

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / DEFECTO SUSTANTIVO / CAUSALES DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL QUE EXIGEN EL AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - No aplica para la causal de trashumancia electoral

[A la luz del numeral 6° del artículo 161 del CPACA el agotamiento del requisito de procedibilidad se establece sólo frente a los vicios de los numerales 3 y 4 del artículo 275, por lo que la Sala ha aclarado que no se requiere agotamiento de requisito de procedibilidad respecto a los hechos que se relacionen con los numerales 2 y 7 del artículo 275 del CPACA]. Se configuró el defecto sustantivo alegado, porqué el Tribunal Administrativo del Cesar, no aplicó en debida forma el artículo 161 numeral 6 del CPACA, al exigir el agotamiento del requisito de procedibilidad, consistente en haber acudido previamente ante la autoridad administrativa electoral; toda vez que, en el presente caso, la demanda de nulidad electoral se fundamenta en la causal 7 del artículo 275 del mencionado compendio normativo. En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia impugnada por medio de la cual, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, el 15 de septiembre del año en curso, amparó los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia del [actor].

NOTA DE RELATORIA: a partir de la entrada en vigencia del CPACA, la Sala ha señalado que el agotamiento del requisito de procedibilidad en nulidad electoral solo es exigible cuando la demanda se fundamenta en las causales de nulidad electoral establecidas en los numerales 3 y 4 del artículo 275, esto es, que los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales, o que los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema constitucional o legalmente establecido para la distribución de curules o cargos a proveer. Al respecto consultar las sentencias de 4 de diciembre de 2014, exp. 11001-03-28-000-2014-00048-00, 28 de enero de 2016, exp. 63001-23-33-000-2015-00318-01 y 5 de mayo de 2016, exp. 50001-23-33-000-2015-00666-01.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00892-01(AC)

Actor: FERNANDO DE LA PEÑA MARQUEZ

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Decide la Sala las impugnaciones¹ presentadas por el Tribunal Administrativo del Cesar y Carlos Alveiro Meneses Pérez (Alcalde electo del municipio de Río de Oro, Cesar), contra el fallo de 15 de septiembre de 2016, proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por medio del cual **amparó el debido proceso y el acceso a la administración de justicia** invocados en la tutela.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

El apoderado judicial del señor **FERNANDO DE LA PEÑA MÁRQUEZ** presentó acción de tutela el 1 de abril de 2016², en la que solicitó el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la prevalencia del derecho sustancial y al acceso a la administración de justicia, que consideró vulnerados con la providencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, el 17 de marzo de 2016, por medio de la cual, resolvió un recurso de súplica, revocó el auto del 8 de marzo de 2016 (audiencia inicial) y, en su lugar, declaró probada la excepción de «*inepta demanda por omisión o indebido agotamiento del presupuesto constitucional del requisito de procedibilidad*», adoptada dentro del medio de control de nulidad electoral de única instancia No. 20-001-23-39-001-2015-00613-00.

1.2. Hechos de la acción

La Sala resume los hechos relevantes de la tutela de la siguiente manera:

a) El tutelante, mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, solicitó la nulidad de la elección del señor Carlos Alveiro Meneses Pérez, como alcalde municipal de Río de Oro, alegando como causal la establecida en el artículo 275, numeral 7 del CPACA, que establece: «*Tratándose de la elección por voto popular por circunscripciones distintas a la nacional, los electores no sean residentes en la respectiva circunscripción*»³.

b) El Magistrado ponente del Tribunal Administrativo del Cesar, admitió la demanda con auto del 15 de diciembre de 2015⁴.

c) Continuado con el trámite de rigor, el 8 de marzo de 2016, se llevó acabo la audiencia inicial, según el acta No. 21⁵. La parte demandada propuso la excepción previa que denominó «*inepta demanda por omisión o indebido agotamiento del presupuesto constitucional del requisito de procedibilidad*».

La anterior excepción fue negada, para lo cual explicó el ponente que el cargo propuesto es concerniente con el «*fenómeno conocido como “trasteo electoral”*»,

¹ Fls. 162 – 164 y 165 – 169, respectivamente.

² Fls. 1 – 23. Poder a fl. 24.

³ Como se lee en la demanda de nulidad electoral aportada escaneada en CD que se allegó con la tutela. Sobre de manila antes del fl. 1.

⁴ Fls. 30 – 39.

⁵ Fls. 40 – 47.

“trasteo de votantes” o “trashumancia electoral”» que prohíbe el artículo 316 de la Constitución, norma que fue desarrollada por el numeral 7 del artículo 275 del CPACA.

También puso de presente que el Acto Legislativo 1 de 2009, introdujo un nuevo párrafo en el artículo 237 constitucional, del siguiente tenor:

«Para ejercer el Contencioso Electoral ante la Jurisdicción Administrativa contra el acto de elección de carácter popular cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, es requisito de procedibilidad someterlas, antes de la declaratoria de elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral».

Explicó que el anterior precepto constitucional fue objeto de desarrollo legal en la Ley 1437 de 2011, artículo 161, numeral 6, donde se estableció que cuando «se invoquen como causales de nulidad del acto de elección por voto popular aquellas contenidas en los numerales 3 y 4 del artículo 275 de este Código, es requisito de procedibilidad haber sido sometida por cualquier persona antes de la declaratoria de la elección a examen de la autoridad administrativa electoral correspondiente».

Con fundamento en la anterior norma, concluyó que la causal establecida en el numeral 7 del artículo 275 del CPACA, «está excluida del requisito de procedibilidad establecido en el numeral 6º del artículo 161 del citado compendio normativo».

La decisión, por medio de la cual, se negó la excepción propuesta por la parte demandada, fue notificada en estrados, su apoderado interpuso «recurso de apelación... y en subsidio recurso de súplica».

d) Los demás integrantes del Tribunal Administrativo del Cesar⁶, mediante providencia del **17 de marzo de 2016**⁷, resolvieron el recurso de súplica, a través del cual, revocaron el auto recurrido, y, en su lugar, se dispuso «*declarar probada la excepción propuesta, y en consecuencia dar por terminado el proceso*».

En las consideraciones, transcribió apartes, de las siguientes providencias de la Sección Quinta del Consejo de Estado:

- Auto del 4 de diciembre de 2014, radicado No. 11001-03-28-000-2014-00048-00, por medio del cual resolvió un recurso de súplica.
- Providencial del 31 de octubre de 2013, expediente No. 08001-23-31-000-2011-01436-01, por medio de la cual, resolvió un recurso de apelación de sentencia electoral.
- Auto del 15 de octubre de 2015, radicado No. 11001-03-28-000-2014-00080-00, por medio del cual resolvió un recurso de súplica.

Con fundamento en las anteriores providencias, concluyó la autoridad judicial que:

⁶ <https://www.ramajudicial.gov.co/portal/inicio/mapa/tribunales-administrativos>

⁷ Fls. 49 – 54.

«...en el caso que nos ocupa resulta necesario agotar el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 8 del Acto Legislativo 01 de 2009, que modificó el artículo 237 de la Constitución Política, así el numeral 6° del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 no haga mención expresa a esta exigencia, que se estima comprendida en la remisión de esa norma, a lo previsto en el numeral 3° del artículo 275 ibídem, en cuanto en ella quedan comprendidas todas las causales objetivas de nulidad electoral».

1.3. Fundamentos de la acción

El accionante manifestó que, en el presente caso se configuraron las siguientes causales especiales de procedibilidad de la tutela cuando con ella se cuestiona una providencia judicial, a saber:

1.3.1. **Defecto sustantivo.** El presente cargo se estructuró, toda vez que, el Tribunal Administrativo del Cesar desconoció lo establecido en la Ley 1437 de 2011 en sus artículos 161 y 275. También manifestó que es *«inaceptable que el auto de fecha 17 de Marzo del presente calendario, inaplique y desconozca la ley 1437, en su artículo 161-6, y art 275, y solo se sustente en unas jurisprudencias ambiguas»*.

1.3.2. **Defecto procedimental absoluto.** Frente al cual afirmó que no es cierto que se requiera agotar requisito de procedibilidad cuando la causal de nulidad electoral impetrada corresponda a la del numeral 7 del artículo 275 del CPACA, pues dicho requisito para acceder a la jurisdicción establecido por el Acto Legislativo No. 1 de 2009, que modificó el artículo 237 de la Constitución, *«fue desarrollado por el numeral 6 del artículo 161 del CPACA, dentro del ejercicio de la libertad de configuración normativa que confiere la misma Constitución»*, fijando claramente como requisito de procedibilidad cuanto se presente el medio de control de nulidad electoral fundado en las cuales 3 y 4 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011.

1.3.3. **Defecto procedimental por exceso ritual manifiesto.** Lo hizo consistir en que la autoridad judicial en vez de aplicar la principal fuente de derecho, como es la ley (art. 161 – 6 CPACA), prefirió una auxiliar como es la jurisprudencia, con lo que se afecta el principio de prevalencia del derecho sustancial.

1.3.4. **Violación directa de la Constitución.** Para el apoderado del tutelante, el Tribunal Administrativo del Cesar *«usurp{ó} las funciones»* de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, al indicar que el legislador incurrió en imprecisiones al desarrollar los artículos 237 y 316 de la Constitución, en el numeral 6 del artículo 161 de CPACA.

Los anteriores argumentos los desarrolló a lo largo del escrito de tutela; la Sala los citará en aquellos apartados que lo considere pertinente.

1.4. Pretensión constitucional

El accionante solicitó que se restablezcan sus derechos fundamentales y, en consecuencia, «se revoque y se deje sin efectos el Auto de fecha 17 de marzo del 2015 {sic}, por medio del cual el Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar, dispuso declarar probada la excepción propuesta» y se ordene continuar con el proceso y se resuelva en derecho⁸.

2. Trámite de instancia de la tutela

La Sección Cuarta del Consejo de Estado con auto del 11 de abril de 2016 admitió la acción constitucional, en el que ordenó notificar como demandado a los integrantes del Tribunal Administrativo del Cesar.

Como tercero con interés, dispuso vincular al alcalde municipal de Río de Oro, a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁹.

Remitidas las comunicaciones del caso¹⁰, se dieron las siguientes intervenciones:

3. Intervenciones

3.1. Tribunal Administrativo del Cesar

La autoridad judicial cuestionada al contestar la tutela hizo referencia a los hechos que la originaron. Manifestó que la Sección Quinta de forma reiterada ha establecido la exigencia de tal requisito, para lo cual referencia el auto de fecha 17 de marzo de 2016, radicado No. 76001-23-33-000-2015-01579-01, actor Miguel Alexander Ruíz Murillo, para solicitar que se niegue el amparo deprecado «*por cuanto la providencia que profirió la Corporación no es constitutiva de vía de hecho judicial*»¹¹.

3.2. Registraduría Nacional del Estado Civil

El Jefe de la Oficina Jurídica de la presente entidad solicitó negar las pretensiones por estar demostrada la improcedencia de la acción, bajo el siguiente argumento: «*no es el momento procesal, para entrar a discutir sobre los defectos materiales de la providencia atacada, por mera interpretación que hace el accionante, cuando cómo {sic} se expuso en precedencia, la carga argumentativa y jurídica de la sentencia de segunda instancia {sic} es suficiente clara en exponer las razones de imposibilidad jurídica y material sobre la cual se encontraba la entidad accionada para dar cumplimiento al fallo tutela de primera instancia*»¹².

La Sala realiza la anterior transcripción para denotar que presente intervención

⁸ Fl. 21.

⁹ Fl. 80.

¹⁰ Fls. 81 - 98.

¹¹ Fls. 99 - 101.

¹² Fls. 103 - 107.

nada tiene que ver con el objeto de la presente acción constitucional.

3.3. El Alcalde Municipal de Río de Oro

El señor Carlos Alveiro Meneses Pérez, al intervenir como tercero con interés, luego de hacer referencia a los hechos que dieron origen al proceso de nulidad electoral y los fundamentos de la tutela manifestó que de la *«réplica y la exposición de censuras expuestas en procedencia, ha quedado derruida la presunción de acierto y legalidad de las pretensiones de la demanda por ser vagas e imprecisas. No existen razones, ni fundamentos jurídicos, ni probatorios, que permitan acceder a ellas con base en los argumentos expuestos integralmente, y por ello, esta autoridad de tanta elevación jurídica debe abstenerse al reconocimiento de la totalidad de las mismas»*¹³.

3.4. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la ANDJE manifestó que *«una vez analizadas las pretensiones y las causas que dieron origen a la presente acción de tutela, esta Agencia no se pronunciará o intervendrá en la misma»*¹⁴.

4. Fallo de primera instancia¹⁵

La Sección Cuarta del Consejo de Estado **amparó los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia**, mediante sentencia del 15 de septiembre de 2016, pues al estudiar las pruebas allegadas a la acción constitucional, concluyó que existió la vulneración de derechos alegada, por configurarse el defecto sustantivo¹⁶ planteado en la tutela, manifestó al respecto¹⁷:

«4.2. En el caso propuesto, se tiene que la autoridad judicial, tal y como lo señaló la parte accionante, consideró que el requisito de procedibilidad de que trata el numeral 6° del artículo 161 de la Ley 1437 del 2011, sí resulta aplicable a todos los procesos en los que la demanda de nulidad electoral tenga como fundamento las llamadas causales objetivas, incluida la del número 7° del artículo 275 *ibídem*.

...

4.3. La Sala considera que el cargo por defecto material o sustantivo sí tiene vocación de prosperidad, por las razones que pasan a exponerse así:

¹³ Fls. 111 -114.

¹⁴ Fls. 115 – 117.

¹⁵ Fls. 124. Auto del 8 de junio de 2016, en el cual se lee:

«En razón de que en sala del 8 de junio de 2016 no se obtuvo la mayoría necesaria para tomar la decisión en el proyecto de la referencia, pase este asunto a la Presidencia de la Sección, para lo correspondiente al sorteo de un Conjuez».

¹⁶ Fl. 145. La Sección Cuarta del Consejo de Estado, al fijar el problema jurídico preciso que la *«la Sala se restringirá al análisis formal del defecto material o sustantivo. Tal decisión tienen como fundamento que la totalidad de los argumentos planteados en la demanda de tutela guardan relación con dicha causal o defecto. Si bien existen argumentos invocados a la luz de los defectos procedimental absoluto y violación directa de la constitución, lo cierto es que los mismos se relacionan con aplicación de las normas que regulan la procedibilidad del medio de control de nulidad electoral y, como tal, con aspectos propios de aquel defecto y no de estos últimos»*.

¹⁷ Fls. 142 - 147.

4.3.1. Encuentra la Sala que el accionante no estaba obligado a hacerlo, ya que dicho requisito de procedibilidad sólo aplica en aquellos procesos en los que se invocan las causales 3ª y 4ª del artículo 275 *ibídem* y, como tal, las demandas como la que estudia en el presente proceso, en las que se invocan causales diferentes a las mencionadas, no están sometidas al requisito de procedibilidad del referido artículo 161 del C.P.A.C.A.

En ese sentido, exigirle al actor que cumpla con una carga procesal a la que la ley no lo obliga y, con esto, hacer extensivos los efectos normativos del mencionado artículo, implica *per se* la interpretación indebida del ordenamiento jurídico vigente y aplicable, esto es, la configuración del defecto material o sustantivo por interpretación errónea de la ley.

...

Frente a esto último, se deben tener en cuenta que la restricción que impone el tribunal demandado es contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que, de conformidad con los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos^{16 {18}}, vinculantes por el denominado control de convencionalidad, la restricción de un derecho convencional, como es la protección judicial efectiva –artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos–, debe estar prevista en ley - no en los precedentes y, además, perseguir un fin legítimo, y ser idónea, necesaria y proporcional. Frente al caso particular se resalta el hecho que la restricción al derecho de acceso a la administración de justicia debe estar contenida en la ley, para el caso en el artículo 161.6 de la Ley 1437 de 2011».

4. Impugnación

4.1. Tribunal Administrativo de Cesar

La autoridad judicial cuestionada solicitó revocar el fallo de tutela de primera instancia y, en su lugar, negar el amparo deprecado¹⁹.

Para soportar lo anterior, indicó que pese a que el CPACA solo exigió el requisito de procedibilidad para dos causales (numeral 6 del artículo 161), «*excluyendo la trashumancia, es dable dar prevalencia a lo que establecido en el artículo 8ª del Acto Legislativo No. 01 de 2009, que extendió esa exigencia a todas las causales objetiva*».

Luego indicó que el Consejo de Estado, en vigencia del acto legislativo, estableció una línea jurisprudencial en la que fundamentó la decisión cuestionada y transcribió los mismos apartes que utilizó en el auto con que resolvió el recurso de súplica. Para concluir que:

«...es claro que la interpretación normativa realizada por este Tribunal al proferir la providencia judicial de fecha 17 de marzo de 2016, no adolece de defecto fáctico o sustantivo alguno, pues la misma se realizó no solo a la luz de las normas ordinarias aplicables al asunto en cuestión, sino también a

¹⁸ «Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Escher y Otros vs. Brasil. Sentencia de 6 de julio de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 129».

¹⁹ Fls. 162 – 164.

normas de rango superior como las Constitucionales que han tenido su desarrollo acogiendo los criterios jurisprudenciales citados, si bien difieren de una Sección a otra en el H. Consejo de Estado, lo cierto es que el desconocimiento del mismo, si implicaría una violación flagrante a los derechos fundamentales del actor».

4.2. Alcalde electo del Municipio de Río de Oro

Como tercero con interés solicitó revocar el fallo, para lo cual reiteró los argumentos dados durante la primera instancia, luego al analizar nuevamente el caso, indicó que no se cumplió con el requisito que fija el artículo 237 de la Constitución, así como el numeral 6 del artículo 161 del CPACA, así *«no haga mención expresa de tal existencia {para la trashumancia}, que se estima comprendidas en la remisión que esa norma, a lo previsto en el numeral 3º del artículo 275 ibidem, en cuanto en ella quedan comprendidas todas las causales objetiva de nulidad electoral»*.

Finalmente, el fallo de tutela de primera instancia *«se aparta del criterio jurisprudencial que viene trazado, precisamente por la Sala de esta alta corporación, especializada en la materia de que se trata, esto es, la de asuntos electorales»*²⁰.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para asumir el conocimiento de las impugnaciones presentadas, según lo establecido por el Decreto No. 2591 de 1991²¹, el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto No. 1069 de 2015²² y por el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003²³ de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2. Asunto bajo análisis

De conformidad con los antecedentes de la acción de tutela, el fallo de primera instancia de esta y la impugnación presentada, corresponde a la Sala determinar:

- i. Procedencia de la acción de tutela cuando va dirigida contra providencias judiciales; superado lo anterior;
- ii. Se debe establecer si el fallo de tutela de primera instancia se debe confirmar, modificar o revocar, a partir de los argumentos dados en las impugnaciones y se analizará si la autoridad judicial cuestionada incurrió en alguno de los defectos alegados, en vulneración de los derechos fundamentales invocados en la tutela.

²⁰ Fls. 165 – 169.

²¹ *«Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política»*.

²² *«Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho»*.

²³ *«Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado»*.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012²⁴, **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales²⁵, y en ella concluyó:

«... si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, **antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203)**, han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente...**»²⁶.

Conforme al anterior precedente, es claro que la Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, conforme a él, es necesario estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, para la Sala ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los «...*fijados hasta el momento jurisprudencialmente...*». En efecto, sabido es que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia²⁷ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo, procedencia sustantiva, y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto - procedencia adjetiva.

²⁴ Sala Plena del Consejo de Estado. Expediente 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de tutela (Importancia jurídica), actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

²⁵ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

²⁶ Negrilla con subrayado no es del texto original.

²⁷ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.

En ese orden, primero se verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: *i)* que no se trate de tutela contra tutela; *ii)* subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado; y *iii)* inmediatez.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará **improcedente** el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

4. Examen de los requisitos: Procedencia adjetiva

Frente a estos la Sala ha establecido que cuando el *a quo* de la tutela ha estudiado el fondo de asunto, es porque realizó el debido análisis de los requisitos de procedibilidad y si los mismos no fueron objeto de impugnación esta Sección entiende que aquellos se dieron por superados, por lo que en esta instancia no se abordará su estudio.

5. Estudio de Fondo

Para la Sala una vez estudiados los antecedentes, el fallo de tutela de primera instancia, las impugnaciones contra esta y la providencia censurada con la presente acción, proferida por el Tribunal Administrativo de Cesar, evidencia que el defecto sustantivo alegado se configuró, motivo por el cual, confirmará la decisión impugnada, como se explica a continuación.

La posición mayoritaria de esta Sección frente al tema de agotamiento del requisito de procedibilidad²⁸ en nulidad electoral, como se indicará en las providencias que adelante se relacionan, a partir de la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, es que solo es exigible cuando la demanda se fundamenta en que los «*documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales*» o que los «*votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema constitucional o legalmente establecido para la distribución de curules o cargos a proveer*», es decir, a las causales de nulidad electoral establecidas en los numerales 3 y 4 del artículo 275, de conformidad con el numeral 6 del artículo 161 del CPACA, norma que estableció el legislador dentro de su función constitucional, al desarrollar el párrafo²⁹ del artículo 237 de la Constitución.

Ya desde la providencia que el Tribunal Administrativo del Cesar citó como fundamento de la decisión que ahora se cuestiona, con ponencia de esta

²⁸ CPACA artículo 161, numeral 6: «...es requisito de procedibilidad haber sido sometido por cualquier persona antes de la declaratoria de la elección a examen de la autoridad administrativa electoral correspondiente».

²⁹ «Para ejercer el Contencioso Electoral ante la Jurisdicción Administrativa contra el acto de elección de carácter popular cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, es requisito de procedibilidad someterlas, antes de la declaratoria de elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral».

Consejera, calendada el 4 de diciembre de 2014, dentro del radicado No. 11001-03-28-000-2014-00048-00, actora la señora Blanca Oliva Casas y demandados los **Representantes a la Cámara por Bogotá D.C.**, al resolver un recurso de súplica, sobre el requisito de procedibilidad se explicó que las normas constitucionales como la contenida en el artículo 237 superior responde a la filosofía de ingreso a la administración de justicia haciendo uso razonado y razonable del mecanismo, y por ende, de aquella.

Pero también se resaltó el hecho de que la norma constitucional establece elementos definitorios o esenciales del requisito de procedibilidad, que en su contenido son propios del contexto de una norma constitucional, pues la disposición que se refirió a los aspectos necesarios para entender el requisito y, no le era necesario entrar sobre el detalle, pues la técnica de redacción de las disposiciones y denominadas marco, no permiten entrar en reglamentarismos o sobre el detalle de la regulación, pues ello le corresponde a la ley.

Y se hizo hincapié que desde el punto de vista de la exégesis, el artículo 161 numeral 6 del CPACA, aunque no en forma fidedigna³⁰, responde al mandato constitucional superior que ha sido voluntad del Constituyente derivado y que no entra en oposición con la voluntad del Constituyente Primario, única posibilidad de predicar disconformidad al interior de los mandatos que integran la Constitución Política, en las figuras de la sustitución de la Constitución y la intangibilidad de la misma.

Razones por la cuales, se debe exigir el cumplimiento del requisito de procedibilidad en los términos del artículo 161 numeral 6 del CPACA, en tanto que este responde y desarrolló la previsión constitucional del artículo 237 superior.

Esta Sala de forma mayoritaria, en providencia del 28 de enero de 2016, dentro del proceso No. 63001-23-33-000-2015-00318-01³¹, demandante la señora Érica Fernanda Falla García, decidió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de 18 de noviembre de 2015, mediante el cual el Tribunal Administrativo del Quindío, rechazó la demanda de nulidad electoral por no haberse agotado el requisito de procedibilidad. En el numeral 2.3 de las consideraciones se indicó:

«De conformidad con lo dispuesto en el artículo 161.6 del C.P.A.C.A., cuando se invoquen como causales de nulidad del acto de elección por voto popular, aquellas contenidas en los numerales 3º y 4º del artículo 275 del mismo Código, es requisito de procedibilidad haber sido sometido por cualquier

³⁰ Se afirma de esa forma porque el artículo citado al consagrar el requisito de procedibilidad para las demandas de nulidad contra el acto de declaratoria de elección en las justas por voto popular, sólo lo impuso para las causales contenidas en los numerales 3 y 5 del artículo 275 del CPACA, ello podría significar que el legislador solo instrumentalizó parcialmente el mandato del párrafo del artículo 237 constitucional respecto de dos causales, dejando por fuera a otras irregularidades de índole objetivo.

³¹ Consejera ponente LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ. Salvó el voto el doctor ALBERTO YEPES BARREIRO.

persona antes de la declaratoria de la elección, a examen de la autoridad administrativa electoral correspondiente»³².

Y al iniciar el caso concreto (numeral 2.4), expuso:

«En el *sub examine*, la Sala encuentra que, la causal invocada por la parte demandante es la contenida en el numeral 3° del artículo 275 del C.P.A.C.A., el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 161.6 del mismo Código, debe agotar el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 237 Constitucional; no obstante, tal como lo señaló el Tribunal Administrativo del Quindío, en la demanda no se manifiesta, ni se acredita que se hubieren presentado, en la oportunidad correspondiente, reclamaciones, solicitudes de revisión o cuestionamientos que pusieran en evidencia los vicios que ahora se alegan en sede jurisdiccional; pues, si bien se ha permitido que, para agotar el referido requisito, debe presentarse, por cualquier ciudadano, en sede administrativa y ante cualquier instancia el escrito señalado, ello en ningún modo, puede surtirse con posterioridad a la expedición del acto por medio del cual se ha declarado la elección».

Por otro lado, en decisión del 5 de mayo de 2016, dentro del radicado No. 50001-23-33-000-2015-00666-01³³, con ponencia de la Magistrada ROCÍO ARAÚJO OÑATE, la Sala resolvió el recurso de apelación interpuesto a través de apoderado judicial por los accionados, contra la decisión adoptada en la audiencia inicial del 09 de marzo de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Meta declaró no probada la excepción de inepta demanda por el no agotamiento del requisito de procedibilidad, propuesta por la Registraduría Nacional del Estado Civil y los demandados. Donde se explicó en el numeral 4.2 de las consideraciones, lo siguiente:

«El artículo 8 del Acto Legislativo 01 de 2009 modificadorio del artículo 237 Superior, impuso como obligación para ejercer el medio de control de nulidad electoral en cuanto a elecciones por voto popular se trate y, en los casos en éste se funde en irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, que de manera previa a la declaratoria de la elección y ante las autoridades administrativas electorales, se haya puesto de presente las irregularidades que puedan constituir nulidad de la misma.

El numeral 6 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, limitó el requisito de procedibilidad a las causales de nulidad electoral consagradas en los numerales 3° y 4° del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011 y fijó la regla relativa a la legitimación en la causa por activa para su agotamiento, estableciendo que, cualquier persona puede promoverlo...

De cara a lo anterior, el agotamiento del requisito de procedibilidad se constituye en un presupuesto procesal del medio de control de nulidad electoral, en los eventos consagrados en los numerales 3° y 4° del artículo

³² Criterio reiterado en las siguientes providencias:

- 26 de mayo de 2016, con ponencia del Consejero ALBERTO YEPES BARREIRO (quien aclaró su voto), radicado No. 73001-23-33-004-2015-00762-01, actora: Adriana Milena Romero Galeano.
- 30 de junio de 2016, con ponencia del doctor CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO, expediente No. 08001-23-33-000-2016-00069-01, demandante: Carlos Arturo Hernández Carrillo; aclaró el voto el doctor YEPES BARREIRO.

³³ Aclaró el voto el Consejero ALBERTO YEPES BARREIRO.

275 de la Ley 1437 de 2011; razón por la cual corresponde al Juez al momento de admitir la demanda verificar su agotamiento»³⁴.

Todas las anteriores referencias jurisprudenciales, las demandas de nulidad electoral se fundamentaron en las causales 3 y 4³⁵ del artículo 275 del CPACA, ahora bien, esta Sección del Consejo de Estado, también ha tenido la oportunidad de pronunciarse, cuando el pilar o base de la demanda corresponde a la causal 2³⁶ y 7³⁷.

Sobre la primera, en providencia del 5 de mayo de 2016, con ponencia este Despacho, dentro del radicado No. 05001-23-33-000-2015-02594-01 y actores los ciudadanos Oscar Andrés Pérez Muñoz, Maribel Sánchez y Diego Fernando Díaz Patiño, la Sala³⁸ resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de 19 de febrero de 2016, mediante el cual el Tribunal Administrativo del Antioquia, rechazó la demanda de nulidad electoral; donde se decidió:

«PRIMERO. REVOCAR PARCIALMENTE el auto de 19 de febrero de 2016, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante el cual **rechazó** la demanda de nulidad electoral, presentada por **OSCAR ANDRÉS PÉREZ MUÑOZ, MARIBEL SÁNCHEZ Y DIEGO FERNANDO DÍAZ PATIÑO** contra el acto de elección de la **JUNTA ADMINISTRADORA LOCAL DE BELLO** del municipio de Bello – Antioquia, en lo que se refiere al rechazo de los hechos y pretensiones relacionadas con el numeral 2 del artículo 275 del CPACA»³⁹

Para resolver lo anterior, en las consideraciones se explicó que *«a la luz del numeral 6º del artículo 161 del CPACA el agotamiento del requisito de procedibilidad se establece sólo frente a los vicios de los numerales 3 y 4 del artículo 275, por lo que es necesario aclarar que no se requiere agotamiento de*

³⁴ Reiterada en las providencias que a continuación se relacionan:

- 25 de agosto de 2016, de la misma Consejera ponente, radicado No. 66001-23-33-000-2015-00563-01, actor: Héctor Fabio Artunduaga Mejía; revisado en sistema de la Corporación no se dieron aclaraciones ni salvamento de voto.

- 21 de septiembre de 2016, con ponencia de la doctora ROCÍO ARAÚJO OÑATE, expediente No. 44001-23-33-000-2015-00172-01, demandante: Amilkar Hernando Gómez Toro. *Idem*.

³⁵ En providencia del 15 de diciembre de 2014, dentro de proceso de nulidad electoral No. 11001-03-28-000-2014-00087-00, demandante Humberto de Jesús Longas Londoño y demandados Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras, Magistrado ponente ALBERTO YEPES BARREIRO (E), sobre la causal 4 del artículo 275 del CPACA, al resolver un recurso de súplica que presentó el demandante contra el auto de 14 de noviembre de 2014, por el cual se rechazó la demanda, se indicó

«Además, para la Sala es evidente que, en tratándose de la causal de nulidad contemplada en el numeral 4 del artículo 275 del C.P.A.C.A., el agotamiento del requisito de procedibilidad se torna imposible cuando la asignación de curules se efectúa en el mismo acto de elección, toda vez que las normas exigen que esto ocurra antes de su declaratoria y aquella es concomitante a la aplicación del respectivo sistema electoral establecido al efecto por la Constitución o la Ley».

³⁶ «Se hayan destruido los documentos, elementos o el material electoral, así como cuando se haya ejercido cualquier tipo de violencia o sabotaje contra estos o contra los sistemas de votación, información, transmisión o consolidación de los resultados de las elecciones».

³⁷ «Tratándose de la elección por voto popular por circunscripciones distintas a la nacional, los electores no sean residentes en la respectiva circunscripción».

³⁸ Revisado en sistema de la Corporación no se dieron aclaraciones ni salvamento de voto.

³⁹ Negrilla del texto original.

requisito de procedibilidad respecto a los hechos que se relacionen con el numeral 2 del artículo 275 del CPACA».

Finalmente, en decisión del 17 de junio de 2016, proceso No. 13001-23-33-000-2016-00118-01⁴⁰, demandante Daniel Antonio Vargas Díaz, quien en las pretensiones solicitó que «...*declare que son nulos los votos de ciudadanos que no son residentes en las circunscripciones de las mesas demandadas, conforme a lo establecido en el numeral 7 del artículo 275 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo...*», en las consideraciones, respecto al tema de la procedibilidad de a la acción de nulidad electoral, los siguiente:

«Además, en reciente pronunciamiento⁷ {41}, la Sala clarificó que el agotamiento del requisito debe entenderse exclusivo y circunscrito a las causales objetivas dentro de las elecciones por voto popular, que prevé la norma, esto es las causales previstas en los numerales 3° y 4°, no incluyendo, por ende, a la transhumancia {sic}, que con el CPACA entró en el abanico de los hechos constitutivos de nulidad electoral, en el numeral 7^o⁸ {42} del artículo 275, en atención a la previsión restrictiva y focal que hace el artículo 161 numeral 6° del CPACA, al prever la exigencia del requisito para las causales ya referidas 3ª y 4ª únicamente».

Para este juez constitucional, de lo expuesto se evidencia que se configuró el defecto sustantivo alegado, porqué el Tribunal Administrativo del Cesar, no aplicó en debida forma el artículo 161 numeral 6 del CPACA, al exigir el agotamiento del requisito de procedibilidad, consistente en haber acudido previamente ante la autoridad administrativa electoral; toda vez que, en el presente caso, la demanda de nulidad electoral se fundamenta en la causal 7 del artículo 275 del mencionado compendio normativo.

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia impugnada por medio de la cual, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, el 15 de septiembre del año en curso, **amparó** los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia del señor **FERNANDO DE LA PEÑA MÁRQUEZ**, de conformidad con las razones atrás expuestas.

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

FALLA

⁴⁰ Aclaró el voto el Consejero ALBERTO YEPES BARREIRO.

⁴¹ «Auto de 5 de mayo de 2016. Radicación No: 05001-23-33-000-2015-02594-01. Actor: Actor: Óscar Andrés Pérez Muñoz, Maribel Sánchez Y Diego Fernando Díaz Patiño. Demandado: Junta Administradora Local de Bello. C.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez».

⁴² «**Artículo 275. Causales de anulación electoral.** Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

(...)

7. *Tratándose de la elección por voto popular por circunscripciones distintas a la nacional, los electores que no sean residentes en la respectiva circunscripción».* Negrilla es del original

Primero: Confirmar la sentencia del 15 de septiembre de 2016 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado por medio de la cual **amparó** los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia del señor **FERNANDO DE LA PEÑA MÁRQUEZ**, de conformidad a las consideraciones de la presente acción.

Segundo: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32, inciso 2° del Decreto 2591 No. de 1991.

Tercero: Notifíquese a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto No. 2591 de 1991, publíquese y cúmplase.

COPÍESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

ALBERTO YE BARREIRO