



ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPROCEDENCIA POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD / RECURSO DE APELACIÓN – No se presentó / PERJUICIO IRREMEDIABLE – No configuración

De conformidad con el análisis de los hechos y de los argumentos esgrimidos corresponde a la Sala resolver si procede la acción de tutela que se interpone contra las sentencias que ordenaron el reconocimiento y pago de la indemnización por supresión del cargo a una funcionaria de la Contraloría General de Santander, si la autoridad accionante presentó de forma extemporánea el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia y no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable. (...) Observa la Sala que, en el presente caso, la Contraloría General de Santander tenía a su disposición un mecanismo de defensa ordinario, cual es el recurso de apelación contra de la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Administrativo de Santander el 18 de noviembre de 2015 (...); sin embargo, la entidad accionante no hizo uso de la herramienta procesal anotada en el tiempo previsto para ello en el orden jurídico. (...) Así las cosas, es claro que la accionante disponía de otro medio de defensa judicial, consistente en el ejercicio de los recursos ordinarios en el trámite de proceso, situación que hace improcedente la presente acción de tutela, al no superar el requisito de subsidiariedad. (...) Por otro lado, la accionante tampoco probó ni acreditó encontrarse en una circunstancia excepcional que la eximiera de agotar oportunamente los recursos ordinarios que tenía a su favor, pues no allega prueba alguna que acredite la configuración de un eventual perjuicio irremediable.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C, veinticinco (25) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-04568-00(AC)

Actor: CONTRALORÍA GENERAL DE SANTANDER

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A Y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

La Sala decide la acción de tutela presentada por la **Contraloría General de Santander** contra la sentencia dictada el día 6 de junio de 2019 por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, por medio de la cual se confirmó el fallo del Tribunal Administrativo de Santander proferido el día 18 de noviembre de 2015, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con número de radicación 68001 23 15 000 **2013 00551 00**, promovido por la señora **Alba Ruth Pico Niño** en contra de la Contraloría General de Santander y del Departamento de Santander.

I. SÍNTESIS DEL CASO

1.1. La **Contraloría General de Santander** solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso efectivo a la Administración de Justicia con ocasión de las prenombradas sentencias, respecto de las cuales adujo que incurrieron en los defectos sustantivo, fáctico, de desconocimiento del precedente judicial y de violación directa de la Constitución. En concreto, formuló las siguientes pretensiones¹:

“1. TUTELAR el derecho fundamental constitucional al debido proceso, igualdad y acceso a la justicia pronta y efectiva de la Contraloría General de Santander en el plurimentado proceso judicial, al determinarse las irregularidades en las sentencias proferidas por las entidades públicas accionadas.

2. Dejar sin valor y efectos jurídicos las providencias: providencia del 06 de junio de 2019 proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, y en su lugar ordenar a dicha corporación revocar la sentencia de fecha 18 de noviembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Oralidad de Santander, para en su lugar.

3. ORDENAR que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este Fallo de Tutela la Sección Segunda, Subsección A, Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado profieran (Sic) SENTENCIA DE SUSTITUCIÓN, una nueva decisión en el que se respeten los derechos de las partes y se determinen los efectos jurídicos de tiempo, modo y lugar que da la renuncia presentada por la señora Alba Ruth Pico Niño, dando aplicación al literal d del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

4. NOTIFICAR por el medio más expedito a las partes involucradas en la presente acción”.

¹ Folio 1V° del Expediente.

1.2. Señaló que las providencias demandadas desconocieron la aplicación de los artículos 25 y 27 del Decreto 2400 de 1968; los artículos 105 y 110 del Decreto 1950 de 1973, el literal d) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, el artículo 2.2.5.2.1 y numeral 3º del artículo 2.2.11.1.1 y artículo 2.2.11.1.3 y artículo 2.2.18.7.1 del Decreto 1083 de 2015, con la consecuente afectación de las siguientes normas constitucionales: artículos 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 31, 83, 84, 85, 86, 92, 93, 228, 229, 230, 268, 298, 299, 300, 302, 305 y 308, así como los precedentes constitucionales contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional T-949 de 2003, T-774 de 2004, C-590 de 2005, SU-917 de 2010, SU-050 de 2017, SU-573 de 2017, T-017 de 2017, T-208 de 2018. También señaló como vulnerados los Convenios Internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, especialmente, el Convenio 151 de la OIT, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Recomendación nro. 159 de la OIT, sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública.

1.3. Todo lo cual consideró vulnerado por no valorar adecuadamente la renuncia regularmente aceptada presentada por la señora Alba Ruth Pico Niño, que en su entender, no solo se refirió a la renuncia del cargo sino que adicionalmente comprendió los derechos de la carrera administrativa.

II. TRÁMITE DE LA TUTELA

2.1. La acción de tutela fue presentada el día 21 de octubre de 2019 en la Oficina de Correspondencia del Consejo de Estado y asignada al Despacho del Consejero Oswaldo Giraldo López a través de acta individual de reparto calendada el 22 de octubre del mismo año.

2.2. Mediante Auto del 25 de octubre de 2019 el Consejero Sustanciador admitió la acción de tutela y denegó la medida provisional solicitada, la cual consistía en ordenar al Tribunal Administrativo de Santander se abstuviera de proferir medidas cautelares en contra de los bienes de la entidad demandante.

2.3. Mediante memorial radicado en la Secretaría General de esta Corporación el día 5 de noviembre de 2019, la **Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado**, a través del Consejero Gabriel Valbuena Hernández, contestó la demanda y solicitó rechazar

por improcedente las pretensiones. Advirtió que con la presente acción de tutela se persigue adelantar una tercera instancia, desconociendo su naturaleza residual y subsidiaria para la protección de los derechos fundamentales. Asimismo, manifestó que la accionante no presentó de forma oportuna el recurso de apelación en el trámite del proceso ordinario contra la sentencia de primera instancia dictada el día 18 de noviembre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Santander.

Indicó que aunque en un proceso previo, identificado con número de radicación 68001 23 15 000 **2000 01299** 00, el Tribunal dispuso reintegrar a la señora Alba Ruth Pico Niño al cargo que ocupaba en la Contraloría General de la República y al pago de los sueldos, prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes dejados de percibir, no podía perderse de vista que la señora Pico Niño no recibió valor alguno por concepto de indemnización en razón de la supresión del cargo efectuada en el año 2000, por lo que con el presente proceso no se transgrede el principio de *non bis in Ídem*.

Por otra parte, sostuvo que las providencias censuradas dictadas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con número de radicación 68001 23 33 000 2013 00551 00, aplicaron el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 (indemnización por supresión del cargo), en atención a que la entidad demandante no había reintegrado a la señora Alba Ruth Pico Niño, mientras que el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con número de radicación 68001 23 15 000 2000 01299 00, tuvo por objeto el reintegro y pago de salarios y demás emolumentos laborales dejados de percibir con motivo del ilegal retiro del cargo.

Finalmente, sostuvo que no era cierto que la demandante hubiera renunciado a los derechos de carrera, habiéndolo hecho solo respecto al reintegro, ello por la demora de las entidades para que se hiciera efectivo el pago de la indemnización señalada en la Ley 909 de 2004.

- 2.4.** Los Magistrados del Tribunal Administrativo de Santander, la señora Alba Ruth Pico Niño y el Departamento de Santander, pese a haberseles notificado el auto admisorio de la demanda, guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

3.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo previsto por el numeral quinto del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 del 26 de mayo de 2015², modificado por el Decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017³, y en virtud del numeral 6° del artículo 13 del Acuerdo 080 de 2019, expedidos por la Sala Plena del Consejo de Estado⁴, esta Sala es competente para conocer del presente asunto.

3.2. HECHOS

3.2.1. La señora Alba Ruth Pico Niño se vinculó como Auxiliar Administrativo Código 565 a la Contraloría General de Santander desde el día 4 de octubre de 1993, cargo en el que permaneció hasta el día 3 de enero de 2000, cuando se le comunicó a través del Oficio 8243 del 30 de diciembre de 1999, que su empleo había sido suprimido en virtud del Decreto Departamental 401 del 30 de diciembre del mismo año.

3.2.2. La señora Pico Niño promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la precitada decisión, proceso identificado con número de radicación 68001 23 15 000 **2000 01299** 00, en el cual el Tribunal Administrativo de Santander profirió la sentencia del 31 de marzo de 2008 por medio de la que declaró la nulidad del acto de desvinculación y ordenó el reintegro de la empleada al cargo junto con el pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir. Decisión que fue confirmada por la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación, en providencia del 18 de febrero de 2010.

3.2.3. A través de la Resolución nro. 00514 del 17 de agosto de 2010 la Contraloría General de Santander ordenó el cumplimiento del fallo; sin embargo, dispuso la imposibilidad del reintegro bajo el argumento de que dentro de los empleos denominados “Auxiliar Administrativo, Código 565”, no se encontraba ninguno con vocación definitiva, por lo que no se efectuó el reintegro.

² Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

³ Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela.

⁴ Por medio del cual se modifica el Reglamento del Consejo de Estado.

3.2.4. La señora Alba Ruth Pico Niño, mediante escritos del 24 de mayo de 2012 y del 29 de junio de 2011, renunció al reintegro a la planta de personal de la Contraloría General de Santander, así como al cuarenta por ciento (40%) de los intereses reconocidos; renuncia que fue aceptada por la Administración mediante Resolución nro. 00582 del 11 de julio de 2011.

3.2.5. A través de derecho de petición presentado el día 24 de agosto de 2012 ante la Contraloría General de Santander, la señora Alba Ruth Pico Niño solicitó el pago de la indemnización por retiro, la cual fue resuelta negativamente por medio de Oficio nro. 7485 del 14 de septiembre de 2012.

3.2.6. En contra del acto ficto derivado de la falta de contestación del mencionado derecho de petición y del citado oficio, la señora Alba Ruth Pico Niño, por medio de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual fue resuelta en sentencia de primera instancia del día 18 de noviembre de 2015, en la que declaró su nulidad y dispuso como restablecimiento del derecho reconocer y pagar a favor de la señora Pico Niño una indemnización por la no materialización de la orden judicial de reintegro al cargo.

3.2.7. La anterior decisión fue apelada por el Departamento de Santander y por la Contraloría General de Santander; sin embargo, esta última presentó el recurso de forma extemporánea⁵.

3.2.8. La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 6 de junio de 2019 confirmó el fallo de primera instancia.

3.3. ANÁLISIS DE LA SALA

3.3.1. Problema jurídico

De conformidad con el análisis de los hechos y de los argumentos esgrimidos corresponde a la Sala resolver si procede la acción de tutela que se interpone contra las sentencias que ordenaron el reconocimiento y pago de la indemnización por supresión del cargo a una funcionaria de la Contraloría General de Santander,

⁵ Folio 59 del CD obrante a folio 17 del expediente.

si la autoridad accionante presentó de forma extemporánea el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia y no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable.

3.3.2. Examen del cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Cuando el juez constitucional conoce una demanda impetrada en ejercicio de la acción de tutela en la que se alega la vulneración de derechos fundamentales con ocasión de la expedición de una providencia judicial, se debe verificar la presencia de los requisitos generales de procedencia, a saber: i) la relevancia constitucional del asunto; ii) el uso de todos los medios de defensa judiciales salvo la existencia de un perjuicio irremediable; iii) el cumplimiento del principio de inmediatez; iv) la existencia de una irregularidad procesal con efecto decisivo en la providencia objeto de inconformidad; v) la identificación clara de los hechos causantes de la vulneración y su alegación en el proceso, y vi) que no se trate de tutela contra tutela⁶.

3.3.3. La subsidiariedad como requisito de procedibilidad de la acción de tutela

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política: *"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"* o de los particulares, en los casos señalados por el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela.

También prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Lo propio establece el numeral primero del artículo 6º del citado Decreto, a saber:

⁶ Corte Constitucional, Sentencias C-590 de 8 de junio de 2005 (M. P: Jaime Córdoba Triviño); T-619 de 3 de septiembre de 2009 (M. P: Jorge Iván Palacio Palacio); y T-225 del 23 de marzo de 2010 (M. P: Mauricio González Cuervo).

“Artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.

3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.

4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”. (Subrayas de la Sala).

Así las cosas, y de acuerdo a la jurisprudencia constitucional es necesario agotar, a efectos de que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, todos los medios –ordinarios y extraordinarios, de defensa al alcance de la persona afectada, salvo que el mecanismo no resulte idóneo o se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

De acuerdo con esto, no puede acudirse a la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, puesto que ello implicaría desnaturalizar los otros instrumentos judiciales que para la protección de derechos se han diseñado, agotando las competencias del respectivo juez natural.

En este sentido, precisó la Corte Constitucional en sentencia T-504 de 2000, referenciada en el fallo C-590 de 2005:

“La acción de tutela entonces es subsidiaria, procede sólo cuando los derechos que se invocan como vulnerados no puedan ser protegidos por medios judiciales ordinarios, que tienen preferencia. Cuando el juez incurre en una vía de hecho, es posible corregir el error mediante los recursos establecidos dentro del proceso, la reposición, la apelación y el extraordinario de casación, reservándose la tutela para un momento posterior, cuando se han agotado los medios de defensa ordinarios, conservándose así su carácter residual.

No es posible entonces, entablar la acción de tutela como si la jurisdicción constitucional fuera una jurisdicción paralela, para proteger derechos fundamentales cuya protección también se ha solicitado por otro instrumento procesal idóneo, desplazando al juez natural que existe para resolver el asunto en litigio, sobre todo tratándose de una interpretación judicial que en sí misma es una facultad del juez de conocimiento, y por consiguiente debe ser definido dentro de las instancias y las jerarquías establecidas dentro de la jurisdicción ordinaria.

-Tampoco puede aceptar la Sala el argumento mediante el cual el apoderado de la actora afirma que el recurso extraordinario de casación no es el mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales que considera vulnerados por la reconocida mora judicial de la Corte Suprema de Justicia para tomar sus decisiones, considerando que la decisión que se tomase sería tardía e inútil respecto del perjuicio eventualmente causado de producirse la efectiva captura que se pretende evitar con la suspensión de la orden.

Es cierto que el trámite de la acción de tutela es más rápido que el de los recursos interpuestos ante otras jurisdicciones, pero si este fuera un criterio para la procedibilidad de esta acción, todos los procesos terminarían tramitándose por esa vía, desconociendo su finalidad de mecanismo subsidiario y residual, siendo por el contrario el agotamiento de los recursos ordinarios un requisito indispensable para poder acudir a la tutela.”

Tal pronunciamiento fue recogido en sentencia de unificación SU-695 de 2015, en la que se reiteró que el fundamento de este presupuesto es prevenir la intromisión indebida de una autoridad distinta al juez natural, de tal forma que no se suplanten de manera fraudulenta las competencias propias de cada juicio y, además, que los ciudadanos cumplan con la carga mínima de diligencia en la defensa de sus intereses agotando los medios de defensa con los que cuente; veamos:

“La subsidiariedad como requisito genérico de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

4.3.5.1. *Tal como ha sido reiterado en múltiples ocasiones por esta Corporación⁷, la acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual, subsidiario y cautelar, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados.*

Lo anterior, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política que consagra la acción de tutela como un mecanismo de naturaleza subsidiaria para la protección de los derechos fundamentales que “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.”⁸ De lo anterior se

⁷ Sentencias T-335 de 2007; T-764 de 2007; T-266 de 2008 y T-655 de 2009, entre otras.

⁸ En este sentido se pueden consultar, entre muchas otras, las sentencias T-600 del 1 de agosto de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1198 del 15 de noviembre de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-1157 del 1 de noviembre de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-321 del 21 de marzo de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

colige, que no es la finalidad de esta acción ser un mecanismo alternativo a los otros medios jurisdiccionales existentes, de modo que pueda utilizarse uno u otro sin ninguna distinción, ni fue diseñada para desplazar a los jueces ordinarios del ejercicio de sus atribuciones propias.

- 4.3.5.2. *Sin embargo, la existencia de otro medio judicial no hace de por sí improcedente la intervención del juez de tutela, pues deben tenerse en cuenta dos circunstancias especiales a saber: **primero**, que los medios alternos con que cuenta el interesado deben ser idóneos, esto es, aptos para obtener la protección requerida, con la urgencia que sea del caso⁹ y; **segundo**, que a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, será procedente la acción de tutela cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

Así, el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.¹⁰

- 4.3.5.3. *Esta Corporación ha señalado frente al requisito de subsidiariedad cuando se atacan decisiones judiciales, que el mismo se debe estudiar en dos escenarios: (i) cuando el proceso ha concluido; o (ii) cuando el proceso se encuentra en curso. Al respecto, la Sentencia T-113 de 2013¹¹ estableció:*

“En efecto, al estudiar el requisito de subsidiariedad en estos casos se pueden presentar dos escenarios: i) que el proceso haya concluido; o ii) que el proceso judicial se encuentre en curso. Lo anterior constituye un factor para diferenciar el papel del juez constitucional en cada caso, de una parte, si se enfrenta a la revisión de la actuación judicial de un proceso concluido deberá asegurarse que la acción de amparo no se está utilizando para revivir oportunidades procesales vencidas, que se agotaron todos los recursos previstos por el proceso judicial para cuestionar las decisiones impugnadas y que no se emplea la acción de amparo como una instancia adicional. De otra parte, si el proceso se encuentra en curso la intervención del juez constitucional está en principio vedada, pues como se sabe la acción de tutela no es un mecanismo alternativo o paralelo pero puede resultar necesaria para evitar un perjuicio irremediable que comprometa la vulneración de derechos fundamentales.”

En este sentido, la Corte ha sido enfática al señalar que la acción de tutela no es un mecanismo alternativo o paralelo en la resolución de conflictos, por lo que no es dable la intromisión del juez constitucional en la órbita propia de la justicia ordinaria sino

⁹ Sentencia T-384 del 30 de julio de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁰ Sentencia T-301 de 2009.

¹¹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

cuando se presentan unas especialísimas circunstancias que hacen procedente el amparo¹²”.

Aun cuando el accionante disponga de otro medio de defensa judicial, la tutela puede ser ejercida como mecanismo transitorio siempre y cuando se utilice para evitar la causación de un perjuicio irremediable. Al respecto, en la sentencia SU-394 de 2016, se precisó:

“14.3. Con todo, ha dicho la Corte que “la sola existencia de otro mecanismo judicial [de defensa] no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción”¹³. El medio previsto debe ser idóneo, es decir, válido y conducente para producir el efecto garante de los derechos fundamentales cuya protección se invoca. Además, debe ser eficaz, lo que implica que debe llevar realmente a la protección oportuna del derecho que se estima vulnerado.

14.5. En el caso de la tutela contra sentencias judiciales, el requisito de subsidiariedad puede ser reivindicado en dos momentos diversos: el primero, cuando el trámite procesal ha concluido, caso en el cual debe verificarse el agotamiento de todos los recursos ordinarios y extraordinarios previstos por el ordenamiento para cuestionar las decisiones impugnadas, y, eventualmente, evaluar si la tutela está siendo utilizada o no para revivir oportunidades procesales vencidas¹⁴.

14.6. Un segundo momento ocurre cuando el proceso judicial se encuentra en curso. En esta última circunstancia, la tutela en principio no procede, teniendo en cuenta que, como ya se mencionó, el amparo constitucional no puede operar como un mecanismo paralelo a la protección judicial ordinaria.

15. Sin embargo, la tutela puede ser eventualmente procedente en aquellos casos en que se dé la existencia efectiva de un perjuicio irremediable y se requiera evitar que se consolide dentro de un proceso, la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

16. En tales circunstancias, esta Corporación ha señalado que la protección constitucional se debe dar de forma transitoria, acogiendo las siguientes consideraciones:

“...el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio de defensa iusfundamental, implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la acción de tutela. En este caso, esa comprobación, ha dicho la Corte, da lugar a que la acción de tutela se conceda en forma transitoria, hasta tanto la jurisdicción

¹²Sobre el particular pueden verse las sentencias T-083 de 2007, T-1103 y 076 de 2003, T-1316 de 2001, T-482 de 2001, T-977 de 2001, T-690 de 2001, T-256 de 2001, T-189 de 2001, T-163 de 2001, T-1116 de 2000, T-886 de 2000, T-612 de 2000, T-618 de 1999, T-325 de 1999, T-214 de 1999, T-718 de 1998, T-116 de 1998, T-009 de 1998, T-637 de 1997, T-456 de 1994 y T-426 de 1992, entre otras.

¹³Entre otras sentencias SU-961 de 1999, T-972 de 2005, T-068 de 2006 y T-580 de 2006.

¹⁴Sentencia T-086 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

*competente resuelva el litigio en forma definitiva*¹⁵.

17. *La exigencia del perjuicio irremediable para la procedencia de la tutela en tales casos, se deriva normativamente del tercer inciso del artículo 86 superior que dispone que la acción de tutela “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” y del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 que también prevé que la tutela **no** procederá “[c]uando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.*

18. *En esta última hipótesis, esta Corporación ha reconocido la existencia de un perjuicio de tal entidad y naturaleza, cuando concurren los siguientes presupuestos:*

(i) El perjuicio es cierto e inminente. Ello supone la existencia de una amenaza cierta al derecho fundamental invocado, en el evento de no frenarse el hecho generador de la afectación que se alega. En otras palabras, la “existencia actual o potencial [del perjuicio] debe inferirse objetivamente a partir de una evaluación razonable de hechos reales, y no de meras conjeturas”¹⁶ subjetivas.

(ii) El perjuicio es grave. Ello implica que el daño o menoscabo material o moral que se espera, debe ser de gran intensidad para la persona, en la medida en que lesiona o amenaza con lesionar, un bien que objetivamente considerado como de alta significación para el afectado.

(iii) Se requieren medidas urgentes e impostergables para conjurar la amenaza. Ello significa, que las medidas que son necesarias para conjurar el perjuicio irremediable invitan a la pronta ejecución o remedio.

19. *Aunado a estos elementos configurativos de la noción de perjuicio irremediable, la Corte ha exigido, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, que tal perjuicio se encuentre probado. Por ende, no basta con afirmar en la tutela que un derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable, sino que es necesario, además, que el afectado “explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión”¹⁷[..].”*

Sobre el punto, es clara la línea jurisprudencial al establecer que la procedencia de la tutela contra providencias judiciales debe diferenciarse en dos escenarios: el primero, cuando el proceso se encuentra en curso; y el segundo, cuando éste ha culminado.

¹⁵ Sentencia T-235 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

¹⁶ Sentencia T-456 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁷ Sentencia T-290 de 2005.M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

La hipótesis inicial supone que en el proceso respecto del cual se solicite la protección *ius fundamental*, no se haya proferido una decisión que defina la situación jurídica en litigio. Al respecto, la regla es que no es viable, salvo que se haya alegado la existencia de un perjuicio irremediable, contando con las características propias de esta figura, cuales son, que sea cierto e inminente, grave e impostergable.

El segundo aspecto se traduce en un proceso en donde existe decisión judicial en firme y frente al cual se han ejercido los mecanismos de defensa judicial procedentes de manera previa a acudir al juez constitucional, pues la acción del artículo 86 Superior no se erigió como un mecanismo paralelo al de las otras jurisdicciones, sino subsidiario de éstos.

Vistas las anteriores consideraciones, y con miras a fijar los lineamientos de esta causal general de procedencia, la Sala indica que: (i) en relación con la tutela contra una providencia dictada en el curso de un proceso, sólo es procedente su amparo de manera transitoria cuando se demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable; (ii) frente a providencias judiciales emitidas en procesos con decisión definitiva debieron interponerse los recursos ordinarios (reposición, apelación, queja y súplica) y los extraordinarios (de revisión ordinario y el especial de pérdida de investidura y unificación de jurisprudencia), en cuanto fueren procedentes.

3.3.4. Caso concreto

Observa la Sala que en el presente caso, la Contraloría General de Santander tenía a su disposición un mecanismo de defensa ordinario, cual es el recurso de apelación contra de la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Administrativo de Santander el 18 de noviembre de 2015 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con número de radicación 68001 23 33 000 2013 00551 00, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 243 en consonancia con el artículo 247, los dos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; sin embargo, la entidad accionante no hizo uso de la herramienta procesal anotada en el tiempo previsto para ello en el orden jurídico. De ello obra constancia en el expediente, en concreto a folio 13 de la sentencia del 6 de junio de 2019, aportada como prueba por la parte accionante, en la que la Subsección A de la Sección Segunda de ésta Corporación afirmó:

“La Contraloría General de Santander interpuso recurso de apelación que fue declarado extemporáneo en la audiencia de conciliación de 26 de febrero de 2016 (fl 270 y ss)”.

Sobre el particular, debe tenerse en consideración que los cargos en que se fundamenta la acción de tutela giran en torno a la indebida valoración que el Tribunal dio a la renuncia presentada por la señora Alba Ruth Pico Niño, aspecto que pudo controvertirse en sede de la alzada al interior del proceso ordinario.

Así las cosas, es claro que la accionante disponía de otro medio de defensa judicial, consistente en el ejercicio de los recursos ordinarios en el trámite de proceso, situación que hace improcedente la presente acción de tutela, al no superar el requisito de subsidiariedad.

Por otro lado, la accionante tampoco probó ni acreditó encontrarse en una circunstancia excepcional que la eximiera de agotar oportunamente los recursos ordinarios que tenía a su favor, pues no allega prueba alguna que acredite la configuración de un eventual perjuicio irremediable.

En este orden de ideas, concluye la Sala que la acción de tutela no puede ser utilizada como una tercera instancia para corregir los errores cometidos por las partes y sus apoderados en el trámite del proceso ordinario.

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

IV. FALLA

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela presentada por la Contraloría General de Santander.

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

TERCERO: De no ser impugnada esta decisión **REMITIR** el expediente por medio de la Secretaría a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del término legal.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 25 de noviembre de 2019.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Presidente
Consejero de Estado

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado