CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

MAGISTRADA PONENTE: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., veinte (20) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Referencia:	TUTELA
Radicación:	11001-03-15-000-2018-02428-01
Demandante:	HERNANDO ZABALETA ECHEVERRY
Demandado:	TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
Temas:	Tutela contra providencia judicial. Falta de legitimación por activa.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala la impugnación presentada por la parte actora contra el fallo de 15 de noviembre de 2018, por medio del cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado declaró improcedente la acción de tutela.

I. ANTECEDENTES

1.1. La tutela

El señor **HERNANDO ZABALETA ECHEVERRY**, en nombre propio, ejerció acción de tutela invocando la protección de los derechos fundamentales a elegir, al debido proceso "principio de legalidad", defensa, "presunción de inocencia, "principio de favorabilidad y moralidad administrativa", que considera vulnerados por la suspensión provisional de la elección de **Antonio Quinto Guerra Varela** decretada por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

1.2. Hechos

El actor manifestó como elementos fácticos, en síntesis, los siguientes:

En mayo de 2018, **Germán Calderón España** en su calidad de Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa y Judicial, ejerció medio de control de nulidad en el cual solicitó la anulación del acto de elección del señor Antonio Quinto Guerra Varela, como alcalde de Cartagena de Indias, D.T. y C.

La demanda correspondió al magistrado del Tribunal Administrativo de Bolívar **Roberto Mario Chavarro Colpas**, quien mediante providencia de 24 de mayo de 2018 suspendió de manera provisional los efectos jurídicos del acto de elección demandado.

Para arribar a la anterior decisión, sostuvo que el Tribunal adujo que "…se puede inferir razonablemente que el señor **Antonio Quinto Guerra Varela** efectivamente se podría encontrar incurso en una causal de inhabilidad", pero considera que dicha decisión "…desconoce burda y groseramente todo el ordenamiento jurídico existente, relacionado con el término que debe tenerse en cuenta para la celebración de contratos con el Estado antes de una elección para alcalde".

Adujo que la rapidez con la que se adoptó la decisión de suspender los efectos jurídicos del acto acusado "…genera sospechas y suspicacias" y destacó que se trata de una decisión "carente de fundamentos jurídicos".

Indicó que el Consejo de Estado, Sección Quinta, en decisión de 31 de mayo de 2018[1], negó la suspensión provisional requerida "…en un caso idéntico al de Antonio Quinto Guerra Varela (…) que reafirma la pacífica jurisprudencia sobre el tema, en cuanto a que la fecha que cuenta para la inhabilidad al cargo es la celebración del contrato y no la de su ejecución, reiterando que la celebración y la ejecución son dos figuras jurídicas distintas".

Manifestó que los contratos "…de Quinto Guerra con el Ministerio de Vivienda y con la Gobernación de Bolívar **fueron suscritos en enero y marzo de 2017** y se ejecutaron en Cartagena, las elecciones fueron el 6 de mayo de 2018, es decir, **la causal de inhabilidad NO APLICA de entrada",** lo que en su criterio demuestra que la decisión del Tribunal incurre en vías de hecho**.**

Indicó que otro argumento del Tribunal para arribar a la decisión de suspender el acto de elección demandado es que "…los contratos de Quinto Guerra fueron prorrogados…", lo cual es cierto pero debe tenerse en consideración que "…la prórroga de un contrato estatal es una mera extensión del término y del presupuesto del contrato inicial, es decir no es un nuevo contrato. Con esta conducta se desconoce toda la jurisprudencia existente en el Consejo de Estado, porque lo que están haciendo es incurrir vías de hecho".

Afirmó que en su calidad de ciudadano apoyó la campaña de **Antonio Quinto Guerra Varela** y "…conceptué en dos ocasiones sobre la inexistencia de inhabilidad sobre el mismo, por lo cual estoy legitimado para interponer la presente acción de tutela en defensa de los intereses de todos los cartageneros especialmente de aquellos 71.000 ciudadanos que ganaron unas elecciones y tenían la legítima expectativa de verse representados en un gobierno distrital que no alcanzó a durar ni un mes".

Sumado a lo dicho, expuso que la decisión del Tribunal, además de quebrantar el ordenamiento jurídico "…afecta la confianza inversionista (…) por los constantes cambios de alcalde…".

---

[1] Rad. No. 2018-00018-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Finalmente, indicó que con la presente tutela busca evitar la configuración de un perjuicio irremediable, como lo puede ser la presentación de una "...millonaria demanda contra la Rama Judicial..." y "....dejar a la ciudad sin representación popular es un antecedente político muy grave pero suspender del cargo a un inocente que ajustó su actuar de conformidad con los postulados del Consejo de Estado sería una inaceptable vía de hecho".

1.3. Fundamentos de la tutela

A juicio del tutelante, la providencia del Tribunal, en resumen:

Contradice el precedente fijado por el Consejo de Estado, Sección Quinta, decisión de 31 de mayo de 2018[2], que diferencia entre celebración y ejecución de contratos.

Vulnera el principio de moralidad administrativa porque la suspensión provisional de la elección del alcalde de Cartagena desconoce el interés general "...de un grupo mayoritario de ciudadanos que votaron..." por **Antonio Quinto Guerra Varela**.

Atenta contra el principio de igualdad porque casos similares han sido resueltos de manera contraria al presente, además de los principios de favorabilidad, confianza legítima y el derecho a elegir y ser elegido.

1.4. Pretensiones

El peticionario solicitó que:

> "**1.** Se decrete la suspensión de los efectos del auto interlocutorio 124 de 2018 que resolvió suspender del cargo de Alcalde Mayor de Cartagena de Indias al señor **Antonio Quinto Guerra Varela,** hasta tanto no haya un fallo definitivo y ejecutoriado que resuelva su situación jurídica.
>
> **2.** Que como consecuencia de lo anterior se ordene el reintegro al cargo de Alcalde Mayor de Cartagena de Indias al señor **Antonio Quinto Guerra Varela.**
>
> **3.** Se le advertirá al Tribunal Administrativo de Bolívar (...) [que] dentro del proceso de radicado 2018-394, **debe proferir un fallo observando todos los precedentes jurisprudenciales** que sobre la materia ha sentenciado el Consejo de Estado y que no puede apartarse de los mismos de forma caprichosa".

1.5. Trámite de primera instancia

La tutela se presentó el 21 de junio de 2018[3], ante la Corte Constitucional, corporación que por auto de 11 de julio del mismo año[4] lo remitió a la Secretaría General del Consejo de Estado.

---

[2] Rad. No. 2018-00018-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
[3] Folio 1
[4] Folios 41 y 42

Luego, por reparto del 23 de julio de 2018 el expediente correspondió a la Sección Cuarta de esta Corporación. Por auto de 27 de julio de la misma anualidad se admitió la acción de tutela y se ordenó notificar al tribunal accionado, a la Procuraduría General de la Nación, Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa y Judicial de Cartagena, a la Registraduría Nacional del Estado Civil, a los señores Antonio Quinto Guerra Valencia, Pablo Bustos Sánchez, Gustavo Guardiola Osorio, Vicente Jorge Urzola Rego, Adolfo Francisco Angulo del Castillo, Antonio Venegas Polo y Oscar Eduardo Borja Santofimio, como terceros interesados en el resultado del proceso y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

1.6. Contestaciones

1.6.1. Tribunal Administrativo de Bolívar

1.6.1.1. El ponente de la decisión tutelada advirtió que el accionante Hernando Zabaleta Echeverry "…**no es parte, ni tercero, ni ha intervenido dentro del proceso electoral que invoca**, por lo que carece de legitimación en la causa por activa…".

Afirmó que la tutela es improcedente: **i)** para procurar por la moralidad administrativa por no ser un derecho fundamental; **ii)** por aducir "…razones económico-empresariales para fincar sus pretensiones…" y; **iii)** porque la decisión judicial tutelada estaba apelada.

1.6.1.2. Una de las magistradas que suscribió la cuestionada providencia, advirtió que se suscribió en legal oportunidad, y la medida cautelar decretada "…se fundamentó en la ley, doctrina y jurisprudencia" y precisó que aclaró su voto "…exponiendo argumentos adicionales que soportaron las razones que hacían necesario la suspensión del señor QUINTO GUERRA como alcalde del Distrito de Cartagena al acreditarse la causal de inhabilidad alegada por la Procuraduría General de la Nación".

Concluyó que la tutela deviene improcedente y debe ser rechazada por: **i)** falta de legitimación del actor; **ii)** el proceso electoral está en curso y; **iii)** no materialización de defecto alguno. Finalmente, cuestionó el actuar del demandante con el ejercicio de la presente acción.

1.6.2. Registraduría Nacional del Estado Civil

La Jefe de la Oficina Jurídica señaló que carece de legitimación en la causal por pasiva porque "…no tiene conexión con los hechos que motivan el litigio en tanto le corresponde al Tribunal Administrativo de Bolívar controvertir las pretensiones…".

1.7. Procuraduría General de la Nación

17.1. El Asesor Adscrito a la Oficina Jurídica advirtió que el actor carece de legitimación por activa porque alega la protección de derechos ajenos y no probó la vulneración de la garantía a elegir y al principio de democracia participativa.

En lo que refiere a la protección como "elector" citó la sentencia T-358 de 2002, para precisar que "...para demostrar la legitimidad en la causa activa para casos como el presente debe acreditarse que votó por el Dr. Antonio Quinto Guerra, sino que a voces de la Corte Constitucional esa afirmación debe acompañarse de la prueba que demuestre que ejerció el derecho que dice fue vulnerado, por lo que en efecto la Registraduría Nacional del Estado Civil debe certificar si el aquí accionante ejerció el derecho fundamental que considera vulnerado

De lo contrario, esto es, que el tutelante no haya demostrado que ejerció su derecho a ´elegir´ sería tanto como permitir que todo el censo electoral estuviere legitimado para interponer una acción como la que hoy nos ocupa...".

Sostuvo que la controversia jurídica suscitada en el proceso electoral y que conllevaron a la suspensión de la elección del Alcalde de Cartagena, ya fue confirmada por el Consejo de Estado, Sección Quinta, mediante providencia de 2 de agosto de 2018.

Con fundamento en lo anterior, solicitó rechazar por improcedente o negar la tutela.

1.7.2. El Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa expuso que:

De conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto Ley 2591 de 1991, así como las sentencias SU-707 de 1996 y T-659 de 2004, ambas de la Corte constitucional el actor no cuenta con legitimación en la causa para ejercer la presente acción de tutela.
Advirtió que el tutelante no actúa como apoderado del señor **Antonio Quinto Guerra Varela** y tampoco adujo la calidad de agente oficioso, lo que conlleva la improcedencia de la acción.

Sumado a lo anterior, advirtió que el accionante incumple con el requisito de subsidiariedad ya que la providencia que se tutela se dictó en un proceso judicial que está en curso, en el cual incluso se confirmó, por el juez de segunda instancia, la suspensión provisional que se pide dejar sin efectos.

1.7.3. Germán Calderón España (demandante del proceso electoral).

Advirtió la falta de legitimación en la causal del accionante, para lo cual precisó que carece de la calidad de apoderado judicial del señor **Antonio Quinto Guerra Varela** y tampoco actúa como su agente oficioso.

Informó que la suspensión provisional del acto de elección decretada por el Tribunal accionado, fue confirmada por el Consejo de Estado, Sección Quinta, en sede de apelación.

Por las anteriores razones solicitó negar la presente tutela.

1.8. Jorge Elías Oke Lemus (Coadyuvante)

Cuestionó lo que denominó la "Inexplicable interpretación de la naturaleza jurídica del otro sí al contrato 329 del Ministerio de Vivienda", por considerar que "...las providencias de primera y segunda instancia son tan defectuosas y tan acomodadas al querer persecutor de la Procuraduría que le copian a la perfección los defectos interpretativos y argumentativos...".

Señaló que no se probó la ventaja electoral obtenida por el señor **Antonio Quinto Guerra Varela,** lo que en su criterio impide la configuración de la inhabilidad que conllevó a la suspensión del acto de elección, como tampoco se demostró la "finalidad del legislador" en lo referente a la Ley 136 de 1994.

En lo demás, afirmó que el decreto de la suspensión provisional deviene improcedente por contrariar el ordenamiento jurídico, para lo cual citó diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado que, aduce, resolvieron casos similares en sentido contrario al caso objeto de análisis.

En lo demás, insistió en la afectación de los principios de legalidad, moralidad administrativa, igualdad, favorabilidad y confianza legítima, para solicitar, a título de pretensiones, que:

> "...se decrete la nulidad de todo lo actuado en el proceso seguido contra el señor **Antonio Quinto Guerra Varela** por incurrir el fallo en vías de hecho, desconociendo los precedentes jurisprudenciales, como una carencia total de material probatorio y falta de motivación de la decisión tomada.
>
> Que como consecuencia de lo anterior se ordene el reintegro al cargo de Alcalde Mayor de Cartagena de Indias al señor **Antonio Quinto Guerra Varela".**

1.9. El demandante

Solicitó la vinculación al presente trámite constitucional a la Sección Quinta del Consejo de Estado.

1.10. Antonio Quinto Guerra Varela

Afirmó "comparto los planteamientos sustanciales de la tutela, toda vez que son las mismas circunstancias fácticas y de derecho las que hemos expuesto al Tribunal y al

Consejo de Estado en nuestra defensa y recurso contra la providencia, que confirmó la suspensión provisional, por lo tanto, coadyuvo lo que es y reitero la solicitud sustancial de la tutela".

1.11 Fallo de primera instancia

El Consejo de Estado, Sección cuarta, mediante fallo de 15 de noviembre de 2018 resolvió:

> "**NIÉGASE** la solicitud de coadyuvancia formulada por Jorge Elías Oke Lemus.
>
> **DECLÁRASE IMPROCEDENTE** la acción de tutela…".

Como fundamento de sus determinaciones el *a quo* expuso que:

Negó la coadyuvancia presentada por **Jorge Elías Oke Lemus,** porque concluyó que "…la decisión tutelada de conceder o negar el amparo de las garantías fundamentales que, a juicio del actor, fueron desconocidas dentro del proceso de nulidad electoral que se sigue contra el señor Guerra Varela, es un asunto que no afecta al peticionario".

En lo demás, explicó que no era posible analizar de fondo la acción ejercida porque el actor carece de legitimación en la causa por activa.

Destacó que la tutela busca dejar sin efectos una decisión judicial y procura por la defensa de los derechos de **Antonio Quinto Guerra Varela,** "…sujeto pasivo del proceso de nulidad electoral que adelanta el Tribunal Administrativo de Bolívar, y no del ciudadano Hernando Zabaleta Echeverry".

Explicó que no comparte la tesis del actor según la cual su "…calidad de abogado que en sus redes sociales ha emitido conceptos sobre la inhabilidad de la que se acusa al señor Guerra Varela, de simpatizante de la campaña, de supuesto elector y de empresario, lo habilit[a] para controvertir las decisiones judiciales que se adopten dentro de este proceso, trámite judicial en el que puede intervenir (art. 277-5 del CPACA), pues admitir este argumento conllevaría extender la titularidad de los bienes jurídicos tutelados que ostenta el sujeto pasivo dentro de un proceso judicial de naturaleza electoral, a todos sus electores".

1.8. Impugnación

El actor recurrió la anterior sentencia, en procura de su revocatoria, para lo cual expuso que:

La acción ejercida no buscaba la defensa de los derechos de **Antonio Quinto Guerra Varela**, pues de ser así "…bastaba que yo hubiera interpuesto una acción de tutela,

completamente diferente, pero como su apoderado" y en esta hipótesis el *a quo* debió "ratificar los actos por mí desplegados".

Expuso que la primera instancia debió entender que "…entratándose de figuras públicas que ocupan cargos de representación popular, cualquier derecho que se les vulnere a ellos, puede eventualmente llegar a afectar a sus votantes, incluso a sectores económicos completos".

Sostuvo que las pruebas que allegó con la demanda (fotos, conceptos y escritos en apoyo a **Antonio Quinto Guerra Varela)**, era para probar que "…existe una unidad de causa, de ideas, de tesis, que hacen que entre Guerra Varela y el suscrito haya una unidad de materia indivisible, toda vez que ambos tenemos un mismo norte fecundado por unos mismos ideales".

Afirmó que otra prueba de su legitimación en la causa por activa es que tiene su "…oficina de abogado en Cartagena y desarrolla actividades comerciales en esa misma ciudad…".

Insistió que en la providencia judicial, originaria electoral, se aplicó una tesis que no era la vigente y que conllevó a la suspensión de los efectos jurídicos del acto de elección del señor **Antonio Quinto Guerra Varela.**

Destacó que el juez de primera instancia tardó cuatro meses en resolver la acción de tutela, lo cual vulnera su derecho de acceso a la administración de justicia, a lo que agregó que incluso se falló con posterioridad a otra acción de tutela ejercida por **Antonio Quinto Guerra Varela.**

Indicó que contrario a lo decidido por el *a quo* debía aceptarse la coadyuvancia presentada por el señor Jorge Elías Oke Lemus, por haber sido "…parte activa y decisiva de su campaña, es una persona de reconocidas calidades políticas y morales que al igual que las otras 71.000 personas que acudieron a votar masivamente por Antonio Guerra, tenía unas expectativas legítimas de cambio y reivindicaciones colectivas, que se vieron truncadas por una decisión prematura, sin sustento legal alguno y que desconoció todos los precedentes del Consejo de Estado en materia de inhabilidades".

Expuso que la primera instancia no se refirió a la solicitud de vinculación de la Sección Quinta del Consejo de Estado, la cual resolvió la apelación interpuesta en contra de la decisión que ahora se tutela.

En lo demás reiteró los argumentos expuestos en la demanda de tutela.

1.9. Trámite de segunda instancia

Con escrito del 6 de diciembre de 2018, los magistrados **Rocío Araújo Oñate, Carlos Enrique Moreno Rubio** y **Alberto Yepes Barreiro** manifestaron su impedimento para conocer del proceso de tutela, por haber proferido decisión en el proceso electoral en el cual se dictó la providencia que se tutela.

El actor, el 10 de diciembre de 2018, recusó a todos los integrantes de esta Sección. En consecuencia, el proceso se remitió a la Sección Primera.

Mediante auto de 14 de febrero de 2019, el Consejo de Estado, Sección Primera, declaró fundados los impedimentos e improcedente la recusación formulada por el accionante. En consecuencia, remitió el expediente a la suscrita magistrada ponente y ordenó el sorteo de conjueces para recomponer el *quorum*.

Dicha diligencia se llevó a cabo el 27 de febrero de 2019, y resultaron sorteados los conjueces que hacen parte de la presente Sala de Decisión.

Así las cosas, el expediente pasó a Despacho para dictar la correspondiente sentencia, el 28 de febrero de 2019.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala de Decisión es competente para asumir el conocimiento de la impugnación presentada, según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991, el Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017 y el artículo 2° del Acuerdo 377 de 2018 de esta Corporación.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala e Decisión determinar si el fallo de tutela de primera instancia se debe confirmar, modificar o revocar, a partir de los argumentos presentados en la impugnación.

2.3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012[5], **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales[6], y en ella concluyó:

---

[5] Sala Plena. 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.

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

> "... 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**..."[7].

Por lo 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 amplia[8] 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.

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.

En caso contrario, en el evento en que el asunto supere dichos requisitos, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen

---

[7] Negrilla con subrayado fuera de texto.
[8] 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.

vulnerados, en donde para la **prosperidad o negación** del amparo impetrado, se requerirá: i) que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y ii) que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Al respecto, resulta del caso reiterar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una *"tercera instancia"* que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

2.4. Examen de procedencia

La acción de tutela no se dirige contra una sentencia de tutela, sino que busca dejar sin efectos una providencia dictada en el trámite de un proceso de nulidad electoral.

Se supera el requisito de la inmediatez, dado que la tutela se radicó el 21 de junio de 2018[9], y la providencia cuestionada data del 24 de mayo de 2018, lo cual permite determinar que el mecanismo de amparo se ejerció dentro un plazo que resulta razonable.

En lo referente con la subsidiariedad debe advertirse que como pasará a explicarse este requisito no podría cumplirse por el actor, en la medida que no es parte en el proceso judicial en el que se dictó la decisión judicial que pretende dejar si efectos, lo que demuestra la improcedencia de la acción y la falta de legitimación en la causal por activa para adelantar el presente mecanismo constitucional.

Así las cosas, debe la Sala referirse a la legitimación en la causa por activa, aspecto objeto de reparo por el Tribunal accionado y por la Procuraduría General de la Nación, advirtiendo de entrada que la presente tutela se ejerce contra providencia judicial.

2.4.1. De la legitimación en la causa por activa en la tutela que cuestiona una providencia judicial

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona puede acudir a la acción de tutela "…para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".

En el mismo sentido, el Decreto Ley 2591 de 1991[10], en sus artículos 1°, 10°, 46 y 49, precisa que esa acción puede ser presentada por cualquier persona **que encuentre vulnerados sus derechos fundamentales**, bien sea (i) por sí misma; (ii) a través de

[9] Folio 1.
[10] Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política

representante; (iii) apoderado; o (iv) por medio de la agencia oficiosa cuando el titular de los derechos fundamentales no esté en condiciones de promover su defensa. También pueden interponer acción de tutela los defensores del pueblo y los personeros municipales[11].

De esa manera, el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991 dispone que "toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto".[12]

Por su parte, el artículo 10 del decreto nombrado en precedencia establece: "legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud…".

Con respecto a lo antes mencionado, el máximo órgano en materia constitucional en la sentencia T-552 de 2006, sobre el tema objeto de estudio en el presente acápite, de forma clara, expuso:

> "La primera consecuencia teórica que esa configuración arroja es que la **legitimación en la causa por activa en los procesos de tutela se predica siempre de los titulares de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados**. Sin embargo, tal como lo ha establecido la Corte en anteriores oportunidades[13], a partir de las normas de la Constitución y del Decreto 2591 de 1991, el ordenamiento jurídico colombiano permite cuatro posibilidades para la promoción de la acción de tutela. La satisfacción de los presupuestos legales o de los elementos normativos de alguna de estas cuatro posibilidades, permiten la configuración de la legitimación en la causa, por activa, en los procesos de tutela
>
> En ese orden de ideas, esas cuatro posibilidades son las siguientes: (i) el ejercicio directo de la acción de tutela. (ii) El ejercicio por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas). (iii) El ejercicio por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso, o en su defecto el poder general respectivo, y (iv) la del ejercicio por medio de agente oficioso"[14].

---

[11]Corte Constitucional. Sentencia T-793 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
[12]«Aparte subrayados declarado EXEQUIBLES por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-018 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Martínez».
[13]"Ver sentencia T-531 de 2002, M.P, Eduardo Montealegre Lynett.
[14] Énfasis de la Sala.

Lo anterior, desde el punto de vista adjetivo; no obstante, la vocación de prosperidad del amparo está supeditada a la **relación inescindible entre quien reclama un derecho y la titularidad del mismo**, pues la naturaleza dispositiva del mecanismo de amparo impone que sea la persona sobre la que recae la vulneración la llamada a solicitar su protección.

2.5. Caso concreto

Conviene recordar que el actor con el ejercicio de la presente acción constitucional **busca que se deje sin efectos una decisión dictada en un proceso electoral iniciado en contra del señor Antonio Quinto Guerra Varela, suspendió los efectos jurídicos** del acto de elección de este último como alcalde de Cartagena.

Al respecto, debe destacarse que el accionante, si bien alude a su calidad de abogado, deja en claro que la presente tutela la ejerce en nombre propio, en procura de los derechos fundamentales "a elegir, al debido proceso, principio de legalidad, derecho a la defensa, presunción de inocencia, principio de favorabilidad y moralidad".

Afirma que la presunta vulneración de sus garantías deviene de que, en su criterio, la decisión de suspender los efectos jurídicos de la elección del señor **Antonio Quinto Guerra Varela,** no guarda coherencia con otras decisiones del Consejo de Estado, en asuntos similares en los cuales no se accedió a la suspensión provisional que sí se decretó en ese caso. En consecuencia, manifiesta que dicha providencia judicial incurre en defecto fáctico y en desconocimiento de precedente jurisprudencial.

En este sentido, expuso que "...es clara que la situación fáctica de Quinto Guerra es igual a la de muchos procesos que se han presentado ante el Consejo de Estado y que finalmente los termina negando, porque la Ley 617 de 2000 es muy clara en cuanto a los supuestos que regulan las inhabilidades".

En conclusión queda suficientemente demostrado que para el actor la vulneración de los derechos que pide sean protegidos, deviene de una providencia judicial dictada en un proceso de nulidad electoral del cual no hace parte, pues así quedó acreditado en el expediente.

Al respecto, resulta pertinente señalar que el Consejo de Estado, Sección Quinta, en fallo de tutela de 6 de diciembre de 2018[15], concluyó que:

> "Se tiene que en la acción de tutela presentada por el señor **JOSÉ JAVIER CARMONA RENTERÍA** planteó que sus derechos fundamentales se vieron afectados con la providencia proferida el 21 de junio de 2018, por la Sección Segunda del Consejo de

[15] Consejo de Estado, Sección Quinta, **Rad. No. 11001-03-15-000-2018-02683-01(AC), actor: José Javier Carmona Rentería**

> Estado, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 25000-23-42-000-2013-04683-01.
>
> Ahora bien, revisado dicho proveído y como lo afirmó el mismo accionante en la impugnación, el señor **CARMONA RENTERÍA no fue parte de dicho trámite judicial**. En ese orden de ideas, se concluye que no está legitimado en la causa por activa para reclamar la protección de los derechos fundamentales invocados, frente a dicha providencia judicial, que presuntamente, afectó sus derechos fundamentales".

En este orden de ideas, resulta evidente que quien pretenda dejar sin efectos, vía acción de tutela una providencia judicial, deberá hacer parte del proceso en el que se dictó o, en su defecto, actuar como apoderado judicial de alguna de ellas.

Lo anterior, adquiere aun mayor relevancia en casos como el presente, en los cuales previo a acudir a este mecanismo judicial el interesado debe agotar todos los mecanismos que el ordenamiento prevé para la defensa de sus intereses, actuaciones que evidentemente no podrá adelantar quien no haga parte de la controversia judicial en la que se profiera la cuestionada providencia.

Por lo anterior, solicitar la protección de derechos que se creen vulnerados por una providencia judicial, exige que sean las partes del proceso o sus apoderados quienes la adelanten y en aquellos casos en los que esta exigencia no sea cumplida, el juez constitucional no podrá abordar el estudio de la misma.

Sumado a lo anterior, esta Sala no comparte la tesis según la cual las personas que supuestamente favorecieron con su voto al señor **Antonio Quinto Guerra Varela y aquellos que viven y trabajan en Cartagena**, como es el caso del tutelante, se vean vulnerados por la decisión judicial que de manera provisional, dejó sin efectos su acto de elección, como alcalde de esa ciudad.

Lo primero porque se trata de una providencia que se dictó en el marco de un proceso de nulidad electoral iniciado por la presunta falta de requisitos del elegido, como lo es la incursión en inhabilidad. Así las cosas, aducir a *priori* que el auto del Tribunal que suspende los efectos jurídicos del acto de elección violenta la decisión del electorado, conllevaría a que no se pueda cuestionar la elección de ninguno de los elegidos, pues ante la necesidad de suspender o anular su elección, se afectaría el querer popular, lo cual carece de todo asidero.

Además, debe recordarse que finalmente los candidatos tienen el deber de cumplir cabalmente los requisitos legalmente exigidos para que puedan resultar elegidos y desempeñar su cargo; por tanto, si el juez del medio de control electoral advierte que esto no sucedió, es su deber así decretarlo, esto en procura del ordenamiento jurídico y de la democracia misma, en la medida que se estaría anulando o suspendiendo una elección irregular.

En este orden de ideas concluir que la decisión que suspende provisionalmente la elección del alcalde de Cartagena, vulnera los derechos de sus habitantes, claramente resulta improcedente porque como se advirtió esta decisión, en principio, lo que procura es por el debido cumplimiento del ordenamiento jurídico y, se insiste, para entrar a analizar si dicha providencia judicial está inmersa en defecto alguno, se requiere del ejercicio de la acción constitucional por alguna de las partes del proceso ordinario, ya sea de manera directa o mediante apoderado judicial.

Finalmente, no escapa a la Sala que otra prueba de la falta de la legitimación en la causa por activa del señor **HERNANDO ZABALETA ECHEVERRY,** la configura el hecho de que el señor **Antonio Quinto Guerra Varela** ejerció su propia acción de tutela.

Según consta en la sentencia de 31 de octubre de 2018[16], el señor **Antonio Quinto Guerra Varela,** solicitó vía tutela, entre otras, dejar sin efecto las decisiones del Tribunal Administrativo de Bolívar y por la Sección Quinta del Consejo de Estado que suspendieron los efectos jurídicos de la declaratoria de su elección como alcalde de Cartagena, en procura de "…de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la participación en política, particularmente el derecho a ser elegido", por considerar que incurre en defectos sustantivo, fáctico ni procedimental.

En virtud de todo lo expuesto, resulta evidente la carencia de legitimación en la causa por activa del señor **HERNANDO ZABALETA ECHEVERRY** para ejercer acción de tutela contra providencia judicial dictada en un proceso electoral del cual no es parte; por tanto, la decisión recurrida deberá ser confirmada.

Sin perjuicio de lo anterior, y solo con la finalidad de ahondar en razones, la Sala pone de presente otra causal de improcedencia que impide abordar el fondo del asunto.

En este caso se pretende dejar sin efectos un auto que en instancia admisoria dejó sin efectos provisionalmente el acto de elección demandado, se debe precisar que para la fecha en que se presentó la tutela, la cuestionada providencia judicial no estaba en firme, incluso la misma fue pasible de recurso de apelación, lo que equivale a que la tutela era improcedente ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, según lo precisa el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

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,

[16] Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. No. **11001-03-15-000-2018-03399-00**

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo del 15 de noviembre de 2018, por medio del cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado **DECLARÓ IMPROCEDENTE** la acción de tutela ejercida por el señor **HERNANDO ZABALETA ECHEVERRY.**

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

TERCERO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión al día siguiente de la ejecutoria, de conformidad con lo establecido por el inciso 2º del artículo 31 del Decreto No. 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

ÁLVARO ANDRÉS MOTTA NAVAS
Conjuez

RODRIGO NOGUERA CALDERÓN
Conjuez