Por tanto, una comprensión ampliada de la acción de tutela, que desconozca el requisito de subsidiariedad, vacía el contenido de las mencionadas competencias y, en consecuencia, es contraria a las disposiciones de la Carta Política que regulan los instrumentos de protección de los derechos dispuestos al interior de cada una de las jurisdicciones.”



Vale decir que el respeto y la garantía de los derechos de las personas son de la esencia del Estado Social de Derecho, como bien lo establece el inciso 2° del artículo 2° de la Constitución, de ahí que la garantía de los derechos fundamentales de las personas no solo corre a cargo del juez de tutela, sino que es vinculante para cualquier persona que esté investida de la autoridad del Estado y en cualquiera de los ámbitos funcionales del mismo.

3.4. De la inmediatez

Frente a este requisito se ha insistido en que la acción de tutela debe ejercerse en un plazo razonable¹⁷, el cual debe ser ponderado por el juez en cada caso, pues de lo contrario se burlaría el alcance jurídico establecido por el constituyente y se desvirtuaría su finalidad de ser un medio de protección actual, inmediato y efectivo¹⁸.

De acuerdo con lo anterior, esta Sección¹⁹ ha considerado como plazo prudencial el de seis (6) meses desde la ocurrencia del hecho generador –el cual es la ejecutoria de la providencia judicial cuestionada- que da lugar a la solicitud de protección y la presentación de la misma, y cuando este es excesivo se declara su improcedencia.

No obstante lo anterior, se analiza en cada caso concreto si median razones suficientes que justifiquen el retardo, como para omitir su consideración y entrar al fondo del debate jurídico planteado.

En relación con aquellas circunstancias que justifican el retardo para promover la acción de tutela en un término razonable, la Corte Constitucional en sentencia T-256 de 2015, cuya tesis es acogida por esta Sala como criterio auxiliar, indicó que la acción de tutela será procedente *“cuando fuere promovida en un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que: i) exista un motivo válido para la*

¹⁷ Dicha criterio fue expuesto en la sentencia Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de fecha 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. Así mismo, reiterado entre otras en: Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 26 de febrero del 2015, Radicación 2015-00045-00, Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 15 de octubre del 2015, Radicación 2015-01605-01, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-290 de 14 de abril de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁹ Ver sentencias: de 18 de abril de 2013 Rad. No. 11001-03-15-000-2012-01172-01, Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia; 3 de julio de 2013. Rad. No. 11001-03-15-000-2012-01891-01, 12 de agosto de 2013 Rad. No. 11001-03-15-000-2013-1435-00 Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; 3 de julio de 2013, Rad. No. 11001-03-15-000-2013-00142-01, 12 de septiembre de 2013, Rad. No. 11001-03-15-000-2012-02203-01, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro; 21 de septiembre de 2016, Rad. 11001-03-15-000-2016-01549-01, Consejera Ponente: Rocío Araújo Oñate entre otras.



inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros; ii) la inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; iii) exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o iv) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual²⁰”.

3.5. Análisis del caso en concreto

En el presente caso, la parte actora solicita la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social y a los derechos adquiridos, los cuales consideró vulnerados por las autoridades judiciales accionadas en el trámite judicial del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el número 15000-23-31-000-2002-01586-01 y el incidente de nulidad propuesto en el mismo, en el que se presentaron las siguientes actuaciones:

Del Tribunal Administrativo de Boyacá:

1. Sentencia de única instancia del 10 de abril de 2008.
2. Recurso de apelación presentado el 22 de mayo de 2008.
3. Recurso de apelación negado por improcedente en providencia del 25 de julio de 2008.
4. Incidente de nulidad propuesto por el actor, el 19 de febrero de 2013.
5. Providencia del 19 de marzo de 2014 que rechazó por improcedente el incidente de nulidad.
6. Recurso de apelación interpuesto contra el auto del 19 de marzo de 2014.

²⁰ Ver sentencias T-1229 de 2000, T-684 de 2003, T-016 de 2006 y T-1044 de 2007, T- 1110 de 2005, T-158 de 2006, T-166 de 2010, T-502 de 2010, T-574 de 2010, T-576 de 2010.



7. Auto del 14 de mayo de 2014 que negó por improcedente la apelación antes descrita.
8. El 20 de mayo de 2014, el actor interpone recurso de reposición contra el auto del 14 de mayo de 2014.
9. El recurso de reposición fue resuelto favorablemente en providencia del 18 de junio de 2014, por lo que se concedió la apelación interpuesta contra el auto del 19 de marzo de 2014.

De la Sección Segunda – Subsección “A” del Consejo de Estado:

1. Auto del 13 de octubre de 2016 mediante el cual se confirmó la decisión tomada el 19 de marzo de 2014 que rechazó por improcedente el incidente de nulidad propuesto por la parte demandante.
2. El 9 de noviembre de 2016 el tutelante presentó recursos de reposición y súplica contra el auto del 13 de octubre de 2016.
3. En providencia del 5 de octubre de 2017 se rechazaron los recursos de reposición-súplica interpuestos.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala analizará en primer lugar, (i) si la acción de tutela de la referencia resulta procedente para controvertir las actuaciones que tuvieron lugar en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, (ii) para luego analizar la procedencia de la acción constitucional en relación con el incidente de nulidad.

3.5.1. Del trámite de nulidad y restablecimiento del derecho

Del recuento de las actuaciones surtidas al interior del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que dio origen a la presente solicitud de amparo, la Sala advierte que el actor no presentó el recurso de queja contra el auto que negó por improcedente la apelación instaurada frente a la sentencia del 10 de abril de 2008.

En efecto, el artículo 182 del Decreto 01 de 1984, norma aplicable al caso en concreto, el cual fue modificado por el art. 57 de la Ley 446 de 1998, dispuso que para los efectos del recurso de queja, se aplicará en lo pertinente, lo que disponga el Código de Procedimiento Civil –



C.P.C..

Por su lado, el artículo 337 del Decreto 1400 de 1970 –C.P.C.- disponía, en relación con la procedencia del recurso de queja que, cuando el juez de primera instancia denegara el recurso de apelación, el recurrente contaba con el de queja ante el superior, para que éste lo concediera si fuere procedente.

Teniendo en cuenta lo anterior, para esta Sección es claro que el actor no hizo uso de los mecanismos judiciales que el ordenamiento jurídico, vigente al momento de los hechos, ponía a su disposición para proteger sus derechos fundamentales y alegar el derecho que considera le asiste, a una segunda instancia.

Dicha situación fue advertida por el Tribunal accionado, en el auto del 19 de marzo de 2014, en el que expresó que después de casi 5 años de la ejecutoria de la sentencia de primera instancia, el actor interpuso un incidente de nulidad con el fin de revivir un proceso que se encontraba concluido, ya que *“si el actor consideraba que su derecho a acudir a una segunda instancia se encontraba conculcado, podía haber formulado, dentro de la oportunidad legal, el recurso de queja que la ley le otorga el cual es establecido precisamente como un instrumento de control sobre las decisiones adoptadas por el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en los que se niega conceder el recurso de apelación.”*²¹

La Sala encuentra que el recurso de queja con el que contaba el actor para controvertir la decisión que ataca a través de la presente acción constitucional resultaba idóneo para garantizar la protección de sus derechos, especialmente el de la doble instancia, pues en lo que se refiere al mismo, es preciso señalar que éste supone la preexistencia de un proceso tramitado ante el Juez competente funcional, en primera instancia, y la subsiguiente denegación de la concesión del recurso de apelación de que habría de conocer el respectivo Superior, con competencia para actuar, que en el presente caso sería el Consejo de Estado, autoridad judicial que en otras ocasiones²² ha accedido a lo solicitado, lo que implica que a través del recurso de queja se debían ventilar los argumentos que hoy expone en sede de tutela.

²¹ Folio 11 del cuaderno del incidente de nulidad.

²² Auto del 12 de julio de 2007 del Consejo de Estado, Sección Segunda.



Por otro lado, en lo que se refiere a la inmediatez, en el *sub examine* el señor Melquisidec Duitama ataca el auto del 25 de julio de 2008 que negó por improcedente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 10 de abril de 2008, mientras que la acción de tutela se presentó el 3 de mayo de 2018, lo que a todas luces y sin necesidad de verificar el momento en el cual quedó ejecutoriada la providencia, implica un uso tardío de la acción constitucional, situación que la hace improcedente.

En consecuencia, la Sala de Decisión de la Sección Quinta concluye que, frente a las actuaciones surtidas en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, la presente solicitud de amparo no cumple con los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela contra providencia judicial relativos a la subsidiariedad y la inmediatez, pues la parte actora no interpuso el recurso de queja contra el auto que rechazó la apelación, como tampoco hizo uso del amparo constitucional en un tiempo razonable.

3.5.2. Del incidente de nulidad

En la providencia del 13 de octubre de 2016 la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación contra el auto que rechazó el incidente de nulidad propuesto por el actor, confirmó la decisión del Tribunal bajo los siguientes argumentos:

1. La demanda de nulidad y restablecimiento del derecho había sido presentada por la parte actora el 19 de abril de 2002, cuando estaba en vigencia la Ley 446 de 1998.
2. Para la fecha en que el expediente entró al despacho para fallo - 10 de mayo de 2006 -, aún no habían empezado a operar los juzgados administrativos razón por la cual se debía seguir tramitando el expediente en única instancia y bajo la ley vigente para la fecha.
3. De acuerdo con la Ley 954 de 2005, se reguló la competencia de los Tribunales Administrativos en única instancia cuyas cuantías fueran hasta de 100, 300, 500 y 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.



4. Teniendo en cuenta que la citada ley fue promulgada el 28 de abril de 2005 y que para esa fecha el salario mínimo era de \$381.000, haciendo la operación matemática de acuerdo con la cuantía presentada por la parte demandante, se concluía que el proceso no había sufrido variación ni en la competencia ni en las instancias bajo las que se tenía que tramitar.

Si bien el señor Melquisidec Duitama interpuso recursos de reposición y súplica contra el referido auto, lo cierto es que los mismos eran abiertamente improcedentes, por lo que para la Sala es claro que la ejecutoria de la providencia del 13 de octubre de 2016 no se vio afectada por la actuación posterior del demandante. Tan es así que la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado lo rechazó de plano.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el mencionado auto del 13 de octubre de 2016 se notificó por estado el 3 de noviembre de 2016, quedando ejecutoriado el 8 del mismo mes y año, y la acción de tutela se presentó el 3 de mayo de 2018, la Sala considera que la presente solicitud de amparo no cumple con el requisito de la inmediatez, resultando improcedente.

Igualmente, se observa que el actor no presentó argumento alguno que permitan flexibilizar el análisis de la inmediatez.

En conclusión, no se evidencia en el *sub lite* excusa razonable para desconocer el requisito de inmediatez, el cual, como se ha acogido por ésta Corporación, implica interpretar el recurso de amparo como “(...) **un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad, concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenaza**²³” (Negrilla fuera del texto original).

De ahí que se reproche el hecho de haber transcurrido un lapso considerable hasta la interposición de la solicitud de amparo, pues se desconoce el alcance jurídico establecido por el constituyente a la misma y se desvirtúa su finalidad de medio de protección actual, inmediato y efectivo. Por ende, la Sala concluye que el tiempo que

²³ Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 1992. Criterio acogido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en Sentencia de Unificación 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ) del 5 de agosto del 2015, Consejero Ponente JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ.



dejó transcurrir el accionante para alegar la vulneración de sus derechos, sin evidenciarse justificación razonable sobre el mismo, desconoce el requisito de inmediatez y, por tanto, resulta improcedente la solicitud de amparo.

Por las razones expuestas, se revocará la sentencia de primera instancia que negó el amparo solicitado, para en su lugar, declarar la improcedencia de la acción.

III. DECISIÓN

Por 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

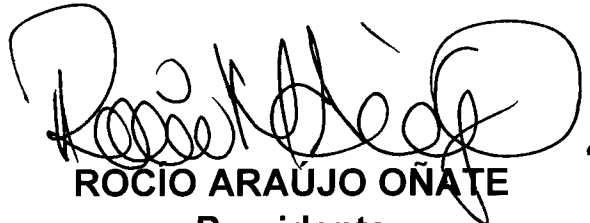
FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 1º de marzo de 2018 de la Sección Cuarta del Consejo de estado, para en su lugar **DECLARAR LA IMPROCEDENCIA** del amparo solicitado, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.


SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ROCÍO ARAUJO OÑATE
Presidente




LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera


CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero


ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC01-1



CE 015-A-1

