

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

SALA DE DECISIÓN No. 5

Auto de Interlocutorio No. 376

Villavicencio, treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: SOBEIDA ROMERO PENNA
DEMANDADO: MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO y ANDRÉS PEREA MEJÍA
EXPEDIENTE: 50001-23-33-000-2017-00162-00
ASUNTO: DESISTIMIENTO DE PRETENSIONES

Resuelve la Sala la solicitud de desistimiento de las pretensiones presentada por la demandante, SOBEIDA ROMERO PENNA, en escrito de fecha 26 de noviembre del 2018. (fl. 1357 y 1358 del C5 del expediente), de conformidad con el artículo 314 del C.G.P por remisión expresa del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011.

Para el presente asunto mediante auto del 23 de mayo de 2019, se aceptó impedimento del Magistrado CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO, razón por la cual, se integrará Sala con la Magistrada TERESA HERRERA ANDRADE, con el fin de conformar quórum decisorio para resolver la solicitud de desistimiento de pretensiones presentada por la parte demandante.

I. Antecedentes

1. De la demanda

La señora SOBEIDA ROMERO PENNA a través de apoderado judicial, presentó demanda de Nulidad Electoral contra el MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO y el señor ANDRÉS PEREA MEJÍA, con la finalidad que se declarara la nulidad del Decreto No. 1000-21/37 del 08 de febrero de 2017 *"POR LA CUAL (sic) SE REALIZA DESIGNACIÓN DEL CURADOR URBANO SEGUNDO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO POR UN PERIODO DE CINCO (5) AÑOS Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES"*.

Lo anterior, en atención a que se configuraba según la demandante la causal de nulidad electoral prevista en el numeral 5 del artículo 275 del CPACA, esto es, que se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen en causales de inhabilidad.

Por violación al artículo 2.2.6.6.3.1 numeral 3 del Decreto 1077 de 2015 (artículo 81 del Decreto 1469 de 2010), al artículo 85 del Decreto 1469 de 2010 (art. 2.2.6.6.3.5. numeral 5 del Decreto 1577 de 2015), al artículo 13 de la Constitución Política, los numerales 2 y 3 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, los artículos 11 y 12 del Decreto 785 de 2012, el artículo 4 del Decreto 2484 de 2014 y las bases del concurso de méritos establecidas por el Municipio de Villavicencio.

Igualmente, invocó como causales de nulidad del acto demandado violar las normas en que debía fundarse y proferirse en forma irregular y con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

La parte demandante junto con la demanda solicitó medida cautelar la suspensión provisional del acto administrativo demandado, Decreto No. 1000-21/37 de 2017, por considerar que incurre en violación de las normas superiores en que debía fundarse.

2. Del trámite procesal

La demanda de nulidad electoral interpuesta por la señora Sobeida Romero Penna, inicialmente se inadmitió mediante auto del 27 de marzo de 2017¹, con el objeto de que se indicaran con exactitud las normas violadas, su concepto de violación y se precisaran las pruebas que se pretendían hacer valer dentro del proceso.

Subsanada la demanda, a través de auto del 10 de mayo de 2017², se procedió a admitir la demanda y se decretó la medida cautelar solicitada, por tanto, se ordenó la suspensión provisional de los efectos del Decreto 1000-21/37 de 2017.

Una vez notificada la demanda a la parte demandada, fijo fecha para audiencia inicial, la cual se llevó a cabo el 04 de julio de 2017 hasta la etapa de excepciones previas, declarando no probada la excepción de falta de integración del

¹ Vista a folio 747 a 740 del C2 del expediente.

² Vista a folio 840 a 844 del C3 del expediente.

litisconsorte necesario y declarándose probada la excepción de ineptitud parcial de la demanda, razón por la cual, la Sala se inhibió de decidir sobre la presunta violación del artículo 22 de la Ley 1796 de 2016 y el artículo 112 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 80 del CPACA.

Igualmente, se declaró no probada la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción, propuesta por el accionado Andrés Perea Mejía.

Contra la anterior decisión, el Municipio de Villavicencio y el señor Andrés Perea Mejía, interpusieron recurso de apelación contra la negativa de las excepciones de falta de integración del Litis consorcio e ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción, respectivamente, concediéndose los recursos de alzada en el efecto suspensivo.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, con ponencia del Consejero Carlos Enrique Moreno Rubio, el 17 de agosto de 2017³, procedió al estudio de los recursos de apelación incoados, resolviendo revocar el auto del 04 de julio de 2017, proferido en audiencia inicial, en cuanto negó la prosperidad de la excepción de *“inepta demanda por indebida escogencia de la acción”* propuesta por el señor Andrés Perea Mejía, en consecuencia, declaró probada la excepción y devolvió el expediente al Tribunal Administrativo del Meta con el fin de que se adoptaran las medidas correspondientes al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Lo anterior, por considerar que dentro del presente asunto se presentaría un restablecimiento automático que podría darse en caso de prosperar la nulidad reclamada, pues para el Consejo de Estado la demandante señora Sobeida Romero Penna si bien no elevó pretensiones de restablecimiento, sus argumentos es que los demás concursantes no cumplían los requisitos para ser admitidos al concurso, sumado al hecho que ocupó el segundo lugar en la lista de elegibles, lo que generaba un restablecimiento automático, aclarando el Alto Tribunal que no había lugar a declarar la nulidad de todo lo actuado, ya que el Código General del Proceso no consagraba como vicio del proceso *“Cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde”*.

Por consiguiente, el 16 de mayo de 2018 se profirió obedécese y cúmplase lo decidido por el Consejo de Estado y se estudiaron las medidas pertinentes a adoptar en atención al cambio de medio de control, esto es, de Nulidad Electoral

³ Vista a folios 1242 a 1247 del Cuaderno No. 5 del Consejo de Estado

a Nulidad y Restablecimiento del Derecho, evidenciando que se trataba de un proceso sin cuantía, razón por la cual, el Tribunal Administrativo lo conocería en única instancia.

Igualmente, se estableció que no era exigible el requisito de conciliación extrajudicial, por cuanto, el asunto sometido a estudio no es de aquellos conciliables, pues si bien se vislumbra un conflicto particular, el mismo no tenía contenido económico.

Asimismo, se consideró que no había lugar en adoptar alguna medida tendiente a la adecuación de las pretensiones de la demanda en atención a que la voluntad de la demandante en reiteradas ocasiones giró en torno a la guarda del ordenamiento jurídico.

Por lo anterior, se continuó con el trámite del proceso y se procedió a fijar fecha para la continuación de la audiencia inicial.

El 22 de agosto de 2018 se llevó a cabo la continuación de la audiencia inicial, en la cual solo se agotó la etapa de saneamiento del proceso y se accedió a la solicitud de la parte demandante de fijar nueva fecha para la continuación de diligencia, ante el hecho que tenía que asistir a otra audiencia.

El 29 de octubre de 2018, se realizó la continuación de la audiencia inicial, en la cual, se fijó el litigio, se agotó la etapa de conciliación, el decreto de pruebas y se corrió traslado para alegar por escrito a las partes y al Ministerio Público.

3. De la solicitud de desistimiento

El 26 de noviembre de 2018, la demandante señora Sobeida Romero Penna presentó memorial en el que manifestó que desistía expresamente de las pretensiones de la demanda, por lo que solicitó declarar terminado el proceso y levantar la medida cautelar de suspensión del acto de nombramiento que se demanda.

Igualmente, manifestó que el demandado Andrés Perea Mejía y su apoderado coadyuvan la petición de desistimiento y solicitaban no hacer condena en costas a su favor.

4. Del Traslado de la solicitud de desistimiento

Mediante Auto de Trámite del 05 de diciembre de 2018 (fl. 1561 y 1562 C5), se corrió traslado de la solicitud de desistimiento de pretensiones a la parte demandada por el término de 3 días.

4.1 Del demandado Andrés Perea Mejía

El demandado a través de su apoderado judicial manifestó que no se oponía a la solicitud de desistimiento de la demanda presentada por la demandante, ni a la solicitud de no condenar en costas.

Solicitó que se declare terminado el proceso y como consecuencia de lo anterior se ordene levantar la medida cautelar de suspensión del acto de nombramiento que a la fecha le impide el ejercicio del cargo a su mandante.

4.2 Del demandado Municipio de Villavicencio

El apoderado del Municipio de Villavicencio manifestó en escrito del 27 de noviembre de 2018 que no se oponía al desistimiento de las pretensiones de la demanda y a través de escrito del 06 de diciembre de 2018, expresó que no se oponía a que no se condenara en costas a la parte demandante en atención al desistimiento presentado.

4.3 Del Ministerio Público

La agente del Ministerio Público manifestó la carencia de facultad para renunciar o exonerar de la condena en costas, del apoderado del Municipio de Villavicencio, pues de conformidad con el artículo 77 del C.G.P. *“El apoderado no podrá realizar actos reservados por la ley a la parte misma; tampoco recibir, allanarse, ni disponer del derecho en litigio, salvo que el poderdante lo haya autorizado de manera expresa”*, y en el poder que reposa a folio 1283 del cuaderno No. 5 del expediente no se encuentra la facultad expresa para aceptar en nombre de la entidad pública que representa el desistimiento frente a la condena en costas, recalcando que la entidad ha tenido que desplegar lo necesario para asumir la representación judicial, para lo cual debió contratar y asumir la contratación de profesionales del derecho a quienes, canceló el valor de los honorarios pactados para garantizar la defensa judicial.

A su vez, precisó en segunda medida los aspectos referentes a la naturaleza del proceso, la actuación desplegada, las pretensiones de la demanda y los alegatos de conclusión, estableciendo que dentro de todo el trámite del proceso se ha reiterado que la parte demandante no persigue un restablecimiento del derecho sino que el debate se ciñe a la nulidad del acto demandado, expresando que *“siendo el Consejo de Estado el que bajo una precaria y errada apreciación probatoria-entendible pero no justificable bajo la óptica del momento procesal en que interviene- el que introdujo el concepto de restablecimiento automático, so pretexto de indicar que la demandante «ocupó el segundo lugar en la lista de elegibles» lo cual falta totalmente a las probanzas procesales, pues NO HAY LISTA de elegibles alguna que favorezca a la demandante, simplemente se nombró al aquí demandado Perea Mejía, sin indicar puestos ni más opcionados ...”*.

Añadió que la parte demandante en su escrito de alegatos de conclusión reiteró las pretensiones de la demanda, sin embargo, posteriormente presentó el desistimiento de las pretensiones, dando de esta forma un alcance formal de una actuación en estricto interés particular, lo que para el Ministerio Público causa el interrogante *“de qué manera son exclusivamente intereses particulares, aquellos vinculados a la designación del CURADOR URBANO de la ciudad capital del Departamento, cuya irregularidad en el proceso de convocatoria y en el acto designación fue tan evidente, que mereció la suspensión provisional del acto enjuiciado por parte del H. Tribunal en providencia del 10 de mayo de 2017. En otras palabras, para esta Agencia si está de por medio un interés superior al simple interés particular de las partes, pues nos hallamos en presencia de un acto administrativo, que hallándose afectando tan seriamente por mínimo una causal de nulidad objetiva y diáfana y advertida, cuyos efectos nocivos afectan gravemente el orden social de la ciudad, al tratarse de entregar un función pública a un particular que en forma clara y contundente no CUMPLIÓ y NO CUMPLE con las exigencias legales para su designación y menos aún para su desempeño”*.

Como sustento de lo anterior, citó la Sentencia T-268 de 2010, para concluir que se encuentra en desacuerdo y abierta oposición con la manifestación de desistimiento de la demandante, coadyuvada por las demás partes del proceso, al ir en contravía del ordenamiento jurídico y del patrimonio de la entidad demandada, siendo inoponibles argumentos o razones de conveniencia o inconveniencia que corresponde solventar a la autoridad territorial dentro sus competencias urbanísticas.

II. Consideraciones

2.1 Competencia

De conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 151 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, corresponde a esta Corporación conocer los procesos de Nulidad y Restablecimiento que carezcan de cuantía y en los cuales se controvertan actos administrativos del orden Departamental, Distrital o Municipal, de tal forma que, así mismo, le corresponde pronunciarse sobre el desistimiento total de las pretensiones, el cual tiene como efecto dar por terminado el proceso.

2.2 Problema Jurídico

El problema jurídico dentro del presente asunto, se contrae en determinar si es procedente aceptar el desistimiento de las pretensiones de la demanda presentado por la parte demandante y si hay lugar a condenar a la señora Sobeida Romero Penna en costas y perjuicios por el levantamiento de la medida cautelar.

2.2 Del desistimiento de las pretensiones de la demanda

En la Ley 1437 de 2011, no se observa ninguna disposición que regule lo concerniente al desistimiento expreso de las pretensiones de la demanda, puesto que en dicha norma, sólo se refiere al desistimiento tácito contemplado en el artículo 178, razón por la que en aplicación del artículo 306 ibídem, se acude a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso.

El Código General del Proceso prevé la figura del desistimiento expreso de las pretensiones como una forma anormal de terminación del proceso, disponiendo en su artículo 314 lo siguiente:

“ARTÍCULO 314. DESISTIMIENTO DE LAS PRETENSIONES. El demandante podrá desistir de las pretensiones mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso. Cuando el desistimiento se presente ante el superior por haberse interpuesto por el demandante apelación de la sentencia o casación, se entenderá que comprende el del recurso.

El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada. **El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella**

sentencia.

Si el desistimiento no se refiere a la totalidad de las pretensiones, o si sólo proviene de alguno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él.

(...)

El desistimiento debe ser incondicional, salvo acuerdo de las partes, y sólo perjudica a la persona que lo hace y a sus causahabientes.

El desistimiento de la demanda principal no impide el trámite de la reconvencción, que continuará ante el mismo juez cualquiera que fuere su cuantía.

Quando el demandante sea la Nación, un departamento o municipio, el desistimiento deberá estar suscrito por el apoderado judicial y por el representante del Gobierno Nacional, el gobernador o el alcalde respectivo.”

En ese orden de ideas, conforme a la anterior disposición la parte demandante puede renunciar a las pretensiones que inicialmente perseguía, siempre y cuando no se haya proferido sentencia, y la providencia judicial que lo acepte, produce los mismos efectos que una sentencia de carácter absolutoria, es decir, de cosa juzgada.

El Consejo de Estado, frente a esta forma anormal de terminación del proceso, ha señalado:

“Dentro del sistema procesal colombiano, la figura del desistimiento reviste diversos enfoques y posibilidades, pero sólo constituye forma anticipada de terminación del proceso, cuando lo que se retira son las pretensiones de la demanda en su totalidad, ya que cuando se desiste de un recurso o incidente para nada afecta el curso normal del proceso que sigue hasta proferir sentencia, en cambio, como terminación del proceso implica renuncia integral a las pretensiones de la demanda y tiene la virtualidad de extinguir el proceso y el derecho, puesto que su aceptación tiene los mismos efectos de una sentencia absolutoria.

El artículo 342 del C. de P.C. prevé que el desistimiento implica la renuncia a todas las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada. El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia.

La norma que se deja expuesta permite destacar las siguientes características:

- **El demandante podrá desistir de la demanda mientras no se haya pronunciado la sentencia que ponga fin al proceso. Como se ve, el desistimiento podrá solicitarse aún durante el trámite de la segunda instancia, es unilateral, basta que lo presente la parte demandante, salvo taxativas excepciones legales.**
- *Es incondicional, salvo acuerdo entre las partes.*
- **Implica renuncia a todas las pretensiones de la demanda y por ende se extingue el derecho pretendido independientemente de que exista o no.**
- *El auto que lo admite tiene los mismos efectos que hubiera generado una sentencia absolutoria.*
- *Su aceptación produce todos los efectos de la cosa juzgada.*
- *Las partes podrán desistir de los recursos e incidentes que hayan interpuesto, pero no podrán desistir de las pruebas practicadas existe uniformidad de criterio en cuanto al alcance de la figura del desistimiento, de modo que este mecanismo no solo pone término al litigio existente, sino extingue el derecho pretendido, pues la decisión judicial que lo declara equivale a una sentencia absolutoria y tiene el valor de una providencia con efectos de cosa juzgada”.⁴*

Ahora bien, la aceptación del desistimiento de las pretensiones apareja la condena en costas para el solicitante, salvo que se presente alguno de los eventos previstos en el artículo 316 del C.G.P. frente a los cuales el juez podrá abstenerse de condenar en costas y perjuicios, veamos:

“ARTÍCULO 316. DESISTIMIENTO DE CIERTOS ACTOS PROCESALES. (...)

El auto que acepte un desistimiento condenará en costas a quien desistió, lo mismo que a perjuicios por el levantamiento de las medidas cautelares practicadas.

No obstante, el juez podrá abstenerse de condenar en costas y perjuicios en los siguientes casos:

1. Cuando las partes así lo convengan.
2. Cuando se trate del desistimiento de un recurso ante el juez que lo haya concedido.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad.05001-23-31-000-2003-02753-01(AP). C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

3. Cuando se desista de los efectos de la sentencia favorable ejecutoriada y no estén vigentes medidas cautelares.

4. Cuando el demandado no se oponga al desistimiento de las pretensiones que de forma condicionada presente el demandante respecto de no ser condenado en costas y perjuicios. De la solicitud del demandante se correrá traslado al demandado por tres (3) días y, en caso de oposición, el juez se abstendrá de aceptar el desistimiento así solicitado. Si no hay oposición, el juez decretará el desistimiento sin condena en costas y expensas.”

En ese sentido, pasa la Sala a estudiar si es procedente aceptar el desistimiento de las pretensiones dentro del presente asunto.

2.3 Caso concreto

Observa la Sala que en el presente asunto no se ha dictado sentencia que ponga fin al proceso, y que la solicitud de desistimiento se presentó por la demandante, señora SOBEIDA ROMERO PENNA, su apoderado el cual se encuentra facultado para desistir de la demanda conforme al poder especial que le fue conferido (fl. 1308 C5), y aunado a ello, fue coadyuvada por la parte demandada, señor ANDRÉS PEREA MEJÍA y su apoderado (fl. 1357 y 1358 C5).

Ahora bien, la agente del Ministerio Público manifestó su oposición al desistimiento de las pretensiones presentado por la parte demandante, ante el evidente interés superior que contiene el asunto, el cual prevalece sobre el interés particular de las partes, pues la irregularidad en el proceso de convocatoria y en el acto de designación fue tan evidente que mereció la suspensión provisional del acto enjuiciado; frente a esta oposición es pertinente aclarar que si bien es cierto, inicialmente la demanda se instauró como Nulidad Electoral y por tanto, no podría ser objeto de desistimiento según lo dispuesto en el artículo 280 del CPACA, sin embargo, el Consejo de Estado como superior funcional de este Tribunal, resolvió en providencia del 17 de agosto de 2017⁵, que el presente asunto contenía implícitamente un restablecimiento del derecho automático a favor de la demandante lo que generaba que el medio de control adecuado era el de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, acción susceptible de desistimiento.

Si bien dentro del presente caso no se realizó un saneamiento del proceso en relación a las pretensiones de la demanda en virtud del cambio de medio de

⁵ Vista a folios 1242 a 1247 del Cuaderno No. 5 del Consejo de Estado

control y se continuó el proceso únicamente con la pretensión de nulidad inicialmente incoada, por cuanto, se consideró innecesario conforme a la voluntad de la demandante, ello no significa que se omitiera el mandato del Consejo de Estado de tramitar el proceso bajo la cuerda procesal de la Nulidad y Restablecimiento del Derecho, toda vez que, ante su consideración de que podría existir un restablecimiento del derecho, desde la fijación del litigio realizada en audiencia inicial se estableció, lo siguiente:

“4.4 Problema Jurídico

En ese orden de ideas, **la fijación del litigio** se contrae en determinar si el Decreto No. 1000-21/37 del 08 de febrero de 2017 *“por la cual se realiza designación del curador urbano segundo del Municipio de Villavicencio por un periodo de cinco (5) años y se dictan otras disposiciones”*, se encuentra viciado de nulidad por haberse expedido con infracción a las normas en que debían fundarse, en forma irregular y con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

Definido lo anterior, teniendo en cuenta lo decidido por el Consejo de Estado, en relación al cambio de medio de control, el Despacho verificará la procedencia del restablecimiento del derecho automático a qué haya lugar.”

En ese orden, si bien lo expuesto por la Procuradora Delegada ante esta Corporación, resulta ser un argumento válido, en tanto que, al momento de decretar la medida cautelar se evidenciaron irregularidades en el proceso de selección del Curador Urbano Segundo del Municipio de Villavicencio, este Tribunal no puede pasar por alto lo ordenado por el Consejo de Estado, esto es, que el medio de control procedente es el de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, lo que conlleva a que el proceso sea susceptible de desistimiento de pretensiones y bajo sus postulados debe surtirse el proceso, sin que ello signifique que el presente asunto quedaría en caso de aceptarse el desistimiento sin control judicial, en tanto que, en el Despacho de la Magistrada Teresa Herrera Andrade cursa un proceso de similares condiciones al que aquí se debate⁶, razón por la cual, el interés superior que pretende proteger el Ministerio Público no se vería afectado por la aceptación del desistimiento en el asunto sub examine.

Por lo anterior, como quiera que la solicitud de desistimiento de la demanda es procedente y fue interpuesta dentro del término legal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 314 ibídem, se aceptará el desistimiento de las

⁶ Proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho radicado No. 50001-23-33-000-2017-00329-00.

pretensiones presentadas por la parte demandante.

2.4 Condena en Costas

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Consejero Ponente GUILLERMO VARGAS AYALA, en sentencia del 17 de octubre de 2013, radicado 15001 2333 000 2012 00282 01, señaló:

“No obstante, debe la Sala advertir que así como en vigencia del C.C.A. ésta Corporación venía sosteniendo que la decisión de condenar en costas no era una consecuencia automática del desistimiento, esa misma valoración debe hacerse cuando se trate de decretarlo con base en las normas del C.P.A.C.A., ya no acudiendo a la interpretación armónica de los artículos 171 del C.C.A. y del numeral 9 del artículo 392 del C. de P.C.1, pues es claro que tales disposiciones se refieren a la condena en costas declarada en la sentencia, hipótesis que no se compagina en manera alguna con la figura del desistimiento.

El criterio de aplicación de las normas sobre condena en costas en desistimiento de la demanda, debe atender al carácter del conflicto suscitado en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues tal y como lo planteó el recurrente, la filosofía de esta figura en el derecho civil es diferente a la ventilada en asuntos como el de la referencia por el carácter público de una de las parte en conflicto, que entre otras cosas, ha justificado en Colombia la existencia de una jurisdicción especializada e independiente de la ordinaria.

En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia, su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso”.

El artículo 316 CGP prevé que se debe condenar en costas a quien desistió, sin embargo, el juez se puede abstener de condenar en costas y perjuicios en caso de que i) las partes así lo convengan, ii) se trate del desistimiento de un recurso ante el juez que lo haya concedido, iii) cuando se desista de los efectos de la sentencia favorable ejecutoriada y no estén vigentes medidas cautelares y iv) cuando el demandado no se oponga al desistimiento de las pretensiones.

En el presente caso, al momento de coadyuvar el demandado Andrés Pereá Mejía el desistimiento de las pretensiones de la demanda, también solicitó que no se condenara en costas procesales a la demandante, razón por la cual, se procedió

a correr traslado a la parte demandada de la solicitud de desistimiento y de la no condena en costas a la demandante, en especial al Municipio de Villavicencio, quien procedió a manifestar que no se oponía a la no condena en costas por el desistimiento de las pretensiones (fl. 1565 C5); en similares condiciones se pronunció el señor Andrés Perea Mejía (fl. 1564 C5).

No obstante, la Agente del Ministerio Público manifestó que el apoderado del Municipio de Villavicencio no tenía facultad expresa para aceptar en nombre de la entidad pública el desistimiento de la condena en costas, en tanto que, dicha facultad debe estar expresamente contenida en el poder, al tenor de lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 77 del CGP, sin embargo, revisado el poder otorgado por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Municipio de Villavicencio al abogado Carlos Eduardo Borrero, visible a folio 1283 del C5, se observa que se le confirió la facultad de renunciar, situación que podría entenderse aplicable a este caso, aunque en todo caso vale la pena resaltar que en este asunto la parte demandada Municipio de Villavicencio no está renunciado y/o desistiendo expresamente de la condena en costas, toda vez que, la manifestación que efectuó fue la de no oponerse a ello, quedando entonces al arbitrio del Juez la decisión de condenar o no a la demandante.

En ese orden de ideas, si bien es cierto dentro del presente asunto ya se surtieron todas las etapas el proceso contencioso y se encontraba a la espera de proferirse sentencia, lo que permite concluir que no se ha procurado evitar un desgaste de la administración de justicia, es claro que no existe oposición de la parte demandada sobre la no condena en costas por el desistimiento de las pretensiones, razón suficiente para abstenerse esta Sala de condenar en costas a la parte demandante.

2.4 De los perjuicios por el levantamiento de la medida cautelar

Dentro del presente asunto, el 10 de mayo de 2017 la Sala Tercera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo del Meta, resolvió decretar la medida cautelar, ordenando la suspensión provisional de los efectos del Decreto 1000-21/37 del 08 de febrero de 2017, por medio del cual la Alcaldesa (E) de Villavicencio realizó la designación del señor ANDRÉS PEREA MEJÍA como Curador Segundo de la ciudad de Villavicencio por un periodo individual de cinco años a partir de la fecha de posesión.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que se aceptará el desistimiento de las pretensiones presentado por la parte demandante y como consecuencia se

dará por terminado el proceso, lo correspondiente es ordenar el levantamiento de la medida cautelar decretada, lo que conlleva a verificar si hay lugar a condenar a la parte demandante por los perjuicios en virtud del levantamiento de la medida cautelar.

Para la Sala no hay lugar a la condena por perjuicios a la demandante por el levantamiento de la medida cautelar, en tanto que, la misma consistió en la suspensión provisional del acto acusado, sobre la cual precisamente no se requiere prestar caución para garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar, en tanto que, resulta ser la medida cautelar por antonomasia en lo contencioso administrativo, en tratándose de demandas en las que se discute la legalidad de actos administrativos.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Meta,

RESUELVE:

PRIMERO: ACEPTAR el desistimiento de la demanda, presentada por la demandante SOBEIDA ROMERO PENNA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, dar por terminado el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por SOBEIDA ROMERO PENNA en contra del MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO y el señor ANDRÉS PEREA MEJÍA.

TERCERO: Ordenar el levantamiento de la medida cautelar decretada el 10 de mayo de 2017, relacionada con la suspensión provisional de los efectos del Decreto No. 1000-21/37 del 08 de febrero de 2017.

CUARTO: ABSTENERSE de condenar a la demandante en costas dentro del presente asunto.

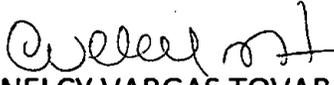
QUINTO: No condenar a la parte demandante por perjuicios en virtud del levantamiento de la medida cautelar decretada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Por Secretaria, oficiar al Alcalde del Municipio de Villavicencio la presente decisión relacionada con el levantamiento de la medida cautelar decretada el 10 de mayo de 2017.

SÉPTIMO: En firme la presente decisión, archívense las diligencias, previas las anotaciones en el Sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Discutida y aprobada en Sala de Decisión No. 5 de la fecha, según consta en Acta No. 031.


NELCY VARGAS TOVAR
Magistrada


CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ
Magistrada
Salva Voto


TERESA HERRERA ANDRADE
Magistrada
Aclara Voto

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META.

Villavicencio, mayo treinta y uno (31) de dos mil diecinueve (2019).

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: SOBEIDA ROMERO PENNA
DEMANDADO: MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO y OTRO.
EXPEDIENTE: 50001-23-33-000-2017-00162-00
PONENTE: Dra. NELCY VARGAS TOVAR.

ACLARACIÓN DE VOTO

Comparto la decisión de **ACEPTAR** la solicitud de **DESISTIMIENTO DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA** formulada por la actora, señora **SOBEIDA ROMERO PENNA** en coadyuvancia con los demandados, porque quien tiene la facultad de desistir o modificar las pretensiones de la demanda es el accionante y el Juez bajo ningún parámetro puede realizar modificación alguna al respecto.

Así lo ha explicado el Alto Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

(...)

Aquí es preciso recordar que la Jurisprudencia de la Sección Tercera tienen sentando "que, en esta materia, el juez no tiene la posibilidad de modificar las pretensiones del demandante; además, cuando el juicio se limita a lo expresado en la demanda, no es posible que se realice un control abstracto de legalidad. Así lo ha sostenido esta Corporación:

"Debe recordarse, igualmente, que el juez administrativo no tiene competencia para realizar un control general de legalidad. Está limitado por la demanda que constituye el marco de litis por manera que no puede analizar un acto que no se acusa. (...)

(...)

Por esta razón, la Sala revocará la sentencia apelada y en su lugar, declarará oficiosamente la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, porque además en este evento, el juez no tiene la posibilidad de modificar las pretensiones del demandante(...)¹

En el caso concreto, la señora **SOBEIDA ROMERO PENNA** al plasmar los hechos de la demanda pone en conocimiento que de los tres concursantes a **CURADOR URBANO SEGUNDO** de **VILLAVICENCIO**, ella era la única candidata que reunía los requisitos para participar en la convocatoria, los otros candidatos no deberían ser admitidos, por lo que considera que es la que tiene la capacidad legal de ser designada para el cargo de **CURADOR URBANO SEGUNDO** de **VILLAVICENCIO**, por ello solicita la declaratoria de nulidad del Decreto No. 1000-21/37 del 8 de febrero de 2017 "por medio del cual se realiza la designación del **CURADOR URBANO SEGUNDO** del **MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO**", cuya intención es que saliendo del mundo jurídico dicho acto administrativo, automáticamente ella debe ser la designada para ocupar el cargo, siendo claro para la suscrita que esta pretensión incorpora un restablecimiento automático del derecho y no comporta un control

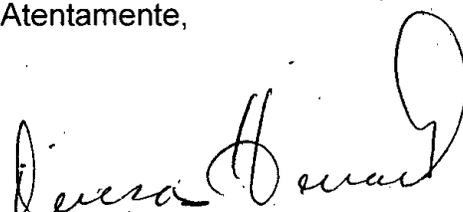
¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De De La Hoz. Auto del 9 de abril de 2015. Radicación No. 25000-23-26-000-2000-01954-01 (28201).

abstracto de legalidad como lo refiere la Delegada del **MINISTERIO PÚBLICO**, aunado a que la misma es inmodificable por parte de este Juez colegiado y hace parte del derecho de acción que es subjetivo de la demandante que reclama la satisfacción de un derecho implícito.

No comparto la oposición de la Delegada del **MINISTERIO PÚBLICO** en su concepto No. 010 del 19 de marzo de 2019 (fls. 1600-1605), al considerar que el presente asunto es de interés general, porque desconoce la teoría de los fines y móviles, cuando de las pretensiones de la demanda se desprende un restablecimiento automático del derecho, como ocurre en este asunto, e insisto, le está vedado al Juez modificar a su arbitrio, las pretensiones de la demanda, que son las concretan el límite dentro del cual el Juez debe emitir su sentencia, como lo señala el **H. CONSEJO DE ESTADO**² al analizar el petitum demandatorio.

Visto lo anterior, respetuosamente presento mi **ACLARACIÓN DE VOTO**.

Atentamente,



TERESA HERRERA ANDRADE
Magistrada

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Consejero Ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio. Auto del 17 de agosto de 2017. Radicación No. 50001-23-33-000-2017-00162-01



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

SALVAMENTO DE VOTO

RADICACION: 50 001 23 33 000 2017 00162 00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
(ANTES NULIDAD ELECTORAL)
DEMANDANTE: SOBEIDA ROMERO PENNA
DEMANDADO: MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO - ANDRÉS PEREA
MEJÍA
PROVIDENCIA: APROBADA EN SALA DE DECISIÓN ORAL No. 5 DEL 30
DE MAYO DE 2019
M. PONENTE: DRA. NELCY VARGAS TOVAR

Con el debido respeto me aparto de la decisión mayoritaria de la sala al DAR POR TERMINADO EL PROCESO como consecuencia del DESISTIMIENTO DE LAS PRETENSIONES elevado por la demandante en el presente asunto, y en su lugar considero que ha debido continuarse el mismo para definir en sentencia las pretensiones de NULIDAD SIMPLE que no son desistibles¹, por las siguientes razones:

1. Lo primero que debo resaltar en el asunto sometido al conocimiento de esta sala, es que inició como medio de control de **nulidad electoral** en el que se cuestionó la legalidad del acto administrativo que designó al señor ANDRÉS PEREA MEJÍA como Curador Urbano Segundo, decisión definitiva correspondiente al proceso de selección convocado por la Secretaría de Control Físico del Municipio de Villavicencio.

Dentro de los reproches contra dicho acto que fueron invocados en la demanda, se encontraban razones atinentes a: (i) aspectos meramente formales, como el supuesto incumplimiento de las condiciones de modo fijadas en las bases del concurso, por haber sido presentada la propuesta del finalmente designado en un solo ejemplar y no en dos como aquellas lo exigían, o porque allegó certificaciones de su grupo interdisciplinario que no estaban acordes con los requisitos de la convocatoria; (ii) a la mejor opción de los aspirantes en cabeza de la demandante, por considerarse que tenía más requisitos adicionales a los mínimos para quedar en el primer puesto de la convocatoria; y (iii) a irregularidades en las bases mismas de la convocatoria o reglas del concurso de méritos.

¹ Según abundante jurisprudencia en el sentido que las acciones públicas no son desistibles por encontrarse en juego la protección del ordenamiento jurídico, que resulta ser de interés general de la comunidad y no del fuero particular de una persona. Ver entre otros pronunciamientos los siguientes: - CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Auto del 11 de abril de 2019. C. P. Oswaldo Giraldo López. Rad. 11001-03-24-000-2006-00019-00; - Auto del 17 de mayo de 2019. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Rad. 11001-03-24-000-2016-00009-00; - Sección Segunda. Auto del 26 de abril de 2018. C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad. 11001 03 25 000 2015 00277 00.

Como consecuencia de la comprobación del último de los cuestionamientos mencionados, esto es la afectación del acto particular demandado ante la evidente violación de normas en que debía fundarse la convocatoria del proceso de selección aludido, este tribunal en sala de decisión del 10 de mayo de 2017 suspendió provisionalmente el acto atacado.

Ello porque **se advirtió que el municipio realizó una adenda al concurso otorgando puntaje a la experiencia mínima requerida para el cargo (10 años), contrariando la reglamentación nacional sobre el concurso de méritos, lo que conllevó que el demandado ANDRÉS PEREA MEJÍA, único incluido en la lista de elegibles, alcanzara el puntaje señalado en la norma superior para hacer parte de dicha lista (700 puntos), actuación municipal sin la cual éste finalmente no hubiese podido ser designado en el cargo.**

Se dijo en esa oportunidad por esta corporación que:

"Ahora bien, el demandante también señala que se ha vulnerado el artículo 87 del Decreto 1469 de 2010, compilado en el artículo 2.2.6.6.3.7 del Decreto único 1077 de 2015, en cuanto a los criterios que deben tener en cuenta los municipios para la asignación de puntaje a los aspirantes en los concursos de méritos que se adelantes para seleccionar curadores urbanos. En tal norma, se estableció que la experiencia laboral que exceda de diez años en cargos relacionados o en el ejercicio profesional independiente en áreas de arquitectura, ingeniería civil o en actividades relacionadas con el desarrollo o la planificación urbana, incluido el ejercicio de la curaduría urbana (que es la experiencia laboral mínima que debe acreditarse para concursar conforme al numeral 4 del artículo 83 del Decreto 1049 de 2010), dará derecho a veinte puntos por cada año de servicio o proporcional por fracción de este. No obstante, en el Concurso de Méritos No. 01 para la Selección de Curador Urbano Segundo de Villavicencio, en virtud de la Adenda No. 1 adoptada por el Secretario de Control Físico de la Alcaldía Municipal de Villavicencio², se señaló que se otorgarían veinte puntos básicos por cada uno de los diez años de experiencia profesional mínima necesarios para participar en el concurso, y veinte puntos más por cada año de servicio adicional, o proporcional pro fracción de este, que exceda de tal experiencia mínima.

Respecto de esta censura tenemos que, de la simple confrontación del acto que rigió el concurso y la norma invocada, surge con claridad que las reglas establecidas en la convocatoria no se avienen a los requisitos establecidos en la norma de superior jerarquía, sin que la autoridad administrativa ostentara facultades para variarlas, pues la norma que impone los requerimientos de experiencia y la asignación de puntaje por experiencia profesional es de carácter imperativo, y no dispositivo, de suerte que no era dable modificar los parámetros de calificación del concurso que fueron establecidos por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria. En efecto, el artículo 2.2.6.6.3.1 parágrafo 1 del Decreto 1077 de 2015 establece que a los alcaldes o sus delegados les corresponde mediante convocatoria pública, determinar la forma de acreditar los requisitos, pero la determinación de cuáles son tales requisitos viene dispuesta en el Decreto.

Así, la experiencia mínima para participar en el concurso debió ser de 10 años, sobre los cuales no habría de otorgarse puntaje, y por cada año de experiencia que excediera de ese tiempo, se concederían 20 puntos, y proporcional por

² Visible a folios 94 a 96, C1.

fracción de año adicional.

Ante esta situación, necesario se torna para la Sala evaluar la incidencia en la adopción del Decreto 1000-21/37 de 8 de febrero de 2017 de la Alcaldesa (E) de Villavicencio, pues de la relevancia de la mentada situación contraria al Decreto Reglamentario, en la designación acusada, dependerá la justificación para decidir sobre la medida de suspensión provisional.

El acto en sus consideraciones establece que la designación de ANDRÉS PEREA MEJÍA como Curador Urbano Segundo obedece a su condición de elegible para el cargo, conforme a la Resolución 1400-56.2/04 del 30 de enero de 2017, la que a su vez deviene de los resultados del concurso de méritos señalados en las Resoluciones 1400-56.2/306 de 21 de diciembre de 2016 y 1400-56.2/002 de 18 de enero de 2017, ésta última en la cual **se asignan 265,8 puntos al entonces aspirante PEREA MEJÍA, por haber acreditado 13 años y 106 días de experiencia profesional** (folio 1346,C1).

En efecto, **se advierte que conforme a la norma que se invoca como violada, el concursante debía ser calificado asignándole puntaje exclusivamente por la experiencia que excediera los primeros 10 años del requisito mínimo, en este caso por 3 años y 106 días.**

Se evidencia además que el puntaje total obtenido por el concursante fue de 837,5441 y si a ello se le restasen los 200 puntos otorgados por el requisito mínimo de experiencia que no correspondían según la norma infringida, no alcanzaría los 700 puntos mínimos que se requieren para ser designado en el cargo, conforme establece el parágrafo 1 del artículo 87 del Decreto 1469 de 2010, compilado en el artículo 2.2.6.6.3.7 del Decreto 1077 de 2015, que señala:

"Parágrafo 1º. Para ser designado como curador urbano, el concursante deberá aprobar la prueba escrita y obtener un puntaje igual o superior a setecientos (700) puntos".

De lo anterior se concluye que la situación del señor ANDRÉS PEREA MEJÍA encuadra en tal limitante normativa para integrar la lista de elegibles y por tanto, no podría ser designado en el cargo, de lo cual fluye con claridad la relevancia de la contradicción que se encontró entre la Adenda expedida por el Secretario de Control Físico en el concurso cuestionado por la demandante,...situación que incide en la legitimidad de quien accedió al cargo... (Negrillas fuera del texto original).

2. El proceso continuó su curso normal, pues ninguna de las partes impugnó el decreto de la medida cautelar³, hasta la audiencia inicial, en la que se negó, entre otras, la excepción previa de ineptitud de la demanda por indebida escogencia de la acción presentada por el designado ANDRÉS PEREA MEJÍA, decisión que sí fue apelada y como consecuencia de la alzada, el Consejo de Estado fijándose únicamente en los reproches de la demanda atinentes a la mejor posición que en el concurso alegaba tener la señora SOBEIDA ROMERO PENNA al punto que estimó ser la única apta para desempeñarse en el cargo⁴, decidió que el asunto debía tramitarse por la cuerda de un proceso ordinario de única instancia, a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho sin cuantía, bajo el entendido que "podría darse" un restablecimiento automático del derecho por cuanto "ocupó el segundo lugar en la lista de elegibles al haber obtenido 735,41 puntos", ordenando a su vez que el a quo

³ A pesar que conforme a los artículos 236 y 243-2 del CPACA es una decisión susceptible del recurso de apelación, y para ese momento se trataba de un proceso electoral de primera instancia.

⁴ Punto (ii) del segundo párrafo del numeral anterior.

adoptara "las decisiones que en derecho correspondan, con el fin de que a la demanda se le dé el trámite que corresponde y, de esa manera, se garantice el derecho de acceso a la administración de justicia de la señora Sobeida Romero Penna", añadiendo que la magistrada ponente era "la llamada a adoptar las medidas de saneamiento que estime pertinentes con el fin de que pueda continuar el curso del proceso" (subrayas fuera del texto).

3. Contra esa decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado, la demandante presentó una Acción de Tutela por vulneración del derecho al debido proceso, acceso a la administración de justicia y a **ejercer el control del poder político interponiendo acciones públicas en defensa del ordenamiento jurídico**, que si bien no reposa en el expediente, las decisiones proferidas en virtud de este trámite constitucional sí fueron invocadas tanto por la magistrada ponente en auto del 16 de mayo de 2018, como por uno de los apoderados del extremo pasivo en audiencia del 22 de agosto de 2018 (min. 01:11:05), decisiones constitucionales que además son consultables en la página web del Consejo de Estado (opción "consulta de procesos"), bajo el radicado 110010315000201700228300, cuyo fallo en primera instancia se produjo el 21 de octubre de 2017 por la Sección Primera, y el de segunda instancia con el mismo radicado pero terminado en 01, con fallo del 26 de febrero de 2018 dictado por la Subsección B de la Sección Segunda de la misma alta corporación⁵.

Estos pronunciamientos, a juicio de la suscrita constituyen una parte fundamental en el trámite de este asunto, porque precisamente dentro de las razones que dieron lugar a la acción constitucional se expuso que con la demanda electoral **la parte actora solo busca la defensa del orden jurídico** y por ello acudió al ejercicio del control del poder político interponiendo la acción pertinente y en la providencia atacada por vía de tutela, la Sección Quinta impuso su propio criterio y *"adoptó una decisión que implica la terminación del medio de control, con fundamento en razones distintas a los motivos de la apelación"*, sin siquiera exponer *"porqué la nulidad electoral puede implicar un restablecimiento automático del derecho de la demandante"*.

Por su parte, la magistrada ponente al intervenir en este trámite advirtió que *"de prosperar la nulidad electoral **no existiría un restablecimiento automático del derecho** porque la decisión a adoptar sería anular la designación del señor Perea Mejía y, al haberse agotado la lista de elegibles, no*

⁵ Los cuales se anexan al presente salvamento de voto.

procedería la designación instantánea de la accionante porque (sic) no hacer parte del orden de elegibilidad".

Pues bien, la respuesta a estos planteamientos, tanto en primera como en segunda instancia, fue en sentido de declarar improcedente la tutela, pero no porque se hubiese analizado que la decisión de la Sección Quinta estuviese ajustada al orden constitucional, pues el fondo de la cuestión no fue abordado, sino porque se consideró que la ausencia del requisito de subsidiariedad hacía improcedente la intervención del juez constitucional, de hecho la tutela no fue negada sino que fue DECLARADA IMPROCEDENTE, precisamente porque en este caso **"es el juez ordinario quien debe corregir las irregularidades que llegaren a presentarse en el curso del proceso, de manera oficiosa o a solicitud de parte, a efecto de dictar una sentencia que materialice el derecho a la tutela judicial efectiva y sea el resultado de una actuación conforme a las garantías procesales"**, agregándose más adelante que **"Existe entonces un sistema de controles al interior del proceso judicial que hacen de éste el contexto principal para advertir y enmendar, cuando a ello hubiere lugar, las irregularidades o afectaciones del debido proceso"**.

De tal manera que, al encontrarse en curso el proceso, la acción de tutela devenía en improcedente, pues las correcciones de las irregularidades invocadas como sustento del amparo constitucional e incluso lo mencionado por la magistrada ponente, debían adoptarse por el juez de conocimiento al interior del mismo proceso, indicándose además que el propio "Consejo de Estado ha considerado viable hacer la adecuación del medio de control, incluso en la sentencia"⁶.

Impugnada esta decisión por la accionante, en segunda instancia se confirmó, en esencia por las mismas razones.

4. Bajo ese contexto, es decir, habiéndose declarado improcedente la tutela contra la providencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado que ordenó tramitar el asunto a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pero porque al interior de éste es donde debían debatirse los cuestionamientos que dieron origen a la solicitud de amparo constitucional, es que debe entenderse las razones por las cuales en auto de obediencia y

⁶ Ver cita 22 del fallo de primera instancia, adiado el 27 de octubre de 2017. Rad. 1001031500020170228300. C. P. Roberto Augusto Serrato Cortés

cumplimiento a lo dispuesto por el superior, dictado el 16 de mayo de 2018, con posterioridad a los fallos de tutela, la magistrada ponente indicó claramente que *"es evidente que la demandante no pretende un restablecimiento del derecho, por tanto mal haría este operador judicial en adoptar alguna medida tendiente a la adecuación de las pretensiones de la demanda, toda vez que, se reitera **la voluntad de la demandante gira en torno a la guarda del ordenamiento jurídico exclusivamente**, debiendo ser respetuoso este operador judicial de garantizar el efectivo acceso a la administración de justicia",* y más adelante se agregó *"...el fundamento fáctico y jurídico que soporta la acción genérica de nulidad; tratándose de la calidad electoral o la de nulidad y restablecimiento del derecho, es el mismo, no se modifica por el hecho de que la acción que se determinó como procedente hubiese sido la de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, pues en verdad lo único que se modifica es que ahora al haber adecuado la acción...lo que genera es el estudio del eventual restablecimiento del derecho que el Consejo de Estado dedujo de los hechos de la demanda, es decir que **la pretensión principal es la misma en uno y otro caso**"* (resaltado no es del texto original).

Estas afirmaciones no fueron cuestionadas oportunamente por ninguna de las partes en el proceso, lo que podía controvertirse a través del recurso pertinente, incluso aunque no estuviera en la parte resolutive del auto, pues las providencias deben ser entendidas conjuntamente sus consideraciones con su parte resolutive, y es deber de las partes cuando observen alguna incongruencia, omisión, irregularidad, etc., buscar que se reponga, se revoque, se corrija, aclare o complemente, según sea el caso, y a través del instrumento procesal pertinente, y no desconocer su contenido bajo el pretexto formal de no encontrarse en "el RESUELVE".

Siendo tan claro el propósito de la actora y habiéndose indicado expresamente por el juez constitucional que cualquier irregularidad debía corregirse en el proceso porque estaba en trámite, para la suscrita debió entenderse desde ese momento que la medida de saneamiento más acorde con la situación presentada a raíz de la decisión de la Sección Quinta, era dar aplicación al artículo 165 del C.P.A.C.A. interpretando que se presentaba acumulación de pretensiones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como lo permite la norma, es decir, acumulación de los medios de control previstos en los artículos 137 y 138 ibídem, lo que resulta viable en este asunto, aunque el acto demandado sea de contenido particular, porque nos encontramos ante la excepción prevista en el numeral 3º del artículo 137 mencionado, que permite

SALVAMENTO DE VOTO
 Providencia del 30 de mayo de 2019
 M.P. NELCY VARGAS TOVAR
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Rad. 500012333000 2017 00162 01
 Dte: Sobeida Romero Penna
 Ddo: Municipio de Villavicencio – Andrés Perea Mejía
 (Curador Urbano Segundo de Villavicencio)

el enjuiciamiento de un acto particular a través de lo que antaño se conoció como el control objetivo de legalidad, "*cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico*", lo que se comparte plenamente con las intervenciones del ministerio público en este asunto.

5. Tal forma de sanear el asunto, a juicio de la suscrita era la única que permitía compatibilizar en mayor medida (i) el pronunciamiento de la Sección Quinta del Consejo de Estado, que se reitera se hizo sobre la base del supuesto mejor puesto que ocuparía la demandante y que "*podría*" representarle un presunto restablecimiento automático del derecho a ocupar el cargo; con (ii) la defensa en abstracto del orden jurídico, de lo que se dolió la misma actora en el marco de la tutela contra aquella providencia judicial y que, repito, el juez constitucional dijo que debía analizarse y corregirse, de ser el caso, al interior del proceso, abriendo paso con esta afirmación a la posibilidad de adoptar las medidas correctivas pertinentes por parte de esta instancia, pues de lo contrario, es decir, si este tribunal no pudiese abordar el tema so pretexto de incurrir en desconocimiento de la providencia ejecutoriada del superior objeto de la tutela, pues sencillamente el juez constitucional habría abordado el tema de fondo, toda vez que no existiría posibilidad alguna de saneamiento al interior del proceso porque el Consejo de Estado ya se había pronunciado dejando además el trámite sin recursos de apelación al decir que se trataba de un asunto sin cuantía y de competencia del tribunal en única instancia.

Y es que a pesar del pronunciamiento de la Sección Quinta, cuya conveniencia a la postre resultó más para el demandado que para los intereses objetivos que en aquel momento acompañaban con vehemencia a la demandante, lo que hoy queda manifiesto, no puede olvidarse que fue sustentado en apenas uno de los aspectos motivo de reproche de la demanda⁷, pues nada se analizó allí frente a los otros temas objeto de cuestionamiento de la designación del señor PEREA MEJÍA, como el evidenciado por este mismo tribunal en el auto que decretó la medida cautelar, en el que se expuso la infracción palmaria del orden jurídico en abstracto y que constituye la esencia del medio de control de nulidad simple o protección del orden jurídico en abstracto, cuyo desconocimiento invocó la accionante en la tutela contra aquella decisión.

Y se entiende que el superior no haya abordado esos otros cargos contra el acto demandado, porque en el momento procesal inicial en que se encontraba el

⁷ El ítem (ii) de los descritos en el segundo párrafo del numeral 1 de este Salvamento de Voto

trámite era innecesario. De todas formas, por no haber sido analizado de manera expresa por el superior, desde este punto de vista también quedaba autorizada la intervención del tribunal para corregir la situación, pues al tratarse de un aspecto no avizorado por el *ad quem* le era posible decidirlo en nuestra instancia.

Sin embargo, ello no ocurrió expresamente, pues aunque la entonces magistrada ponente tuvo clara la finalidad persistente de la demandante, hizo caso omiso al contenido de los fallos de tutela, lo que sin duda habilitaría hoy a la sala para tomar las medidas de saneamiento aquí propuestas.

6. Así las cosas, aunque la discusión sobre el presunto restablecimiento automático del derecho de la demandante, era uno de los temas objeto del litigio, tal como quedó plasmado con la aquiescencia de las partes en la culminación de la audiencia inicial el 29 de octubre de 2019⁸, no era el único, y resulta que dentro de la pretensión principal se encontraba el aspecto trascendental que sustentaba la defensa del orden jurídico en abstracto, cuestión ésta que no podía entenderse incluida en la decisión sobre la pretensión anulatoria propia de la nulidad y restablecimiento del derecho, no solo porque el enfoque es distinto, sino por los efectos disímiles que uno y otro medio de control tiene, de cara a la figura del desistimiento de las pretensiones, como hoy lo vemos en este proceso.

Si en gracia de discusión, se considerara como al parecer se entendió en el auto del 16 de mayo de 2018, que en el análisis de las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho se encuentra inmersa la protección del orden jurídico en abstracto porque la pretensión principal es la misma, esto es, la nulidad de un mismo acto administrativo, habría que preguntarse entonces qué sentido tendría que el legislador haya permitido en el artículo 165 de la Ley 1437 de 2011, la acumulación de los dos medios de control, a saber: nulidad por un lado, y nulidad y restablecimiento del derecho por el otro.

Ahora bien, de ese mismo razonamiento se desprende que no existe ningún obstáculo legal para que en una misma persona confluyan intereses objetivos, abstractos, de protección del orden jurídico en defensa del interés general, así

⁸ Que a juicio de la suscrita debió haber terminado con fallo bajo el imperativo expresamente previsto en el inciso final del artículo 179 del CPACA, según el cual cuando se trate de asuntos en los que no fuere necesario practicar pruebas, debe dictarse sentencia dentro de la audiencia, máxime si se tiene en cuenta que no se explicó con suficiencia las razones por las cuales a pesar de haber prescindido de la segunda audiencia porque no habían pruebas por practicar (art. 181), se dispuso la aplicación del inciso final de la norma que reglamenta precisamente esa segunda audiencia que nunca se llevó a cabo.

como sus propios intereses subjetivos, pues entender lo contrario, sería vaciar la finalidad prevista en la citada disposición que se reitera permite en una misma demanda la acumulación de pretensiones propias de dos medios de control con finalidades distintas y efectos también diferentes.

Esta intelección impediría que se presenten casos como el que hoy enfrenta esta corporación, en los que se desiste de las pretensiones luego de haberse puesto en movimiento el aparato judicial en defensa del orden jurídico, cuya manifiesta infracción ya fue evidenciada por el tribunal desde el mismo inicio del proceso, pues basta leer el auto que decretó la medida cautelar, que ni siquiera fue cuestionado por sus destinatarios tal vez ante la contundencia de los argumentos, para darse cuenta de la gravedad de la situación, toda vez que no se trata de una infracción cualquiera, postura que fue defendida insistentemente por la actora, quien contradictoriamente *ad portas* de proferirse la sentencia, cambia su interés, valiéndose de una situación que ella misma cuestionó ante el juez de tutela, y que no fue debidamente corregida a pesar de la salida indicada por dicho juez, en el sentido que debía decidirse al interior del proceso.

Ahora, con el comportamiento contradictorio de la accionante, se impone con mayor claridad el camino de saneamiento que ha debido adoptarse, para no dejar a merced de la voluntad de un particular, una situación que evidentemente y de manera grave afecta el orden jurídico, pues se trató de la modificación ilegal (contraria a la reglamentación pertinente) que permitió quedar como elegible para un cargo de curador urbano, a quien de no ser por esa decisión desde las propias bases del concurso, no habría alcanzado el puntaje mínimo (700) para ser incluido en la lista de elegibles, irregularidad ésta que por estar en la génesis misma del proceso de selección afecta todo el trámite administrativo, y por ende los efectos de la suspensión se extendió a todos los aspirantes, incluida la propia demandante.

A juicio de la suscrita, existiendo las herramientas procesales adecuadas como la aquí planteada, con respaldo, insisto, en que el juez constitucional con su pronunciamiento habilitó al tribunal para tomar las medidas de saneamiento necesarias, no era posible mantener una postura judicial expectante frente a la gravedad de los hechos puestos en conocimiento con la demanda, y dejar en manos de un particular que si bien en principio defendió a ultranza el orden jurídico, por razones hasta ahora desconocidas en el proceso, decidió ajustarse luego a sus intereses particulares, y se dice esto porque como al inicio de este

SALVAMENTO DE VOTO
Providencia del 30 de mayo de 2019
M.P. NELCY VARGAS TOVAR
Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. 500012333000 2017 00162 01
Dte: Sobeida Romero Penna
Ddo: Municipio de Villavicencio – Andrés Perea Mejía
(Curador Urbano Segundo de Villavicencio)

pronunciamiento se advirtió, solo son desistibles aquellos medios de control propios para la defensa de intereses particulares, pues los intereses generales que se buscan proteger con las acciones públicas no pueden verse afectados por la voluntariedad del demandante, como lo permitió la sala en este proceso, bajo una interpretación que si bien se acompaña con normas procesales, en mi criterio desconoce normas materiales de rango superior.

7. Aclarado lo anterior, resulta indispensable retomar el tema que permitió afirmar la procedencia del medio de control de nulidad para el presente caso, a pesar de estar cuestionado un acto particular.

Pues bien, ese acto particular demandado, se trata del resultado de un proceso de selección por méritos para escoger a uno de los dos únicos curadores urbanos que operan en el municipio de Villavicencio.

De tal suerte que, se encuentran involucrados temas de notable interés general de la comunidad perteneciente al municipio de Villavicencio, si se tiene en cuenta el contenido material de las funciones de los curadores urbanos, que se desprenden de la definición que legalmente consagra el artículo 101 de la Ley 388 de 1997, modificado por el artículo 9 de la Ley 810 de 2003, así:

"El curador urbano es un particular encargado de estudiar, tramitar y expedir licencias de parcelación, urbanismo, construcción o demolición, y para el loteo o subdivisión de predios, a petición del interesado en adelantar proyectos de parcelación, urbanización, edificación, demolición o de loteo o subdivisión de predios, en las zonas o áreas del municipio o distrito que la administración municipal o distrital le haya determinado como de su jurisdicción.

La curaduría urbana implica el ejercicio de una función pública para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el distrito o municipio, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y de construcción".

De allí que el desarrollo de la ciudad en temas de construcción se encuentra en manos de este particular que cumple funciones públicas, para cuyo propósito además está facultado para recibir expensas que surgen de la soberanía impositiva del Estado, es decir, aunque se trate de un particular, los dineros a él confiados son recursos públicos⁹, que por ende están sometidos tanto a la vigilancia y control, como al cumplimiento de los principios señalados constitucionalmente para el ejercicio de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política y la Ley 489 de 1998¹⁰.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1624 del 3 de marzo de 2005. C.P. Gustavo Aponte Santos.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1758 del 26 de agosto de 2006. C.P. Gustavo Aponte Santos

Por esta razón, la forma de escoger a los curadores urbanos no fue dejada por el legislador en términos de discrecionalidad de los alcaldes municipales, sino que exigió el adelantamiento previo de un concurso de méritos, frente a lo cual ha sido enfática en precisar la Corte Constitucional que *"las reglas y procedimientos que rigen el concurso, así como los requisitos exigidos para ser curador urbano **no pueden ser objeto de decisión arbitraria** por parte de los alcaldes municipales o distritales, pues **las pautas son únicas y deben aplicarse estrictamente, tal y como aparecen en la ley y en los decretos que la reglamenten o desarrollen sus postulados**"*¹¹. (resaltado fuera del texto).

Ello por cuanto *"el mérito es el criterio que, como regla general, debe presidir el nombramiento o designación de quienes van a desempeñar la función pública y, en concordancia con el artículo 125 de la Constitución, ha estimado que el concurso es el mecanismo adecuado para evaluar tanto los factores objetivos como los subjetivos, de modo que el resultado final determina la designación que ha de recaer en quien ocupe el primer lugar, a fin de **eliminar la discrecionalidad del nominador y de evitar que la decisión final acerca de quien va a ocupar un cargo se haga con base en criterios arbitrarios**"*¹² (resaltado no es de la Corte).

Por tanto, el estricto cumplimiento de las normas aplicables al concurso de méritos de un particular, a cuyo cargo se encuentran tan importantes funciones en el desarrollo urbanístico de una ciudad, es uno de los factores esenciales para cubrir con el manto de la legitimidad los actos que en ejercicio de tales funciones sean expedidos, encontrándose que los efectos jurídicos nocivos de un acto que termine por designar como curador urbano a una persona luego de participar en un proceso abiertamente violatorio de las normas que debían regir tal proceso de selección, llegan al punto de afectar gravemente el orden público, económico, social y hasta ecológico del correspondiente municipio, pues no puede desconocerse la importancia y trascendencia local del sector de la construcción, al que están íntimamente ligadas las funciones del curador, con incidencia directa y/o indirecta en esos campos (público, económico, social y ecológico) tan importantes para el desarrollo de una comunidad.

La importancia de tal función en un municipio ha quedado en evidencia en casos de público conocimiento a nivel nacional, como lo ocurrido en años recientes en

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-984 de 2010.

¹² Ob. Cit.

el sector de la construcción en Cartagena de Indias o Medellín, donde ha dejado manifiesto hasta dónde podría llegar a tener incidencia la labor de un curador urbano, de quien debe predicarse sin manto de duda su legitimidad, entre otros aspectos, cuestión esta que para el caso particular, luego del análisis efectuado en el auto que decretó la medida cautelar, quedó en palmaria certeza el incumplimiento ostensible de las normas que regulan el concurso, y su relación directa con la calidad de elegible que sustentó la designación del demandado como uno de los dos únicos curadores existentes en esta ciudad.

8. Todo lo anterior, me llevó a manifestar mi disenso de la postura mayoritaria de la sala de decisión, a la que propuse la aceptación del desistimiento de las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, pero continuar con el estudio de fondo de las pretensiones de nulidad en defensa del orden jurídico abstracto que tantas veces invocó la demandante en el curso del proceso, cuestión que si bien no fue avizorada en el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, proferido con posterioridad a los fallos de tutela presentados contra el auto de la Sección Quinta del Consejo de Estado, ello no era óbice para aplicar los correctivos en este momento en que se conformó la sala, máxime si como lo dijo el juez constitucional aquí citado, la alta corporación ha llegado incluso a tomar medidas de saneamiento en la misma sentencia.
9. Por último, debo agregar que tampoco comparto los argumentos expuestos en la providencia para no condenar en costas a la demandante, a pesar que en su concepto la agente del ministerio público relievó la ausencia de facultad del apoderado del municipio para disponer de una eventual condena en ese tema a favor del ente territorial.

Y no comparto tal postura de la sala porque previamente ha debido aclararse con la entidad pública su consentimiento expreso frente a la manifestación del apoderado, máxime si se tiene en cuenta que la autorización para "renunciar" contenida en el poder que le fuera otorgado al mandatario judicial, puede ser entendida como la de renunciar a dicho mandato y no la de renunciar a eventuales derechos económicos en favor de la entidad pública, que por ende harían parte del patrimonio público.

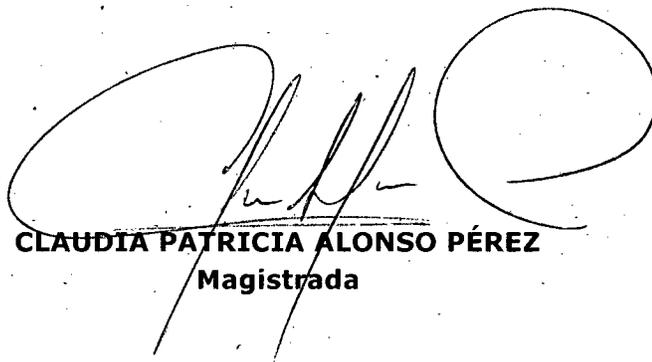
Además, no acompaño la insinuación según la cual la conducta de "*no oponerse al desistimiento de las pretensiones*" no requiere autorización expresa del municipio porque es distinta a la renuncia del derecho a obtener la condena en

SALVAMENTO DE VOTO
Providencia del 30 de mayo de 2019
M.P. NELCY VARGAS TOVAR
Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. 500012333000 2017 00162 01
Dte: Sobeida Romero Penna
Ddo: Municipio de Villavicencio – Andrés Perea Mejía
(Curador Urbano Segundo de Villavicencio)

1035

costas que le corresponderían a la parte, pues de la norma que regula el desistimiento de las pretensiones y específicamente las excepciones para la condena en costas, que es la consecuencia que por regla general se debe dar, se desprende claramente que la oposición o no al desistimiento condicionado tiene relación directa con la voluntad del demandado de renunciar a aquellos derechos; por ende debe existir certeza sobre la voluntad en ese sentido cuando está involucrada una entidad pública y por ende su patrimonio.

Con todo respeto, dejo así rendido mi Salvamento de Voto,



CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ
Magistrada

Villavicencio, 11 de junio de 2019

SALVAMENTO DE VOTO
Providencia del 30 de mayo de 2019
M.P. NELCY VARGAS TOVAR
Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. 500012333000 2017 00162 01
Dfe: Sobeida Romero Penna
Ddo: Municipio de Villavicencio – Andrés Perea Mejía
(Curador Urbano Segundo de Villavicencio)

1636



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejero Ponente: **ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 11001-03-15-000-2017-02283-00
Accionante: SOBEIDA ROMERO PENNA
Accionado: CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN QUINTA
Referencia: INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD CUANDO SE CUESTIONAN AUTOS DICTADOS EN UN PROCESO JUDICIAL EN TRÁMITE

La Sala decide la acción de tutela presentada por la señora **Sobeida Romero Penna**, mediante apoderado judicial, en contra de la **Sección Quinta del Consejo de Estado**, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a ejercer el control del poder político interponiendo acciones públicas en defensa del ordenamiento jurídico, con ocasión del auto de 17 de agosto de 2017, proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado, dentro del proceso de nulidad electoral Nro. 50001-23-33-000-2017-00162-01, promovido en contra del municipio de Villavicencio y del señor Andrés Perea Mejía.

I. LA SOLICITUD DE TUTELA

La señora **Sobeida Romero Penna** sostiene que la **Sección Quinta del Consejo de Estado** vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, con fundamento en los siguientes hechos:

1. Señala que, el 23 de marzo de 2017 presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Meta¹, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral previsto en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, en la cual solicitó acceder a las siguientes pretensiones:

***"PRIMERA:** Que mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada se declare la nulidad del Decreto No. 1000-21/37 del 8 de febrero de 2017 "POR LA (sic) CUAL SE REALIZA DESIGNACIÓN DEL CURADOR URBANO SEGUNDO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO POR UN PERIODO DE CINCO (5) AÑOS Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES", mediante el cual se nombró al señor ANDRÉS PEREA MEJÍA en el*

¹ Folio 744 del cuaderno 4 del expediente.

cargo de Curador Urbano 2º de Villavicencio, publicado el 9 de febrero de 2017 en el Boletín Oficial No. 015 de la entidad demandada.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene librar las comunicaciones del caso dando cuenta de la correspondiente decisión al Alcalde Municipal de Villavicencio, para todos los efectos a que haya lugar".

2. Manifiesta que en el escrito de demanda no formuló ninguna pretensión adicional de contenido particular ni reclamó un derecho subjetivo, en razón a que con su actuación solo busca la defensa del orden jurídico.
3. Sostiene que el 27 de marzo de 2017², el Tribunal Administrativo del Meta ordenó corregir la demanda, indicando con precisión las normas que estimaba violadas, desarrollar su concepto de violación e informar las pruebas que se pretendían hacer valer dentro del proceso, pero no hizo observación respecto del contenido de las pretensiones o sobre la clase de acción ejercida.
4. Argumenta que después de subsanada la demanda, el 10 de mayo de 2017³, la Magistrada ponente del Tribunal Administrativo del Meta la admitió y en la misma providencia decretó la suspensión provisional de los efectos del Decreto 1000-21/37 del 8 de febrero de 2017.
5. Indica que el Tribunal Administrativo del Meta, el 4 de julio de 2017, dio inicio a la audiencia inicial, en la cual negó las excepciones de falta de integración del litisconsorcio necesario y de inepta demanda por indebida escogencia de la acción, por lo que los demandados apelaron esa decisión.
6. Afirma que mediante providencia de 17 de agosto de 2017, la Sección Quinta del Consejo de Estado determinó que la demanda es inepta y debe dársele el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.
7. Arguye que esta decisión de la autoridad judicial accionada, constituye una vía de hecho, por defecto procedimental, que vulnera sus derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a ejercer el control del poder político interponiendo acciones públicas en defensa del ordenamiento jurídico, porque impone su propio criterio e implica la terminación del proceso de nulidad electoral **"por cuanto no puede existir la adecuación al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho porque sencillamente la demandante ya interpuso otra demanda de esta naturaleza de la cual conoce el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META, bajo el radicado 50001-23-33-000-2017-00329-00"**.

² Folios 747 a 740 del cuaderno 2 del expediente.

³ Folios 840 a 844 del cuaderno 3 del expediente.

1637

8. Considera que no es posible *“coartar el derecho fundamental de la demandante a ejercitar la acción pública de nulidad electoral, pues ello implica desconocer los artículos 29, 40 numeral 6 y 229 de la Carta”*.
9. Expone que el contenido de la demanda no permitía interpretar que el medio de control que pretende ejercer la señora Sobeida Romero Penna es el de nulidad, y restablecimiento del derecho y, por tanto, el medio de control escogido fue el inadecuado. Además, considera que la Sección Quinta del Consejo de Estado no expuso porqué la nulidad electoral puede implicar un restablecimiento automático del derecho de la demandante.
10. Agrega que el artículo 180 del CPACA no consagra la terminación del proceso de nulidad electoral por inepta demanda, como lo determinó la Sección Quinta del Consejo de Estado. Afirma que en este caso *“se debe acudir al criterio de la subsanación como se señaló al citar el numeral 2ª del artículo 101 y ello era lo que procedía en este caso ... pero la Sección Quinta se apartó abiertamente de ese remedio procesal, incurriendo en la vía de hecho achacada (sic)”*.
11. Sostiene que la autoridad judicial accionada adoptó una decisión que implica la terminación del medio de control, con fundamento en razones distintas a los motivos de la apelación, que no son otros que la improcedencia del medio de control de nulidad electoral cuando se debate la elección de curadores urbanos.

II. PRETENSIONES

Con fundamento en lo anterior, la accionante formula las siguientes peticiones:

“PRIMERO.- Conceder a SOBEIDA ROMERO PENNA la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de Justicia y el derecho a ejercer el control del poder político interponiendo las acciones públicas en defensa del orden jurídico.

SEGUNDO.- Dejar sin efecto alguno el auto del 17 de agosto de 2017 proferida (sic) por la SECCION QUINTA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO dentro del medio de control de nulidad electoral 50001-23-33-000-2017-00162-01 de SOBEIDA ROMERO PENNA vs. Municipio de Villavicencio y Andrés Perea García, del cual tuvo conocimiento la señora SOBEIDA ROMERO PENNA el 22 de agosto de 2017 por una comunicación que le hizo su antiguo apoderado en el proceso.

TERCERO.- ORDENAR a la SECCION QUINTA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO que en el término de diez (10) días siguientes a la notificación del fallo de tutela proceda a asumir el conocimiento del citado proceso y a fallar de nuevo el recurso de apelación que interpuso el municipio de Villavicencio y el señor ANDRES PEREA GARCÍA contra el auto de 4 de julio de 2017 proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Meta para lo cual deberá tener en cuenta las pretensiones concretas del

medio de control ejercido y que de existir algún vicio la demandante tiene derecho a subsanar la demanda para continuar bajo la cuerda del medio de control nulidad electoral.

CUARTO: Adoptar las demás decisiones que se estimen pertinentes para ampararle los derechos fundamentales a la demandante”.

III. TRÁMITE DE LA TUTELA

Mediante auto de 11 de septiembre de 2017, el Magistrado sustanciador admitió la solicitud de tutela incoada por la señora **Sobeida Romero Penna**, a través de apoderado judicial, en contra del **Consejo de Estado, Sección Quinta**, y dispuso vincular como terceros con interés en el proceso al **Tribunal Administrativo del Meta**, al **Municipio de Villavicencio** y al señor **Andrés Perea Mejía**.

IV. INTERVENCIONES

IV.1 Intervención de la Sección Quinta del Consejo de Estado

El doctor Carlos Enrique Moreno Rubio, Magistrado de la Sección Quinta del Consejo de Estado, solicita negar las pretensiones de la acción de tutela por cuanto la decisión adoptada el 17 de agosto de 2017 no fue irrazonable o caprichosa, teniendo en cuenta que como el apoderado judicial de la accionante informó, ella inició una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en la cual busca la protección de sus derechos subjetivos por no haber sido nombrada Curadora urbana Nro. 2 de Villavicencio.

Afirma que aunque la demandante no planteó pretensiones de carácter subjetivo esa sección podía estudiar el contenido de la demanda y establecer que de declararse la nulidad del acto demandado se produciría necesariamente un restablecimiento de derechos a favor de la accionante.

Considera que la decisión cuestionada no restringe el derecho al acceso a la administración de justicia porque en ella se ordenó al Tribunal Administrativo del Meta adoptar las medidas encaminadas a la adecuación al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Señala que la imposibilidad de adecuar el medio de control por la existencia de otro iniciado para la nulidad y restablecimiento del derecho es una situación imputable a la tutelante y no a la autoridad judicial accionada; además, precisa que dentro del proceso no hay evidencia de la existencia de aquella actuación judicial, y tampoco de que no se haya podido realizar efectiva la adecuación al medio de control.

1038

Resalta que la Sección Quinta del Consejo de Estado nunca dispuso la terminación del proceso por inepta demanda; por el contrario, en aplicación del artículo 101, inciso 5, numeral 2 del C.G.P., dispuso que a la demanda se le diera el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

IV.2 Intervención del Tribunal Administrativo del Meta

La doctora Nilce Bonilla Escobar, Magistrada del Tribunal Administrativo del Meta, señaló que admitió el medio de control de nulidad electoral al considerar que la accionante no persigue un objetivo distinto a que se anule el acto de elección del señor Andrés Perea Mejía como Curador Urbano Segundo de Villavicencio. Sustentó lo anterior en que la forma de calificación aplicada al concurso determinó que el señor Andrés Perea Mejía obtuviera una puntuación superior a 800 puntos, que condujo a que fuera incluido como único integrante de la lista de elegibles, por lo que de prosperar la nulidad electoral no existiría restablecimiento automático del derecho porque la decisión a adoptar sería anular la designación del señor Perea Mejía y, al haberse agotado la lista de elegibles, no procedería la designación instantánea de la accionante porque no hacer parte del orden de elegibilidad.

IV.3 Intervención del Alcalde del municipio de Villavicencio

El Jefe de la Oficina Asesora jurídica del municipio de Villavicencio, indicó que la decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado se ajusta a la realidad procesal y probatoria, por lo que la acción de tutela no está llamada a prosperar.

Afirma que la acción de tutela no es procedente porque la parte actora cuenta con otros medios de defensa, como es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que presentó y se encuentra en curso.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

V.1. Competencia

Esta Sala es competente para pronunciarse sobre la acción de tutela promovida por la señora **Sobeida Romero Penna**, mediante apoderado judicial, en contra del **Consejo de Estado, Sección Quinta**, de conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2591 de 19 de noviembre de 1991⁴, en concordancia con el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 26 de mayo de 2015⁵.

⁴ "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política".

⁵ "Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho."

V.2. Problema Jurídico

A la Sala le corresponde establecer:

- i) Si la acción de tutela presentada por la señora **Sobeida Romero Penna**, mediante apoderado judicial, cumple los requisitos generales de procedibilidad.
- ii) Si la **Sección Quinta del Consejo de Estado** vulneró los derechos fundamentales de la accionante, porque mediante auto proferido el 17 de agosto de 2017, revocó el auto de 4 de julio de 2017, dictado en la audiencia inicial por el Tribunal Administrativo del Meta, declaró probada la excepción de *"inepta demanda por indebida escogencia de la acción"* y ordenó que el expediente se remitiera al Tribunal Administrativo del Meta, para que adoptara las decisiones pertinentes para que a esta demanda se le dé el trámite que corresponde al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Con el fin de resolver estos problemas jurídicos se harán previamente algunos planteamientos respecto de: i) los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; procediendo posteriormente a ii) resolver el caso concreto adentrándose en el fondo del asunto siempre y cuando se satisfagan los requisitos generales.

VII.3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Requisitos generales y especiales de procedibilidad

En sentencia de 31 de julio de 2012⁶, la Sala Plena del Consejo de Estado cambió su postura inicial y decidió asumir el estudio de fondo de las acciones de tutela dirigidas en contra de providencias judiciales violatorias de derechos fundamentales siguiendo los lineamientos dispuestos por la Corte Constitucional y su propia jurisprudencia.

Ahora bien, la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional, estableció los siguientes presupuestos generales y especiales para que proceda la acción de tutela en contra de decisiones judiciales:

Como **requisitos generales de procedibilidad** fijó: **i)** la relevancia constitucional del asunto; **ii)** el agotamiento de todos los medios de defensa judicial, salvo la existencia de un perjuicio irremediable; **iii)** el cumplimiento del principio de inmediatez; **iv)** si se trata de una irregularidad procesal, que ésta tenga efecto decisivo en la providencia objeto de inconformidad; **v)** la identificación clara de los hechos causantes de vulneración y su alegación en el proceso, y **vi)**

⁶ Radicación: 2009-01328-01(IJ). Consejera Ponente: Dra. María Elizabeth García González.

16329

que la acción no se dirija contra un fallo de tutela, salvo las excepciones previstas en la sentencia SU-627 de 2015.

Como **requisitos especiales** de procedencia del amparo, y que permiten al juez constitucional dejar sin efectos una providencia judicial⁷, la sentencia C-590 de 2005 estableció la existencia de los siguientes defectos:

1. **Defecto orgánico**, que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece, de manera absoluta, de jurisdicción o competencia para ello.
2. **Defecto procedimental absoluto**, que tiene lugar cuando el juez actuó al margen del procedimiento establecido.
3. **Defecto fáctico**, que surge cuando la providencia judicial carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, valora erradamente los elementos de juicio; o da por demostrada una situación fáctica sin existir evidencia probatoria de la misma.
4. **Defecto material o sustantivo**, existe cuando las decisiones se fundamentan en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión.
5. **Error inducido**, que se presenta cuando la autoridad judicial ha sido engañada por las partes o intervinientes y ese engaño lo llevó a tomar una determinación que afecta derechos fundamentales.
6. **Decisión sin motivación**, que tiene lugar cuando el funcionario judicial no expone los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión adoptada en la parte resolutoria de la providencia judicial.
7. **Desconocimiento del precedente**, que se origina cuando el juez ordinario desconoce o limita el alcance dado por esta Corte Constitucional a una disposición constitucional o derecho fundamental, apartándose del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.
8. **Violación directa de la Constitución**, que se presenta cuando la actuación de la autoridad se opone de manera directa a las normas establecidas en la Constitución Política.

⁷ Sentencia T-619 de 2009, Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio.

De lo expuesto, la Sala advierte que, cuando el juez constitucional conoce una demanda impetrada en ejercicio de la acción de tutela y en la que se alega la vulneración de derechos fundamentales con ocasión de la expedición de una providencia judicial, en primer lugar, **debe verificar la presencia de los requisitos generales y, en segundo término, le corresponde examinar si en el caso objeto de análisis se configura uno de los defectos especiales ya explicados**, permitiéndole de esta manera "*dejar sin efecto o modular la decisión*"⁸ que se encaje en dichos parámetros.

Se trata, entonces, de una rigurosa y cuidadosa constatación de los presupuestos de procedibilidad, por cuanto resulta a todas luces necesario evitar que este instrumento excepcional se convierta en una manera de desconocer principios y valores constitucionales tales como los de cosa juzgada, debido proceso, seguridad jurídica e independencia judicial que gobiernan todo proceso jurisdiccional.

El criterio expuesto fue reiterado en pronunciamiento de la Sala Plena de la Corporación, en sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014, radicado: 11001-03-15-000-2012-02201-01, Consejero Ponente, Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

VII.4. El caso concreto

En el presente caso, se advierte que la señora **Sobeida Romero Penna**, mediante apoderado judicial, promovió acción de tutela en contra de la **Sección Quinta del Consejo de Estado**, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a ejercer el control del poder político interponiendo acciones públicas en defensa del ordenamiento jurídico, con ocasión del auto de 17 de agosto de 2017, en el proceso Nro. 50001-23-33-000-2017-00162-01, mediante el cual revocó el auto dictado por el Tribunal Administrativo del Meta, el 4 de julio de 2017, declaró probada la excepción de *inepta demanda por indebida escogencia de la acción* y ordenó remitir el expediente al referido Tribunal a efectos de que se adopten las decisiones pertinentes para que a esta demanda se le dé el trámite que corresponde al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

En este sentido, la Sala comienza por recordar que la acción de tutela procede también contra autos interlocutorios, en casos en los cuales se presenten las causales generales de procedibilidad y al menos una de las causales específicas, tal como se ha venido tratando.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T- 225 del 23 de marzo de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.

Por lo anterior, y como quiera que el debate se fundamenta en la decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado de declarar probada la excepción de inepta demanda y ordenar la adecuación al medio de control de nulidad y restablecimiento, previamente a analizar de fondo el contenido del auto emitido por la autoridad judicial accionada, se procederá a determinar si la acción de tutela promovida por la señora **Sobeida Romero Penna**, mediante apoderado judicial, cumple los requisitos generales de procedibilidad.

La Sala procede, en primer lugar, a examinar si la acción de tutela atiende o no al requisito de subsidiariedad, por cuanto éste fue un aspecto cuestionado por el representante de la Alcaldía del municipio de Villavicencio.

Al respecto la Corte Constitucional, en la sentencia T-113 de 2013⁹, advirtió que al analizar este presupuesto de procedibilidad es necesario considerar si el proceso ha culminado o está en curso, pues en el último evento *“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.”*

La misma Corte, ha reiterado que la acción de tutela contra una providencia judicial es improcedente por no cumplir con el requisito de subsidiariedad cuando: *“(i) el asunto está en trámite¹⁰; (ii) no se han agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios¹¹; y (iii) se usa para revivir etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico¹²”¹³*

Lo anterior atiende a que, en primer lugar, es el juez ordinario quien debe corregir las irregularidades que llegaren a presentarse en el curso del proceso, de manera oficiosa o a solicitud de parte, a efecto de dictar una sentencia que materialice el derecho a la tutela judicial efectiva y sea el resultado de una actuación conforme a las garantías procesales.

⁹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰ La subregla mencionada ha sido aplicada en las sentencias SU-1299 de 2001, T-886 de 2001, T-212 de 2006, T-113 de 2013, T-103 de 2014, entre otras.

¹¹ Al respecto, la sentencia C-590 de 2005 afirmó que es *“un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última”*. Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño. La subregla jurisprudencial expuesta previamente fue aplicada en la sentencia SU-858 de 2001, SU-1299 de 2001, entre otras.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-103 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 2017

En este sentido, la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de unificación proferida el 5 de agosto de 2014¹⁴, indicó:

“La sentencia, como manifestación suprema de la función jurisdiccional, como acto definitivo y decisorio que pone fin a la controversia, debe dar respuesta a las pretensiones o excepciones de las partes. El juez debe utilizar todos los remedios y vías procesales para que la sentencia sea de mérito, esto es, para que sea una verdadera sentencia, respetuosa de los derechos y garantías constitucionales.

2.3.5.- El derecho procesal en general y el ordenamiento nacional, en particular, prevén diversos mecanismos procedimentales, entre los que se encuentran los recursos, las nulidades procesales y el poder-deber del juez de corregir las irregularidades o equivocaciones que ocurran durante el proceso en virtud del principio que reza que “lo interlocutorio no ata al juez”¹⁵.

Cada uno de estos medios opera en determinadas circunstancias, esto es, antes, durante y después del proceso legalmente concluido.

Durante el proceso las irregularidades se subsanan mediante los recursos ordinarios, y las nulidades procesales. Después de dictada la sentencia, a través de los recursos ordinarios o extraordinarios, la adición o corrección de sentencia y, de manera residual y excepcional, en caso de que se afecten derechos fundamentales de las partes, se encuentra la acción de tutela.

En otras palabras, de manera residual, esto es, cuando no haya otro medio de defensa judicial efectivo y se vean afectados derechos fundamentales por decisiones de los jueces, las partes pueden acudir a la acción constitucional de tutela, pues es lo que se infiere del texto constitucional y de lo discutido en la Asamblea Nacional Constituyente¹⁶ (resaltado fuera del texto).

Al efecto es necesario recordar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, “Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico. En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal”, y en coherencia con lo anterior, el artículo 207 *ibidem*, determina que “Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrear nulidades, [...]”. Existe entonces un sistema de controles al interior del proceso judicial que hacen de éste el contexto principal para advertir y enmendar, cuando a ello hubiere lugar, las irregularidades o afectaciones del debido proceso.

Lo anterior no excluye que alguna de las partes pueda acudir a la acción de tutela, **en forma subsidiaria** para la protección de sus derechos con ocasión de actuaciones que considera irregulares cometidas en el proceso, que no son subsanadas por el funcionario de conocimiento y que dan lugar a alguno de los siguientes eventos: i) aunque el proceso está en curso, la decisión adoptada en el auto genera un perjuicio irremediable para un derecho

¹⁴ Consejero Ponente Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Radicado: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (II), Demandante ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A., Demandado: CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN PRIMERA.

¹⁵ Cfr. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Jurisprudencia Civil y Comercial. Segundo Semestre. 1998. Editora Jurídica de Colombia. Pág. 30-305).

¹⁶ Ver. PEREZ RESTREPO, Bernardita. La acción de tutela. Plan Nacional de Formación y Capacitación de la Rama Judicial. Consejo Superior de la Judicatura. Universidad Nacional de Colombia. 2003.

1641

fundamental; o ii) cuando se ha proferido una providencia judicial (sentencia o auto interlocutorio) que pone fin al proceso y el hecho generador de la vulneración tiene incidencia en el sentido de la decisión.

Lo anterior atiende, además, a la imposibilidad de acudir a la acción de tutela como una tercera instancia ante cualquier decisión adversa a los intereses de una de las partes en el trámite de los procesos, cuyos efectos en la decisión definitiva son inciertos. En este sentido, la Corte Constitucional ha indicado que *"Cuando el proceso se encuentra en trámite, la intervención del juez constitucional está vedada en principio, toda vez que la acción constitucional no constituye un mecanismo alternativo o paralelo para dirimir problemas jurídicos que deben ser decididos mediante el trámite ordinario"*¹⁷.

En ese sentido, el requisito de la subsidiariedad hace que la tutela se torne improcedente contra providencias judiciales cuando, entre otras¹⁸, no se han agotado los medios de defensa judicial que se tienen al alcance o el asunto esté en trámite, porque, se reitera, de permitirse que el juez de tutela revise cada una de las actuaciones que se profieran al interior de un medio de control ordinario mientras éste no hubiere culminado, se vaciarían las competencias de los operadores judiciales ordinarios, al constituirse en una tercera instancia de las decisiones que éstos emitieran.

Así mismo, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁹, la acción de tutela no tiene la finalidad de ser un mecanismo alterno, adicional o paralelo a los medios jurisdiccionales existentes, por lo que no está diseñada para desplazar ni reemplazar a los jueces ordinarios en sus atribuciones propias.

De otra parte, a efectos de examinar la procedibilidad de la acción de tutela resulta pertinente advertir que en la providencia censurada la Sección Quinta del Consejo de Estado no dispone la terminación del proceso, por el contrario, a través de la adecuación del medio de control procura garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia de la parte demandante. Así se logra establecer a partir de los fundamentos del auto de 17 de agosto de 2017, que a continuación se citan:

"Como se aprecia, la demandante ha considerado desde el trámite administrativo ser la única que cumple requisitos para ser designada curadora 2 de Villavicencio.

¹⁷ Cfr. Sentencia T-377 de 2016, Corte Constitucional.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-006 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Las otras circunstancias en las que se torna improcedente la acción de tutela contra providencias, son: *"(ii) no se han agotado los medios de defensa judiciales, ordinarios y extraordinarios; y (iii) se use para revivir etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico"*.

¹⁹ Sobre el tema ver: T-888 de 2012, T-006 de 2015, T-396 de 2014 y T-103 de 2014, entre otras.

Es cierto que en la demanda la señora Romero Penna no eleva pretensiones de restablecimiento, sin embargo, sus argumentos son, se reitera, que los demás aspirantes no cumplían requisitos para ser admitidos al concurso, de lo que se colige que ella estima ser la única apta para desempeñarse como curadora 2 de Villavicencio, **restablecimiento automático** que podría darse de prosperar la nulidad reclamada, más aún cuando ocupó el segundo lugar en la lista de elegibles al haber obtenido 735,41 puntos.

Así las cosas, la Sala declarará probada la excepción de "inepta demanda por indebida escogencia de la acción" y, en consecuencia, de conformidad con el numeral 1 del artículo 151 de la Ley 1437 de 2011, según el cual a los tribunales administrativos les corresponde conocer de los procesos de "nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía y en los cuales se controviertan actos administrativos del orden departamental, distrital o municipal", **ordenará remitir el expediente al Tribunal de origen para que la magistrada ponente adopte las decisiones que en derecho correspondan, con el fin de que a la demanda se le dé el trámite que corresponde y, de esa manera, se garantice el derecho de acceso a la administración de justicia de la señora Sobeida Romero Penna**²⁰.

Al margen de lo anterior, **precisa la Sala que el hecho de haber prosperado la excepción de "inepta demanda por indebida escogencia de la acción", no conlleva la nulidad de lo actuado hasta ahora.**

En efecto, a diferencia del derogado Código de Procedimiento Civil, el Código General del Proceso no consagra como vicio del proceso "Cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde", por lo tanto, **en este caso no procede declarar la nulidad de lo actuado, en consecuencia, será la magistrada ponente en el Tribunal Administrativo del Meta la llamada a adoptar las medidas de saneamiento que estime pertinentes con el fin de que pueda continuar el curso del proceso**" (resaltado fuera del texto).

A partir de lo expuesto, la Sala considera que la acción de tutela promovida por la señora **Sobeida Romero Penna**, mediante apoderado judicial, en cuanto se relaciona con el auto proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado, el 27 de agosto de 2017, mediante el cual se declara probada la excepción de "inepta demanda por indebida escogencia de la acción", y **se ordena adecuar la demanda radicada con el número 50001-23-33-000-2017-00162-01 al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho**, no cumple con el requisito de **subsidiariedad** toda vez que el proceso en el cual se expidió la mencionada decisión judicial **aún se encuentra en curso** y no se advierte una situación de perjuicio irremediable.

En efecto, aunque de manera excepcional la jurisprudencia constitucional ha admitido la procedibilidad de la acción de tutela para dejar sin efectos providencias judiciales que, en el curso del proceso, generan un perjuicio *iusfundamental* irremediable, este supuesto fáctico no se presenta en el caso *sub judice* por cuanto no hay evidencia de una situación que reúna los elementos del perjuicio irremediable, a saber, la urgencia, la inminencia, la impostergabilidad y la gravedad.

En este sentido, tampoco podría argumentarse que el derecho al acceso a la administración de justicia para ejercer el control de los actos de elección se encuentra en riesgo, por cuanto,

²⁰ Conforme al inciso cinco del numeral segundo del artículo 101 del Código General del proceso, cuando prospera la excepción previa de trámite inadecuado, el juez debe ordenar que a la demanda se le dé el trámite legal que corresponde.

1642

como la parte actora lo señaló, éste asunto se encuentra en discusión en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que de forma paralela al medio de control de nulidad electoral, ha promovido, por lo que, en cualquier caso, la accionante se encuentra ejerciendo el derecho a cuestionar, ante las autoridades judiciales, la legalidad del Decreto Nro. 1000-21/37 del 8 de febrero de 2017, mediante el cual se designó como Curador Urbano Segundo del municipio de Villavicencio al señor Andrés Perea Mejía.

Por otra parte, según la situación fáctica establecida resulta evidente que el juez constitucional no está llamado a definir el medio de control a través del cual debe continuar tramitándose la demanda presentada por la señora Sobeida Romero Penna, por ser éste un asunto que concierne al juez natural del proceso y que solo es controlable por vía de tutela, en virtud del principio de subsidiariedad, cuando de ello se deriva una decisión definitiva – auto de rechazo²¹ o un auto que genera la terminación anticipada del proceso - que impide el acceso a la administración de justicia; mientras ello no suceda y el proceso se encuentre en curso, **los autos que disponen la adecuación del medio de control no son pasibles de control estricto de constitucionalidad.**

Y es que no puede el juez de tutela, a partir de la orden de realizar la adecuación del medio de control presumir que ello no será posible y que el proceso finalizará de manera anticipada, para, con base en esa situación hipotética estudiar de fondo si la Sección Quinta del Consejo de Estado resolvió adecuadamente las excepciones previas propuestas por la parte demandada y arrogarse la competencia que tiene el juez natural para definir la vía procesal adecuada para tramitar y decidir la demanda²².

En ese sentido, cabe añadir que la parte demandante puede, si estima que se está desconociendo el debido proceso, solicitar, al interior de ese mismo proceso, la anulación de la actuación y contra la decisión que se profiera puede interponer los recursos legales ordinarios. Ahora, si no obstante esa situación, la actuación no es invalidada, luego puede controvertir a través de los recursos pertinentes la sentencia o el auto que ponga fin al proceso y que estime afectado por una irregularidad. Adicionalmente, si en esta sede no se atiende su pedimento y concurren los requisitos necesarios para ello, podrá de manera subsidiaria reclamar la protección de sus derechos fundamentales a través de acción de tutela.

En síntesis, como el proceso se encuentra en desarrollo y no hay prueba de un perjuicio irremediable que haga necesaria la intervención del juez constitucional para evitarlo, se

²¹ Que sería igualmente controlable a través del recurso de apelación.

²² Es pertinente señalar que el Consejo de Estado ha considerado viable hacer la adecuación del medio de control, incluso en la sentencia, con el fin de evitar decisiones inhibitorias. *vr gratia*, sentencia de 15 de junio de 2017, Magistrada Ponente: Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto (E), Radicación número: 11001-03-27-000-2010-00045-00(18483. Actor: Bayer S.A.

declarará improcedente la acción de tutela promovida por la señora **Sobeida Romero Penna**, en contra de la **Sección Quinta del Consejo de Estado**.

Al margen de lo señalado, la Sala observa que la decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado de ordenar la adecuación de la demanda al trámite que correspondía, obedeció al deber de analizar el contenido de la demanda, con el fin de desentrañar la voluntad de la demandante y, en concreto, a la carga consagrada en el artículo 171 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo²³, esto es, la de adecuar las pretensiones a la acción procedente, pese a que el demandante escogió una vía procesal diferente.

DECISIÓN

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.

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela presentada por la señora **Sobeida Romero Penna**, mediante apoderado judicial, contra la **Sección Quinta del Consejo de Estado**.

SEGUNDO: Conforme lo señala el artículo 32 del Decreto Ley No. 2591 de 1991, **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Presidente

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

²³ "ARTÍCULO 171. ADMISIÓN DE LA DEMANDA. El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales y le dará el trámite que le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada, [...]"

1643

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02283-01
Actor: SOBEIDA ROMERO PENNA
Demandado: CONSEJO DE ESTADO- SECCIÓN QUINTA

ACCIÓN DE TUTELA – Fallo de segunda instancia

La Sala decide la impugnación presentada por el apoderado de la parte actora contra el fallo del 27 de octubre de 2017, proferido por el Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo—Sección Primera, mediante el cual declaró improcedente el amparo solicitado.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud y las pretensiones

La señora Sobeida Romero Penna, actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, solicitó la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia, y a “ejercer el control del poder político interponiendo las acciones públicas en defensa del orden jurídico”, que estimó lesionados por el Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Quinta, con ocasión del auto proferido el 17 de agosto de 2017, dentro del medio de control de nulidad electoral seguido por ella en contra del Municipio de Villavicencio y el señor Andrés Perea García.

En amparo de los derechos invocados, solicitó:

*“(…) PRIMERO.- Conceder a **SOBEIDA ROMERO PENNA** la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia y el derecho a ejercer el control del poder político interponiendo las acciones públicas en defensa del orden jurídico.*

***SEGUNDO.-** Dejar sin efecto alguno el auto del 17 de agosto de 2017 proferida (sic) por la **SECCIÓN QUINTA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO** dentro del medio de control de nulidad electoral **50001-23-33-000-2017-00162-01** de SOBEIDA ROMERO PENNA Vs. Municipio de Villavicencio y Andrés Perea García, del cual tuvo conocimiento la señora SOBEIDA ROMERO PENNA el 22 de agosto de 2017 por una comunicación que le hizo su antiguo apoderado en el proceso.*

***TERCERO.-** ORDENAR a la **SECCIÓN QUINTA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO** que en el término de (10) días siguientes a la notificación del fallo de tutela proceda a asumir el conocimiento del citado proceso y a fallar de nuevo el recurso de apelación que interpuso el municipio de Villavicencio y el señor **ANDRÉS PEREA GARCÍA** contra el auto del 4 de julio de 2017 proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Meta para lo cual deberá tener en cuenta las pretensiones concretas del medio de control ejercido y que de existir algún vicio la demandante tiene derecho a subsanar la demanda bajo la cuerda del medio de control de nulidad electoral.*

CUARTO: Adoptar las demás decisiones que se estimen pertinentes para ampararle los derechos fundamentales a la demandante. (...)

2. Los hechos y las consideraciones

El apoderado de la parte actora expuso como fundamento de su solicitud los hechos que se resumen a continuación¹:

Indicó que la señora Sobeida Romero Penna, instaura medio de control de nulidad electoral en contra del Municipio de Villavicencio y el señor Andrés Perea García, buscando que se declarara la nulidad del acto de nombramiento de éste último, como Curador Urbano Segundo de Villavicencio, sin formular ninguna pretensión adicional de contenido subjetivo.

Manifestó que el Tribunal Administrativo del Meta, quien conoció del referido medio de control, inadmitió la demanda para que se corrigieran unos defectos formales principalmente en el acápite del concepto de violación, sin indicar nada respecto de las pretensiones formuladas.

Adujo que dicho despacho, luego de corregir los yerros antes mencionados, admitió la demanda, accedió a la medida cautelar de suspensión provisional del acto demandado, citó a audiencia inicial, la cual se celebró el 4 de julio de 2017, y en la que se denegaron las excepciones previas de inepta demanda y falta de integración del litisconsorcio necesario.

Expresó que ante la anterior decisión, los demandados interpusieron recurso de apelación, el cual fue resuelto mediante auto del 17 de agosto de 2017, por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que dispuso acceder a la excepción de inepta demanda, por lo que se debía adecuar el trámite al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sostuvo que tal determinación, implica la terminación del proceso de nulidad electoral, ya que no puede existir una adecuación como la propuesta por el despacho accionado, porque la accionante ya interpuso otra demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo conocimiento correspondió al Tribunal Administrativo del Meta, bajo el radicado 50001-23-33-000-2017-00329, en la que se pretende la nulidad del Decreto por el cual se designa al señor Andrés Perea en el cargo de Curador Urbano Segundo del Municipio de Villavicencio.

Explicó que el hecho que la demandante hubiera participado en la actuación administrativa que culminó con la expedición del acto acusado en la nulidad electoral, no puede ser tomado como fundamento para acceder a la excepción de inepta demanda, y mucho menos para coartar sus derechos fundamentales alegados en sede constitucional.

Finalizó argumentando que, la providencia atacada está viciada por defecto procedimental, por cuanto se tomó una decisión que desconoce las normas procesales propias del trámite contencioso administrativo, al considerar que la tutelante con la nulidad del acto obtendría un restablecimiento automático, situación que en su criterio no se presenta.

¹ Folios 1 - 23

3. Trámite procesal

Mediante auto de 11 de septiembre de 2017² se admitió la demanda, se ordenó notificar a la Sección Quinta de esta corporación, se dispuso vincular como terceros interesados al municipio de Villavicencio, y al señor Andrés Perea Mejía; y se solicitó al Tribunal Administrativo del Meta, que remitiera con destino a esta acción, copia del expediente contentivo del medio de control de nulidad electoral, identificado con el radicado No. 50001-23-33-000-2017-00162-00.

4. Informe de la entidad accionada y los vinculados

4.1 El Tribunal Administrativo del Meta,³ por escrito radicado el 19 de septiembre de 2017, afirmó que la decisión adoptada en el marco del proceso de nulidad electoral respecto de la medida cautelar solicitada, se dio luego de haberse encontrado flagrantes violaciones al procedimiento para la elección del curador; y que este mismo caso, dicho Tribunal no encontró motivos para determinar que con la nulidad del acto atacado, habría lugar a un restablecimiento automático.

4.2 El Consejo de Estado- Sección Quinta,⁴ mediante escrito del 20 de septiembre de 2017, solicitó que se nieguen las pretensiones de la acción, por los siguientes argumentos:

Relató la accionada, que dicho despacho no dio por terminado el proceso de nulidad electoral, ya que lo único que se dispuso fue que se adecuara el trámite; por lo que no es imputable a esta corporación que ya exista en curso una demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento.

Respecto del fondo del asunto, agregó que si hay un restablecimiento del derecho producto de la declaratoria de nulidad del acto de nombramiento, razón que estuvo debidamente fundada en el auto que se ataca en sede constitucional.

4.3. El municipio de Villavicencio⁵, a través de escrito radicado el 27 de septiembre de 2017, solicitó que se niegue el amparo de los derechos invocados, teniendo en cuenta que la accionante, cuenta con otro mecanismo para invocar sus derechos afectados con el trámite para el nombramiento de curador en dicho municipio; instrumento que por demás ya fue iniciado por ella.

Igualmente, manifiesta que la decisión adoptada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, estuvo ajustada a derecho, y en ella se dio aplicación a todas las normas del caso, por lo que no puede hablarse ni de una vulneración ni de una vía de hecho.

4.4. El señor Andrés Perea Mejía, guardó silencio.

5. La providencia impugnada

² Folio 97

³ Folio 106-107

⁴ Folios 51-53

⁵ Folios 113-128

El Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera, mediante sentencia de 27 de octubre de 2017⁶ declaró improcedente el amparo solicitado por la señora Sobeida Romero Penna, con fundamento en lo siguiente:

El A quo recordó que en principio, la intervención del juez de tutela está vedada cuando el proceso no ha terminado, porque de conformidad con la jurisprudencia de la materia, el amparo constitucional no puede ser convertido ni en una tercera instancia, y mucho menos en un medio paralelo para la solución de esas controversias, porque ello está reservado en primera medida al juez natural del asunto.

Manifestó que en el caso bajo estudio, no es posible hablar que el auto atacado, haya terminado el proceso, por cuanto dicha providencia únicamente dispuso adecuar el trámite al del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; por esto, la acción de tutela no es procedente porque se encuentra el asunto en trámite y no se avizora la configuración de un perjuicio irremediable.

Adujo que en todo caso, no se había vulnerado su derecho de acceso a la administración de justicia, por cuanto la tutelante se encuentra ejerciendo de forma paralela el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que también cuestiona la legalidad del decreto mediante el cual se designó al señor Andrés Perea Mejía como Curador Urbano Segundo de Villavicencio, proceso en el cual puede manifestar los reparos que expuso con la demanda de nulidad electoral.

Concluyó señalando que el juez constitucional no está llamado a definir cuál es el medio de control procedente para tramitarse la demanda presentada por la accionante, ya que ello es función del juez natural, y que solamente podrá haber control tutelar de dicha decisión, cuando se presente una decisión que ponga fin al trámite procesal.

6. La impugnación

El apoderado de la señora Sobeida Romero Penna, impugnó la sentencia de primera instancia, con el fin de solicitar que se revocara dicha decisión, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la tutela⁷.

Adicionalmente, aseveró que con la decisión atacada en sede de tutela, se condenó a desaparecer al medio de control de nulidad electoral, el cual tiene un procedimiento más breve, por considerar erradamente que la actora, buscaba un restablecimiento automático, argumento que no fue debidamente soportado de acuerdo al caso concreto.

Agregó que, el auto por el cual el Tribunal obedezca la decisión del superior, y ordene recomponer el trámite, es una providencia que no puede llegar a ser cuestionada por vía de los recursos

⁶ Folios 141-149

⁷ Folios 156- 161

1641

ordinarios y mucho menos a través de las nulidades procesales, precisamente porque dicho despacho no puede ir en contravía de la decisión del Consejo de Estado- Sección Quinta.

Finalmente, el apoderado informó que en primera instancia, no se analizaron los argumentos de fondo que fueron expuestos en el escrito de la tutela, a pesar que los hechos allí relatados revisten relevancia constitucional.

7. Actuaciones posteriores

El señor **Andrés Perea Mejía**⁸, mediante escrito radicado el 6 de febrero de 2015, solicitó a esta corporación se remita el expediente que fue allegado en calidad del préstamo al Tribunal de origen, para que se continuara con el trámite, porque la demora en la resolución de la acción de tutela, y en el devenir propio del proceso ordinario, le estaba generando un perjuicio al no poder ejercer el cargo para el que fue designado por concurso de méritos.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer la impugnación interpuesta contra el fallo de primera instancia en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el cual reglamenta la acción de tutela.

2. Problema jurídico

En los términos del escrito de impugnación, a la Sala le corresponde decidir si se confirma la sentencia proferida por el Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera, o si por el contrario como lo considera el impugnante, hay lugar a conceder el amparo, para lo cual se establecerá si existe un perjuicio irremediable.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Tratándose de la acción de tutela contra providencias judiciales la postura reiterada y uniforme de la Corte Constitucional⁹ y el Consejo de Estado¹⁰ ha sido admitir su procedencia excepcional, siempre que se cumplan los requisitos generales de procedibilidad (exigencias generales) y las causales específicas de procedencia.

Al respecto, la Corte Constitucional en las sentencias C-543 de 1992 y T-079 de 1993, analizó la procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales en los eventos en que se prueba la configuración de una vía de hecho. Dicha posición fue redefinida por la misma Corporación a

⁸ Folios 179-180

⁹ Al respecto ver, entre otras, sentencias T-573 de 1997, T-567 de 1998, T-001 de 1999, T-377 de 2000, T-1009 de 2000, T-852 de 2002, T-453 de 2005, T-061 de 2007, T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-001 de 1999, T-814 de 1999, T-522 de 2001, T-842 de 2001, SU-159 de 2002, T-462 de 2003, T-205 de 2004, T-701 de 2004, T-807 de 2004, T-1244 de 2004, T-056 de 2005, T-189 de 2005, T-800 de 2006, T-061 de 2007, T-018 de 2008, T-051 de 2009, T-060 de 2009, T-066 de 2009, T-889 de 2011, T- 010 de 2012, T- 1090 de 2012, T-074 de 2012, T- 399 de 2013, T-482 de 2013, T- 509 de 2013, T- 254 de 2014, T- 941 de 2014 y T-059 de 2015.

¹⁰ Sentencia de unificación por importancia jurídica, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 5 de agosto de 2014. M.P: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Exp. n.º 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ) Demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A.

través de la sentencia C-590 de 2005, decisión en la cual se fijaron las reglas de procedibilidad de este mecanismo constitucional contra decisiones judiciales como se conocen actualmente.

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación por importancia jurídica, del 5 de agosto de 2014, con ponencia del doctor Jorge Octavio Ramírez, precisó que la acción de tutela procede contra providencias judiciales, siempre y cuando se respete el principio de autonomía del juez natural, y se cumplan los requisitos generales y específicos precisados por la Corte Constitucional, así:

Requisitos generales: Los requisitos generales de procedibilidad son exigibles en su totalidad, porque la ausencia de alguno de ellos impide el estudio de fondo de la acción de tutela. Estos requisitos son los siguientes: (i) La cuestión que se discute tiene relevancia constitucional; (ii) se agotaron todos los medios de defensa judicial con los que cuenta la persona afectada; (iii) se cumple el requisito de inmediatez; (iv) no se argumentó una irregularidad procesal; (v) se expresaron de manera clara los hechos y argumentos que controvierten la providencia bajo estudio; y; (vi) la providencia objeto de la presente acción no fue dictada dentro de una acción de tutela.

Causales específicas: Las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial son aquellos defectos o errores en los cuales puede incurrir la decisión cuestionada. Son las siguientes¹¹: a) Defecto orgánico, que se presenta cuando el juez carece de competencia; b) defecto procedimental, el cual ocurre cuando la autoridad judicial actuó al margen del procedimiento establecido; c) defecto fáctico, esto es, cuando el juez no tuvo en cuenta el material probatorio obrante en el expediente para proferir decisión; d) defecto material o sustantivo, el cual se origina en el evento en que se decida con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, en contravía de ellas, o existe una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; e) error inducido, cuando la autoridad judicial es víctima de engaño por terceros y el mismo lo condujo a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales; f) decisión sin motivación; g) desconocimiento del precedente judicial; y h) violación directa de la Constitución Política.

Es importante advertir que si la decisión judicial cuestionada incurrió en alguna de las causales específicas podrá ser razón suficiente para conceder el amparo constitucional.

4. Caso Concreto

4.1 Análisis de los requisitos generales de procedibilidad

La Sala advierte que la cuestión que se discute reviste relevancia constitucional, toda vez que los defectos alegados pueden llevar consigo una violación de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, bienes jurídicos que están constitucionalmente amparados.

¹¹ Corte Constitucional, sentencias T-352 de 2012, T-103 de 2014, T-125 de 2012, entre otras.

1648

Por otra parte, la Sala advierte que en el presente asunto se cumple con el requisito de inmediatez, ya que el auto atacado fue proferido en segunda instancia por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 17 de agosto de 2017, y se notificó a la accionante el día 22 de agosto de 2017, mientras que la acción de tutela se presentó el 28 de agosto de 2017 ante esta corporación, es decir tan solo unos días después de la ejecutoria de la providencia.

Sobre este aspecto, es importante precisar que la Sala Plena del Consejo de Estado, explicó que el término de inmediatez cobra mayor relevancia cuando el recurso de amparo se dirige a cuestionar providencias judiciales, toda vez que se encuentran en juego los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica. Por lo anterior, la Corporación en la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014¹², acogió como regla general un plazo de seis meses contados a partir de la notificación o ejecutoria de la providencia.

Ahora bien, la discusión que dio paso al conocimiento de esta Subsección, a través de la impugnación del fallo de primera instancia, tiene que ver con el cumplimiento del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, que según el A Quo no se había cumplido, por cuanto el proceso en el que se tramita el medio de control de nulidad electoral todavía no había terminado; además que la accionante puede presentar ante la jurisdicción todos los argumentos en contra del acto de nombramiento del Curador Urbano Segundo de Villavicencio, por intermedio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que ya había iniciado.

Para refutar esos argumentos, la parte actora, por intermedio de apoderado, en el escrito de impugnación consignó:

(...) Como impugnante no comparto tal consideración por cuanto el medio de control de nulidad electoral que emana del artículo 40 numeral 6 de la CP y que tiene una garantía de pronta resolución y unos términos breves (artículos 227 y ss CPACA) para ser resuelto, ya han (sic) aniquilador por virtud del auto del 17 de agosto de 2017 de la SECCIÓN QUINTA que dispuso, contrario al interés de la actora, adecuar el proceso a un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Si bien en los dos medios de control se busca cuestionar el acto de elección y salir en defensa de la legalidad es protuberante que el ejercicio del medio de control de nulidad electoral ha quedado condenado a desaparecer, contrario a las consideraciones de la sentencia impugnada. Ahora bien, que el juez natural del proceso no haya expedido aún el auto que dispone la adecuación del trámite, sea un impedimento para que prospere la acción constitucional, tampoco es un argumento para no conceder la tutela porque no hay otra manera de cuestionar el auto del 17 de agosto de 2017 y porque es claro que la simple amenaza de un derecho fundamental como el debido proceso por si misma permite la procedencia de la acción de tutela así el juez natural no haya aún materializado la adecuación del medio de control en cumplimiento del auto cuestionado. Cabe anotar que contrario a lo que sostiene la Sección Primera, la providencia que materialice la adecuación del trámite al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no es una providencia que pueda llegar a ser cuestionada a través de los recursos ordinarios o a través del instituto de las nulidades por virtud de lo señalado en los artículos 207, 207 (sic), 208 y 294 del CPACA y el artículo 133 del CGP. (...)

Sobre este particular, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar, que la acción de tutela, fue diseñada por el constituyente como un medio excepcional de defensa, que atiende a una pauta que determina su prosperidad, y es la subsidiariedad; ello porque este instrumento no puede invadir las competencias del juez natural, y porque primero es necesario agotar todos los medios

¹² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Expediente: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (I.J). Demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A. Demandado: Consejo de Estado – Sección Primera.

ordinarios de defensa, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable.

Así, la Corte Constitucional, en la sentencia T-001 de 2017 expresó:

(...) La jurisprudencia constitucional ha identificado tres causales que conllevan a la improcedencia de la acción de tutela contra una providencia judicial, por no cumplir con el requisito de subsidiariedad. Estas son: "(i) el asunto está en trámite; (ii) no se han agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios; y (iii) se usa para revivir etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico" (...) (Resalta la Sala)

Pues bien, al momento de adoptar la decisión, la Sección Quinta de esta corporación, manifestó:

"(...) Así las cosas, la Sala declarará probada la excepción de "inepta demanda por indebida escogencia de la acción" y, en consecuencia, de conformidad con el numeral 1 del artículo 151 de la Ley 1437 de 2011, según el cual a los tribunales administrativos les corresponde conocer de los procesos de "nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía y en los cuales se controvertan actos administrativos del orden departamental distrital o municipal", ordenará remitir el expediente al Tribunal de origen para que la magistrada ponente adopte las decisiones que en derecho correspondan, con el fin de que a la demanda se le dé trámite que corresponde y, de esta manera, se garantice el derecho de acceso a la administración de justicia de la señora Sobeida Romero Penna (...)"

Por lo anterior, la Sala entiende que en el presente asunto, en principio, el amparo constitucional no está llamado a prosperar, no solo porque el proceso se encuentre en trámite, sino también porque la decisión adoptada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, más que afectar en sus garantías a la accionante, lo que hace es ordenar que se recomponga el trámite, con el fin de evitar una irregularidad a futuro, asegurando así el acceso a la administración de justicia.

En este orden de ideas, la procedencia del amparo solicitado, únicamente queda sujeta a que se verifique la existencia de un perjuicio irremediable, que haga imperiosa la intervención del juez de tutela, en aras de mantener la prevalencia del orden jurídico.

La Corte Constitucional, en ejercicio de su labor de intérprete de la Carta Política y en sede de control concreto, ha definido el perjuicio irremediable como aquella situación excepcional, que supone la procedencia de la acción de tutela a pesar de la existencia de otros medios ordinarios de defensa, en aras de garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales y la protección de intereses constitucionalmente amparados.

Este máximo Tribunal, en la sentencia T- 1316 de 2001 indicó:

*"(...) En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y **suficientes elementos fácticos que así lo demuestren**, tomando en cuenta, además, **la causa del daño**. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser **grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica**. En tercer lugar, **deben requerirse medidas urgentes para superar el daño**, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable (...)"*

1643

De conformidad con la jurisprudencia aplicable, el perjuicio irremediable es una situación, que afecta un bien altamente significativo para quien acude al juez constitucional, y que para este caso corresponde al derecho de acceso a la administración de justicia, el cual fue presuntamente vulnerado por el despacho accionado, ya que con la providencia plurimencionada, se negó la posibilidad de acudir ante la jurisdicción en medio de control de nulidad electoral.

Caber recordar, que *"El derecho a la administración de justicia ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes¹³"* (Resalta la Sala).

A partir de esto, la Sala considera que no existe un perjuicio irremediable en los derechos de la tutelante, ya que con la decisión adoptada, nunca se vulneró la posibilidad de acudir ante la Rama Jurisdiccional del Estado, por el contrario, lo que se buscó fue rehacer un trámite, para que este siguiera de conformidad con la normatividad adjetiva del caso.

Aunado a lo anterior, se tuvo conocimiento en el trámite tutelar, que la accionante ya presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, buscando dentro de sus pretensiones la nulidad del tantas veces mencionado acto de nombramiento, por lo que mal haría en considerar esta Sala, que con las actuaciones acusadas se ha cerrado la puerta de acudir ante los jueces para obtener respuesta a sus pedidos.

Es necesario recordar que, aunque los medios de control que fueron establecidos por el legislador para ser ejercidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, varían en cuanto a sus características, en el presente caso no se puede olvidar que lo pretendido por la actora, es la nulidad por desconocimiento de normas superiores de un acto de nombramiento, lo que debe tramitarse por intermedio de la nulidad y restablecimiento del derecho, porque ello fue establecido por el juez natural, condición que hace inocua una intervención del juez constitucional, máxime cuando la tutelante ya inició este último medio.

Por todo lo anterior, y al no haberse evidenciado una situación que llegará a configurar un perjuicio irremediable, no habrá lugar a estudiar los demás requisitos generales de procedencia, ni los defectos que fueron alegados frente a la providencia cuestionadas, porque de lo contrario, se estaría desnaturalizando este medio constitucional.

III. DECISIÓN

¹³ Sentencia T- 283 de 2013.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala confirmará la sentencia proferida el 27 de octubre de 2017 por el Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera, mediante la cual se declaró improcedente el amparo solicitado.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de octubre de 2017 por el Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera, mediante la cual se declaró improcedente el amparo solicitado por la señora Sobeida Romero Penna, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Por secretaría, **DEVOLVER** al Tribunal Administrativo del Meta el expediente que contiene el proceso de nulidad electoral, allegado en calidad de préstamo, para lo de su competencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Envíese copia de esta providencia al despacho de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER