



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERA PONENTE: MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Referencia	Acción de tutela
Radicación	11001-03-15-000-2021-03723-00
Demandante	JORGE ENRIQUE POVEDA SÁNCHEZ
Demandado	TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA
Temas	Acción de tutela contra providencia judicial. Defecto procedimental absoluto, por violación directa de la Constitución Política, por error inducido y por desconocimiento del precedente. Ausencia y/o indebida notificación del auto admisorio en el medio de control de repetición. Cobro persuasivo. Requisitos generales de procedencia de tutela contra providencia judicial: la subsidiariedad.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

Corresponde a la Sección Cuarta, decidir en primera instancia la acción de tutela instaurada por *Jorge Enrique Poveda Sánchez*, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 333 de 2021.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El 16 de junio de 2021¹, el señor *Jorge Enrique Poveda Sánchez*, interpuso acción de tutela contra el *Tribunal Administrativo de la Guajira*, por considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones²:

“Muy respetuosamente solicito al Juez Constitucional que una vez revisado el caso particular y las pruebas obrantes en el proceso de acción de repetición, se establezca que el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, vulnero mi derecho fundamental al debido proceso, a la defensa y contradicción al impedir y no intentar o hacer las gestiones necesarias para que me notificaran personalmente la admisión de la demanda, lo cual generó que me asignaran un abogado de oficio, que simplemente contestó la demanda en forma inepta, anti técnica y no volvió a hacer presencia en el mismo y con esto se me vulneraran los derechos anotados al no poder ejercer personalmente la defensa de mis intereses.

De igual forma solicito muy amablemente al Juez de Tutela que se declare la vulneración de mi derecho al debido proceso, defensa y contradicción y las formas propias del proceso de acción de repetición al admitir y tramitar una demanda que no cumplía con los requisitos mínimos para ser admitida y en consecuencia se decrete la nulidad de todo lo actuado desde la admisión de la demanda incluyendo este mismo.

¹ Fecha de radicación del escrito de tutela por correo electrónico ante la Secretaría General de la Corporación.

² Hoja 13 del escrito de tutela.



Que de declare que el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, vulneró mi derecho de contradicción y defensa y las formas propias del proceso cuando toma la decisión de fondo basada en unas pruebas trasladadas de un proceso donde no tuve la oportunidad de practicarlas, conocerlas o controvertirlas y como el apoderado que me asignaron nunca compareció a audiencia alguna, pues nunca tuve la posibilidad de alegar estas irregularidades que terminaron por afectar mis derechos fundamentales.

Que de declare que el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, vulneró mi derecho fundamental a la segunda instancia, ya que en la audiencia donde se dictó en respectivo fallo, el Tribunal nunca manifestó que recurso procede, forma de interponerlo y sustentarlo, lo cual es violatorio al mandato constitucional de segunda instancia y formas propias de cada proceso.

De igual forma y con mucho respeto le pido encarecidamente al Juez Constitucional, que una vez revisado el proceso de acción de repetición adjunto a la presente y amparados bajo la protección de mis derechos fundamentales, me sea protegido mi derecho de defensa y contradicción y se revoque la sentencia y el proceso en general, ya que el mismo desde su admisión está viciado y afectó y afecta mis derechos.

Para finalizar y solicitando excusas por la falta de técnica jurídica es mis peticiones, le ruego a su señoría que revisados los hechos y las pruebas adjuntas, enderece mi solicitud a lo que en derecho y en justicia corresponde, para que así me sean reconocidos y garantizados mis derechos constitucionales relacionados y los que el despacho encuentre vulnerados”.

2. Hechos

En el expediente, se advierten como hechos relevantes los siguientes:

- 2.1. El actor *Jorge Enrique Poveda Sánchez* y el señor José Hugo Cantillo Rodríguez, se desempeñaron como soldados profesionales al servicio del Ejército Nacional, asignados al Batallón de Infantería Mecanizado Nro. 6 “Cartagena” con sede en la ciudad de Riohacha (Guajira).
- 2.2. El 2 de abril de 2006 ocurrieron una serie de hechos en los que falleció una ciudadana producto de una serie de disparos que fueron atribuidos al actor y al señor Cantillo Rodríguez quienes, según informó el Ministerio de Defensa, dispararon con fusiles de la institución.

Producto de lo anterior, el Estado fue demandado en reparación directa con el fin de que se declarara responsable administrativa y patrimonialmente por los perjuicios ocasionados con la muerte de la ciudadana.

En el curso del proceso se llegó a un acuerdo conciliatorio ante el Juzgado Primero Administrativo de Riohacha en el que el Ministerio de Defensa Nacional reconoció una indemnización a favor de las víctimas.

- 2.3. Tal circunstancia llevó al Ministerio de Defensa a presentar demanda en ejercicio del medio de control de repetición en contra de los señores Jorge Enrique Poveda Sánchez y José Hugo Cantillo Rodríguez, con el fin de que se declararan responsables por culpa grave o dolo de los perjuicios causados a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, quien se vio obligada a conciliar dentro del medio de control de reparación directa con radicación Nro. 2007-00008-00 que cursó ante el Juzgado Primero Administrativo de Riohacha.

Inicialmente el asunto correspondió en primera instancia al Juzgado Primero Administrativo de Riohacha y el proceso de repetición fue admitido por auto del 31 de enero de 2013, sin embargo, en providencia del 25 de abril de 2013



declaró la falta de competencia para seguir conociendo del asunto y ordenó la remisión al Tribunal Administrativo de la Guajira.

- 2.4. Por auto del 25 de julio de 2013, el Tribunal Administrativo de la Guajira admitió la demanda dentro del medio de control de repetición Nro. 44001-23-33-002-2013-00105-00.

La decisión fue corregida por auto del 14 de febrero de 2014, en el sentido de indicar que la notificación personal del auto admisorio de la demanda debía hacerse a la parte demandada, no a la parte demandante.

En tal virtud, teniendo en cuenta la manifestación del Ministerio de Defensa, parte demandante, de notificar a los demandados conforme al artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, para el tribunal la entidad desconocía el domicilio de los demandados, razón por la que consideró el despacho judicial que *“antes de actuar conforme a lo peticionado por la entidad demandante se debe intentar la notificación personal de quienes integran la parte demandada, en los términos dispuestos en el artículo 315 ibídem”*.

Para el efecto, indicó que analizada la solicitud de conciliación que obraba en el expediente, se extraía que los señores José Hugo Cantillo Rodríguez y Jorge Enrique Poveda Sánchez habían sido condenados a 156 meses de prisión como responsables del delito de homicidio razón por la que era probable que estuvieran aun cumpliendo la pena de prisión y en ese orden, podrían ser ubicados a través del juzgado penal de conocimiento, por lo que se ordenó oficiar a dicha autoridad judicial con el fin de que informara si aún los mencionados señores estaban privados de la libertad.

Precisó que en caso de ser suministrada la información del lugar de reclusión debía proceder a notificarse personalmente la demanda de repetición y, en caso de no ser posible, ordenó el emplazamiento de los demandados conforme lo dispuesto en el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, hoy artículo 108 del Código General del Proceso y, que en caso de no comparecer la parte demandada, debía nombrarse un curador *ad litem* con quien se surtiría la respectiva notificación.

- 2.5. El Juzgado Primero Penal del Circuito de Riohacha a quien se dirigió la solicitud ordenada en el citado auto del 14 de febrero de 2014, manifestó mediante Oficio del 28 de abril de 2014 que contra los señores José Hugo Cantillo Rodríguez y Jorge Enrique Poveda Sánchez no existían procesos en su contra.
- 2.6. El 8 de mayo de 2014 se emplazó a los señores José Hugo Cantillo Rodríguez y Jorge Enrique Poveda Sánchez para que comparecieran a notificarse del auto admisorio de la demanda de repetición seguida en su contra, publicaciones que fueron allegadas por la entidad demandante con el propósito de acreditar el cumplimiento de la orden dada por el tribunal.
- 2.7. Por auto del 5 de agosto de 2015, ante la no comparecencia de los demandados, se nombró curador *ad litem* de la lista de auxiliares de la justicia al señor Juan Carlos Bustos Kerguelen, quien manifestó mediante escrito radicado el 4 de septiembre de 2015 no poder aceptar el cargo por temas de salud que le impedían cumplir con la designación.



Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal Administrativo de la Guajira en providencia del 9 de septiembre de 2015 procedió a nombrar como curador *ad litem* de la lista de auxiliares de la justicia al doctor Saulo Aguilar Ocampo, quien aceptó la designación.

- 2.8. El 11 de septiembre de 2015 el curador *ad litem* fue notificado del auto admisorio del medio de control de repetición por correo electrónico y se le remitieron los anexos respectivos, lo que fue recibido por el mencionado abogado quien dejó la respectiva constancia en el expediente de contar con los traslados.

El 24 de febrero de 2016 el curador *ad litem* de la parte demandada remitió contestación de la demanda al proceso de repetición.

- 2.9. El 5 de junio de 2016 se llevó a cabo audiencia inicial, posteriormente se adelantó audiencia de pruebas y finalmente el 22 de noviembre de 2016 se realizó la audiencia de alegaciones y juzgamiento en la que se dictó sentencia oral que declaró responsables patrimonialmente a los señores José Hugo Cantillo Rodríguez y Jorge Enrique Poveda Sánchez y en consecuencia, les ordenó la devolución de la suma de dinero que el Ministerio de Defensa pagó como consecuencia del acuerdo conciliatorio celebrado en el proceso de reparación directa adelantado en su contra.

La decisión se notificó en estrados.

3. Fundamentos de la acción

Para el accionante, el Tribunal Administrativo de la Guajira en el proceso de repetición Nro. 44001-23-33-002-2013-00105-00, incurrió en los siguientes defectos:

- 3.1. *Defecto procedimental absoluto.* Sostuvo que tanto el tribunal como el Ministerio de Defensa desconocieron las formas propias del proceso de repetición, en la medida que, por una parte, en la demanda manifestó la entidad no conocer su domicilio cuando estuvo más de 9 años al servicio del Ejército Nacional y tenían todas las bases de datos en las que podía verificarse el lugar en el que podía ser notificado y por otra, el tribunal actuó al margen del procedimiento al darle credibilidad a la manifestación hecha por la entidad demandante de que se hiciera la notificación a través de la figura del emplazamiento, sin que mediara juramento alguno de no poder ser ubicado, procediendo a ordenar este tipo de notificación de manera inmediata.

Dijo que el tribunal accionado omitió dar información adicional al juez penal que en su momento le solicitó más datos con el propósito de poder identificar el proceso al que se hacía referencia para ser ubicado y por tanto notificado, además, manifestó que tampoco fue requerido el ministerio demandante a efectos de que dentro de sus capacidades operativas y de inteligencia identificara una dirección en la que pudiera ser notificado.

- 3.2. *Defecto por error inducido.* Por la mala fe y falta de lealtad procesal que era obligatoria para la parte demandante en el proceso de repetición, haciendo entender al tribunal que no conocía y no tenía la posibilidad de localizar el centro de reclusión en el que podía ser notificado cuando en realidad contaba



con varias alternativas para obtener este dato, tal como las bases de datos de la base militar de Tolemaida y que, contrario a este actuar, lo que sí se vio evidenciado es que contaba con elementos para ser localizado, pues fue notificado del cobro persuasivo por parte del Ministerio de Defensa a su dirección de domicilio.

- 3.3. *Defecto por violación directa de la Constitución.* En la medida que considera que se desconocieron totalmente los principios y derechos fundamentales establecidos en la Carta Política al debido proceso, la buena fe y la colaboración armónica entre entidades, pues el tribunal no fue consecuente con el apoyo que le estaba brindando para ubicar su lugar de reclusión y tampoco se garantizó una defensa técnica ya que el apoderado que le fue asignado nunca actuó en el proceso lo que estuvo en contra de sus derechos y de las formas propias del proceso de repetición.
- 3.4. *Defecto por desconocimiento del precedente.* Que sustentó en que la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, han reiterado que la notificación por emplazamiento es una figura extraordinaria y excepcional ya que por regla general se debe por lo menos intentar la notificación personal de los demandados ya que es la única figura que garantiza el ejercicio pleno del derecho fundamental al debido proceso, contradicción y defensa, de manera que al menos deben hacerse las gestiones necesarias y oportunas para encontrar y citar a los demandados de un proceso, de manera que en su sentir, la simple manifestación de no conocer la dirección de notificación no era suficiente para negarle al demandado la posibilidad de concurrir directamente o por conducto de un abogado de confianza al proceso.

Citó la sentencia T-818 de 2013 que dice, resolvió un caso similar en la que se revisó el incumplimiento de los deberes del demandante por no suministrar la dirección para notificar al demandado y la ausencia de estrategias por parte de la autoridad judicial para intentar la notificación personal de la demanda.

4. Trámite impartido e intervenciones

- 4.1. Por auto del 1º de julio de 2021, el despacho ponente admitió la acción de tutela, ordenó notificar a las partes accionante y accionada y dispuso la vinculación en calidad de terceros a la Nación - Ministerio de Defensa quien actuó como demandante y al señor José Hugo Cantillo Rodríguez quien actuó como demandado, ambos en el proceso ordinario.
- 4.2. Posteriormente mediante providencia del 29 de julio de 2021, dispuso dar cumplimiento a la orden de publicación de aviso de la existencia de la presente acción en la página web del Consejo de Estado, la vinculación del doctor Saulo Aguilar Ocampo quien fue *curador ad litem* del accionante en el proceso ordinario y se pidió al Tribunal Administrativo de la Guajira la totalidad del expediente ordinario de repetición.
- 4.3. **El Tribunal Administrativo de la Guajira**, rindió informe en el que pidió se negaran las pretensiones de la demanda de tutela, al no haberse desconocido el derecho al debido proceso del actor. Con el propósito de dar claridad a las actuaciones llevadas a cabo en la respectiva instancia, explicó lo sucedido en el trámite del proceso ordinario, así:



Señaló que el Ministerio de Defensa en el escrito de demanda manifestó que la notificación de la parte demandada debía hacerse de conformidad con lo establecido en el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, hoy artículo 293 del Código General del Proceso, en la medida que desconocía el lugar de residencia del actor.

Indicó que el Tribunal en calidad de garante de los derechos fundamentales establecidos en la Carta Política, mediante auto del 13 de febrero de 2014 dispuso notificar personalmente el auto admisorio de la demanda al actor y al señor José Hugo Cantillo Rodríguez, teniendo en cuenta que de la conciliación que se intentó en su momento se pudo extraer que los demandados habían sido condenados a 156 meses de prisión y probablemente estarían cumpliendo la pena, razón por la que se ofició al juzgado penal de conocimiento con el fin de que informara si los demandados estaban privados de la libertad y el centro de reclusión en el que se encontraban.

Relató que el juez penal de conocimiento del caso de los demandados respondió que no existían procesos en contra de los señores Jorge Enrique Poveda (actor) y José Hugo Cantillo Rodríguez, razón por la que en providencia del 8 de marzo de 2014 se emplazó a los mencionados señores para que comparecieran por sí mismos o por conducto de apoderado a notificarse del auto admisorio de la demanda, sin que se hubieran pronunciado.

Que tal circunstancia llevó a que por auto del 9 de septiembre de 2015 se nombrara al abogado Saulo Aguilar Ocampo de la lista de auxiliares de la justicia como curador *ad litem* de los demandados, quien contestó la demanda el 24 de febrero de 2016.

- 4.4. El **Ministerio de Defensa**, inicialmente planteó la nulidad por indebida notificación dentro del presente trámite e indicó que no le fueron entregados los traslados para ejercer una correcta defensa.

Luego, pasó a referirse al incumplimiento del requisito de inmediatez, pues consideró que la decisión del “Consejo de Estado” era del 28 de agosto de 2019 y que en ese orden de ideas, había transcurrido casi un año para la interposición de la presente acción constitucional, lo que iba en contra de la línea jurisprudencial que entendía el término de 6 meses como razonable para la presentación de una acción de tutela contra providencia judicial, pues que lo contrario sería ir en contra de los derechos fundamentales de la contraparte y desdibujaba la urgencia en la intervención del juez constitucional ante la presunta trasgresión de derechos fundamentales, además, precisó que no había una justificación que sustentara las razones de la tardanza.

Insistió que el fallo cuestionado fue notificado en agosto de 2019 y que pese las medidas adoptadas con ocasión de la pandemia por Covid-19 y las restricciones decretadas, los términos judiciales para las acciones de tutela siguieron corriendo y se autorizó la radicación de estas por correo electrónico.

Por otra parte, anotó que no estaba acreditado ninguno de los defectos contra providencia judicial que hicieran procedente su estudio y en ese sentido, aclaró que la tutela no puede ser tomada como una tercera instancia en la que se controvierta una decisión adversa a los intereses particulares.



Hizo un recuento del caso por el que fue condenado el Estado a responder por los perjuicios ocasionados con ocasión de la muerte de un civil y por lo que se atribuyó responsabilidad al Ejército Nacional, por lo que debió iniciarse la acción de repetición en contra de quienes en ese momento se encontraban al frente de las operaciones, siendo Comandante el actor *Jorge Enrique Poveda Sánchez* para la época de los hechos.

- 4.5. Los señores **José Hugo Cantillo Rodríguez** y **Saulo Aguilar Ocampo**, pese haber sido notificados, no se pronunciaron.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Generalidades de la acción de tutela

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991³, fue concebida como un mecanismo para la protección inmediata, oportuna y adecuada de derechos fundamentales, ante situaciones de amenaza o vulneración, por la acción u omisión de las autoridades, o de los particulares en casos concretos y excepcionales. Sin embargo, es subsidiaria a otras herramientas judiciales, salvo cuando se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. La acción de tutela contra providencias judiciales

La acción de tutela procede de manera excepcional contra providencias judiciales, y así lo ha reconocido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Dada esa excepcionalidad, la jurisprudencia ha establecido una serie de *requisitos generales*⁴ y *especiales*⁵ que deben cumplirse de forma estricta, para lo cual, se deben reunir todos los requisitos generales, y por lo menos uno de los defectos o requisitos especiales de la acción.

De manera pacífica y reiterada, la jurisprudencia constitucional⁶ ha indicado que cuando se interpone la acción de tutela contra providencias judiciales, el examen de los requisitos generales de procedencia debe realizarse con especial rigor, para no desconocer los principios de autonomía e independencia judicial, y los de legalidad, cosa juzgada y juez natural como elementos esenciales del derecho al debido proceso.

³ Decreto 2591 de 1991, Art. 1º: “*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 en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto*”.

⁴ Los **requisitos generales** para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: i) que el actor indique los hechos y las razones en que se fundamenta la acción; ii) el accionante haya utilizado todos los mecanismos judiciales ordinarios y extraordinarios a su alcance para la protección de sus derechos fundamentales (subsidiariedad); iii) que la acción se haya interpuesto en un término prudencial (inmediatez); iv) que el asunto sea de evidente relevancia constitucional; v) que no se trate de una decisión proferida en sede de tutela; vi) injerencia de la irregularidad procesal en la providencia atacada.

⁵ Los **requisitos especiales** para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: i) defecto orgánico, ii) defecto procedimental, iii) defecto fáctico, iv) defecto material o sustantivo, v) defecto por error inducido, vi) defecto por falta de motivación, vii) defecto por desconocimiento del precedente y viii) defecto por violación directa de la Constitución.

⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-686 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Y Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de agosto de 2014. Proceso No. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). M.P. Jorge Octavio Ramírez R.



Por lo anterior, la procedencia de la acción contra providencias judiciales exige un mayor rigor en la fundamentación del vicio que se atribuye a la sentencia judicial objeto de tutela y que el análisis sobre el cumplimiento de los requisitos debe restringirse únicamente a los argumentos planteados por los intervinientes en el proceso.

3. Aspecto previo: la nulidad propuesta por la Nación, Ministerio de Defensa

3.1. Previo a resolver el fondo del asunto, corresponde a la Sala pronunciarse en relación con la solicitud de nulidad propuesta por el Ministerio de Defensa en el informe rendido dentro del presente trámite constitucional.

Sostuvo la entidad que pese a dar contestación a la tutela, invocaba la causal de nulidad consagrada en el numeral 8º del artículo 133 del Código General del Proceso y el artículo 29 de la Constitución Política, porque la notificación de la presente acción no se hizo en debida forma al no entregarse el traslado que les permitiera conocer las razones presentadas en el escrito de tutela, con lo que a su juicio, vulneraba el derecho de defensa de la entidad.

3.2. Pues bien, advierte la Sala que el numeral 8º del artículo 133 del Código General del Proceso indica:

“Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código”.

Verificado el trámite impartido al auto por el que se admitió la demanda de tutela, concretamente en relación con la notificación a la Nación, Ministerio de Defensa, vinculado en calidad de tercero con interés, encuentra la Sala lo siguiente:

La notificación del auto admisorio de la demanda de tutela se hizo por correo electrónico a la dirección notificaciones.tutelas@mindefensa.gov.co el 6 de julio de 2021⁷. Ese mismo día la entidad solicitó a la Secretaría General de esta Corporación el envío del escrito de tutela “*para proceder con el trámite respectivo*”, solicitud reiterada el día siguiente, esto es, el 7 de julio de 2021⁸.

El 15 de julio de 2021 la Secretaría General dio alcance a la notificación practicada inicialmente⁹, en el sentido de adjuntar el escrito de tutela solicitado por el Ministerio de Defensa, determinación que se notificó a las partes y de todo lo cual quedó constancia en el expediente digital.

⁷ Samai, índice 7.

⁸ Samai, índices 8 y 9.

⁹ Samai, índice 14.



- 3.3. De este modo, es posible evidenciar que no existió una ausencia de notificación al Ministerio de Defensa, sino la falta de remisión de los anexos para poder ejercer en debida forma su defensa, lo que en todo caso fue subsanado por la Secretaría General, al darle alcance al acto de notificación procediendo a la remisión vía correo electrónico de los anexos de la tutela, actuación que como se dijo, fue notificada a las partes intervinientes en el presente trámite.

En todo caso, se observa que la entidad pese a proponer la causal de nulidad referida en precedencia, se pronunció frente a los hechos narrados en la acción de tutela, ya que presentó el respectivo informe, de manera que ejerció su derecho de defensa y contradicción con lo que estuvo garantizado su derecho de oposición a las pretensiones de la tutela, de manera que a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa¹⁰, quedando por tanto subsanada tal falencia de no haberse remitido en el mismo acto de notificación del auto admisorio de la tutela los anexos correspondientes, sino posteriormente por la Secretaría General de la Corporación.

- 3.4. En tal virtud, la Sala negará la solicitud de nulidad propuesta por la Nación, Ministerio de Defensa.

4. Planteamiento del problema jurídico

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala, de manera preliminar, establecer si en el presente asunto se cumplen a cabalidad los requisitos generales de procedibilidad de este mecanismo contra providencias judiciales, específicamente el de la *inmediatez* y la *subsidiariedad*.

De superar dicho estudio, corresponderá analizar si el Tribunal Administrativo de la Guajira en el trámite del proceso de repetición con radicación Nro. 44001-23-33-002-2013-00105-00 seguido en contra del actor *Jorge Enrique Poveda Sánchez* y del señor José Hugo Cantillo Rodríguez, incurrió en los *defectos procedimental, por error inducido, por violación directa de la Constitución Política y por desconocimiento del precedente*, al no haberse hecho un esfuerzo por parte de la autoridad judicial accionada para notificar a la parte demandada personalmente de la demanda de repetición y, por dar curso a la solicitud de emplazamiento solicitada por el Ministerio de Defensa, cuando en su sentir, era posible que la entidad ubicara los datos al haber sido miembro activo de la institución, todo lo cual derivó en una ausencia de defensa dentro del trámite ordinario que culminó con la sentencia proferida en audiencia de alegaciones y juzgamiento el 22 de noviembre de 2016 que fue desfavorable a sus intereses.

5. Verificación del cumplimiento del requisito de inmediatez en el caso concreto

- 5.1. La Corte Constitucional¹¹ ha señalado que si bien no es posible establecer un término de caducidad que limite el ejercicio de la acción de la tutela, ésta no puede presentarse en cualquier tiempo y por lo tanto debe existir un término razonable entre la ocurrencia de la vulneración o puesta en riesgo de los

¹⁰ Así lo dispone el numeral 4º del artículo 136 del Código General del Proceso.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T- 123 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.



derechos fundamentales del actor y la presentación de la demanda, en la medida en que la naturaleza misma de este medio de defensa judicial no sólo tiene que ver con la urgencia en la protección de las garantías constitucionales de una persona, sino también con el respeto de la seguridad jurídica y de los derechos de los terceros afectados.

En este orden de ideas, la inmediatez es más bien una condición que busca que la acción se presente en un término razonable contado desde el momento en que se tuvo conocimiento de la violación o amenaza de los derechos fundamentales y no un término de caducidad. Justamente, porque la acción de tutela es un medio excepcional para la protección pronta y eficaz, es que se requiere que se ejerza en un tiempo prudencial. Por ello, el presupuesto de la inmediatez constituye un requisito para habilitar el estudio de fondo de la acción de tutela, pues se evita *“el uso de este mecanismo constitucional como herramienta que consienta la negligencia o indiferencia de los actores, o que propicie la inseguridad jurídica”*¹².

- 5.2. Precisamente, en razón a que el análisis de la procedencia de tutela contra providencias judiciales debe ser más riguroso, la Sala Plena del Consejo de Estado¹³ **fijó como plazo razonable para la interposición de la acción, un término de seis meses contados a partir de la notificación de la providencia judicial enjuiciada**, por considerarlo un término prudencial para que el interesado interponga la acción. Límite temporal que también ha sido acogido por la Corte Constitucional.

Sin embargo, dicha providencia también acudió a unas pautas, para examinar las excepciones a esa regla general, indicando que **“además de tener como pauta el término de seis meses, se debe analizar también:“(…) (i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado; (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición.”** (Negritillas fuera de texto).

Sobre este punto, en la Sentencia SU–391 de 2016, la Corte Constitucional aseguró que *“No existen reglas estrictas e inflexibles para la determinación de la razonabilidad del plazo, sino que es al juez de tutela a quien le corresponde evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, lo que constituye un término razonable”*.

- 5.3. El Ministerio de Defensa en el informe rendido dentro del presente trámite, alegó que no se cumplía con el requisito de procedencia de la inmediatez porque había transcurrido un lapso superior a seis (6) meses entre *“la notificación de la providencia del 28 de agosto de 2019 proferida por el Consejo de Estado”* y la presentación de la demanda de tutela.

Verificadas las fechas correspondientes, advierte la Sala que la decisión a la que hace mención la entidad no corresponde a alguna que hubiera sido proferida dentro del proceso ordinario de repetición adelantado contra *Jorge Enrique Poveda Sánchez* y José Hugo Cantillo Rodríguez, que culminó con la

¹² Ibídem.

¹³ Exp. N° 11001-03-15-000-2012-02201-01, C. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.



sentencia dictada en la audiencia de alegaciones y juzgamiento llevada a cabo el 22 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de la Guajira; razón por la que no es posible hacer un estudio en torno al cumplimiento de este requisito frente a una decisión que no corresponde al objeto de estudio propuesto por el accionante en esta oportunidad.

Ahora bien, aún verificado el requisito de inmediatez por parte de la Sala como juez constitucional, se advierte que la decisión con la que culminó el proceso de repetición, se profirió el **22 de noviembre de 2016** por el **Tribunal Administrativo de la Guajira**; sin embargo, como lo manifestó el accionante, el **3 de mayo de 2021** se emitió oficio dirigido a él, en el que le notifica la existencia de una obligación producto de un fallo en su contra que lo obligaba a pagar una suma de dinero y se hace un cobro persuasivo, de manera que al ser precisamente el objeto de la tutela la no comparecencia del accionante al proceso ordinario al no haber podido ser ubicado para ser notificado de las decisiones emitidas dentro del medio de control de repetición Nro. 44001-23-33-002-2013-00105-00, no puede entenderse desconocido este requisito, pues precisamente hasta cuando es informado del cobro persuasivo es que dice tener conocimiento de las actuaciones dentro del proceso ordinario, por lo que este requisito no es exigible en esas condiciones.

6. Requisito de subsidiariedad de la acción de tutela

La subsidiariedad de la acción de tutela consiste en impedir que esa herramienta, cuyo campo de aplicación es restrictivo, se convierta en un mecanismo principal de protección. Lo contrario significaría desconocer que la Constitución y la ley estipulan una serie de mecanismos judiciales, igualmente, eficaces e idóneos para garantizar el ejercicio pleno de los derechos.

No en vano los artículos 86 de la Constitución Política y el 6, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991 prevén como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia de otros medios de defensa para la protección de los derechos invocados. De manera que esta solo puede utilizarse cuando se han agotado los mecanismos de protección que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para la protección idónea y eficaz de los derechos fundamentales.

En ese sentido, la Corte Constitucional manifestó:

*“La acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o amenaza de un derecho fundamental, **respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho.** La tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece —con la excepción dicha— la acción ordinaria. La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales (...)”¹⁴.*

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 1992.



Entonces, para que el juez estudie una solicitud de tutela, el interesado debe, por lo menos, **probar que se agotaron los recursos que tenía a su disposición**, pues, de lo contrario, la tutela deviene improcedente.

Ahora bien, el perjuicio irremediable es un riesgo cierto y real de daños provenientes de la amenaza o violación de derechos fundamentales, riesgo que de llegarse a producir no tendría ninguna forma de reparación auténtica, esto es, diferente a la mera indemnización del perjuicio. Por ende, es necesaria la intervención urgente e inmediata del juez de tutela, pero siempre que ese perjuicio se note sin justificación, es decir, que provenga de acciones manifiestamente contrarias a la ley, al punto de ser atentados contra los derechos fundamentales.

7. Análisis en el caso concreto

7.1. Con base en lo anterior, la Sala considera que no se satisface el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, debido a que el señor *Jorge Enrique Poveda Sánchez* puede acudir al proceso de repetición Nro. 44001-23-33-002-2013-00105-00 seguido en su contra ante el Tribunal Administrativo de la Guajira, con el propósito de alegar la causal de nulidad prevista en el numeral 8º del artículo 133 del CGP, según lo afirma el tutelante, por no haber sido notificado personalmente del auto admisorio de la demanda y por tanto, no haber podido ejercer su derecho de defensa tal como lo propone a través de este mecanismo constitucional, pues cuenta con otro medio idóneo en sede ordinaria para discutir este aspecto.

Verificadas las causales de nulidad establecidas en el artículo 133 del Código General del Proceso, se advierte que el numeral 8 de la citada norma dispone:

“Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

[...]

Y según lo establece el artículo 134 del Código General del Proceso, la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, **entre otros escenarios**, puede alegarse con posterioridad a la sentencia *“si ocurrieren en ella”*, o como excepción en la ejecución de la sentencia, situación fáctica que se presenta en el caso del señor *Poveda Sánchez* quien cuenta con esta posibilidad ante el procedimiento de cobro coactivo que se formule en su contra. Dispone la norma:

“ARTÍCULO 134. OPORTUNIDAD Y TRÁMITE. Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posterioridad a esta, si ocurrieren en ella.

La nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, o la originada en la sentencia contra la cual no proceda recurso, podrá también alegarse en la diligencia de entrega o como excepción en la ejecución de la sentencia, o mediante el recurso de revisión, si no se pudo alegar por la parte en las anteriores oportunidades.

[...]" (subrayado fuera del texto original)



Sin embargo, en el caso propuesto y de acuerdo con lo probado en el expediente de tutela, la Coordinadora del Grupo Contencioso Constitucional del Ministerio de Defensa envió al actor el Oficio Nro. OFI21-37536 MDN-DSG del 3 de mayo de 2021¹⁵, en el que le indicó que se trataba de un cobro persuasivo que constituía una oportunidad para invitarlo a cancelar la obligación pendiente con el ministerio, previa la apertura del proceso de cobro coactivo, de manera que aún no existe un proceso de cobro formalmente abierto en su contra, razón por la que actualmente estaría habilitado para discutir la nulidad ante el juez natural en el proceso de repetición, pero se insiste, no es el mecanismo de la tutela el escenario para resolver lo relacionado con la ausencia o indebida notificación del auto admisorio de la demanda como sí lo es la causal que como se dijo, puede proponer ante el tribunal.

De este modo, resulta oportuno precisar que la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela tiene por propósito evitar que se convierta en un mecanismo judicial alternativo que pueda ser utilizado para soslayar los términos procesales de los medios ordinarios de defensa o para suplir falencias en las estrategias de jurídicas de los apoderados, ya que no es dable al juez de tutela decidir asuntos que deben ser debatidos en su escenario natural.

El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido para restringir su procedencia, dado que el sistema jurídico permite a las personas valerse de diversos medios de defensa que pueden ser eficaces para la defensa de sus derechos¹⁶, como en este caso, fundamentado en la causal de nulidad 8 del artículo 133 del Código General del Proceso.

- 7.2. Con todo, se presentan casos excepcionales en los que a pesar de que exista otro medio de defensa es posible que el juez de tutela realice un análisis de fondo del asunto. Esta posibilidad se explica en que la existencia de un medio judicial alterno a la tutela no significa automáticamente la improcedencia de la acción de tutela.

En el caso, sin embargo, no se configuran los eventos excepcionales señalados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, porque se considera que la causal de nulidad que pueda proponer en el proceso de repetición constituyen una vía procesal idónea para debatir la presunta ausencia o indebida notificación dentro del proceso que culminó con una sentencia que puede ser el título de ejecución para la administración, de manera que se trata de un mecanismo eficaz para tal fin.

Adicionalmente, se precisa que en el caso no se configura un perjuicio irremediable en los términos dispuestos por la jurisprudencia constitucional, es decir una afectación grave, inminente y que requiera medidas impostergables, pues lo cierto es que aun cuenta con la posibilidad de discutir lo relacionado con la vinculación al proceso ordinario que extraña, a través de las causales de nulidad establecidas precisamente para tal propósito.

¹⁵ Oficio que fue aportado como prueba por parte del actor como anexo de la tutela.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-301 de 2009.



7.3. Así las cosas, la Sala considera que en el caso no se reúnen las condiciones necesarias para que la tutela proceda como mecanismo transitorio. Ni existe un perjuicio que cumpla con las características dispuestas por la jurisprudencia constitucional para ser considerado como irremediable contando aún con la posibilidad de discutir el aspecto de orden procesal que plantea a través de la presente acción.

En consecuencia, se declarará la improcedencia de la acción de tutela interpuesta, por no cumplir con el requisito de la subsidiariedad.

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

FALLA

1. **Declarar improcedente** la acción de tutela presentada por el señor *Jorge Enrique Poveda Sánchez*, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia.
2. **Negar** la solicitud de nulidad presentada por la *Nación – Ministerio de Defensa*, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.
3. **Notificar** la presente decisión a los interesados, por el medio más expedito.
4. **Publicar** la presente decisión en la página web del Consejo de Estado.
5. De no ser impugnada la presente providencia, **enviarla** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

(Firmado electrónicamente)
MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente

(Firmado electrónicamente)
STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

(Firmado electrónicamente)
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO

(Firmado electrónicamente)
JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ