

ACCION DE TUTELA - No constituye un mecanismo idóneo para subsanar los errores en que incurrieron las partes de una actuación administrativa o judicial / SOLICITUD DE PERJUICIOS POR EXCLUSION DEL CONCURSO DE NOTARIOS - Improcedencia de la acción de tutela / SUSPENSION DEL PROCESO POR PREJUDICIALIDAD - Decisión en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto que excluyó al actor del concurso de notarios dependía de la decisión adoptada en el proceso en el que se controvertió la legalidad de la sanción disciplinaria

Estima la Sala que para acceder al amparo solicitado tendría que controvertirse y eventualmente dejarse sin efectos varias decisiones judiciales y de carácter administrativo, alrededor de las cuales se han consolidado situaciones de hecho y derecho, e incluso, algunas de ellas con fuerza de cosa juzgada y cosa juzgada constitucional. En efecto, el actor solicita que se le ordene al Consejo Superior de la Carrera Notarial que lo nombre en una notaría de igual o superior categoría a la que con anterioridad ocupó, cuando para tal efecto lo pertinente es que se surta un proceso de selección, frente al cual el accionante en su momento fue excluido mediante decisiones que controvertió judicialmente, y que permanecen en el ordenamiento jurídico en virtud de sentencias que hicieron tránsito a cosa juzgada, y que el demandante controvertió por vía de la acción de tutela, que fue negada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante una providencia que al ser excluida de revisión por la Corte Constitucional, tiene efectos de cosa juzgada constitucional, y por ende, inmutable y definitivamente vinculante. Por supuesto, no se desconoce que en criterio del actor las sentencias que negaron la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos que lo excluyeron del proceso de selección, porque en su contra existía una sanción disciplinaria, no consideraron, porque en su momento no era posible, que dicha sanción era ilegal como con posterioridad lo indicó el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia del 16 de febrero de 2012. Sin embargo, tampoco puede pasarse por alto, como en criterio de la Sala acertadamente lo indicó la Sección Cuarta de esta Corporación en el fallo de tutela 16 de agosto de 2012, que si el peticionario consideraba que la decisión a emitir dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que inició contra su exclusión del referido concurso de méritos, dependía de la decisión adoptada en el proceso que promovió para controvertir la legalidad de la referida sanción, debió solicitar la suspensión por prejudicialidad del primer proceso, a fin de evitar que frente a asuntos que están directamente relacionados se adopten decisiones en sentidos diferentes... La omisión en la que pudo incurrir el peticionario en el proceso mediante el cual controvertió los actos que lo excluyeron del proceso de selección, y podía lograr la protección de sus derechos frente a dicha decisión, no puede ser subsanada en esta oportunidad, toda vez que la acción de tutela dada su naturaleza subsidiaria y excepcional no constituye un mecanismo de defensa para que las partes de una actuación administrativa o judicial, con posterioridad fortalezcan la actividad argumentativa o probatoria que desempeñaron en dichos trámites, aportando nuevas pruebas, rectificando declaraciones o añadiendo otras, y muchos menos, para que subsanen los errores en que incurrieron. Por la anterior circunstancia, se considera que los perjuicios derivados de la exclusión del peticionario del referido proceso de selección, pudieron ser invocados de manera efectiva en el proceso judicial que promovió para tal efecto, si hubiere solicitado la suspensión del mismo por prejudicialidad, a fin de esperar el resultado del juicio de legalidad de la sanción disciplinaria en su contra.

CONCURSO DE MERITOS - Notarias / IMPROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA - Solicitud de extensión de un fallo a situaciones que no fueron objeto de su análisis

No puede desconocerse, que las decisiones judiciales que se han producido respecto de la decisión de excluir al accionante del proceso de selección, entre otras circunstancias, han contribuido a la consolidación de situaciones jurídicas respecto de personas distintas al actor, entre ellas los participantes del mencionado concurso de méritos, que tienen la legítima expectativa de ser nombrados en las notarías objeto de éste, en respeto estricto de los turnos establecidos en la listas de elegibles correspondientes, las cuales materialmente serían afectadas si en virtud de la presente decisión, como lo solicita el demandante, se le nombrara en una notaría de igual o de superior categoría a la que con anterioridad desempeñaba. Por la anterior circunstancia no deja de ser relevante el transcurso del tiempo, en tanto en estrecha relación con el mismo, se han ido consolidando derechos en cabeza de los concursantes, motivo por el cual el A quo destacó a propósito de la interposición de la acción de tutela, que el actor dejó transcurrir varios meses desde que fue notificado del fallo del 16 de febrero de 2012 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, para exigir la extensión del mismo a situaciones que no fueron objeto de análisis en dicha providencia, y también, que no se evidencia de las pruebas aportadas al proceso, que en primer lugar haya elevado una petición en tal sentido ante el Consejo Superior de la Carrera Notarial. Lo anterior no quiere decir, que se esté rechazando por improcedente la acción de tutela por el hecho de que el demandante podía solicitar en primer lugar, por vía administrativa, la extensión de los efectos de la sentencia del 16 de febrero de 2012 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, al Consejo Superior de la Carrera Notarial, sino más bien, que en principio no puede predicarse que la entidad antes señalada ha vulnerado los derechos fundamentales del peticionario, y por consiguiente que debe dársele una orden, si ni siquiera ha tenido la posibilidad de pronunciarse sobre la petición del actor, a fin de establecer qué efectos y/o qué actuaciones eventualmente puede adelantar en virtud de la decisión judicial que anuló la sanción disciplinaria en contra del demandante.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-37-000-2013-00059-01(AC)

Actor: JUAN MANUEL BOTERO MEDINA

Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE LA CARRERA NOTARIAL Y LA SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionante, en contra de la sentencia del 7 de febrero de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección A, declaró improcedente la acción de tutela presentada.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, Juan Manuel Botero Medina, mediante apoderado, acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de solicitar la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia e igualdad de oportunidades al trabajo y al ejercicio de funciones públicas, presuntamente vulnerados por el Consejo Superior de la Carrera Notarial y la Superintendencia de Notariado y Registro.

Pretende como consecuencia del amparo de los derechos invocados lo siguiente:

“3. Que se ordene al Consejo Superior de Notariado designar al Dr. Juan Manuel Botero Medina en una Notaría de Bogotá de igual o superior categoría a la Sexta, que ocupaba al momento de producirse los primeros actos violatorios de sus derechos fundamentales.

4. Como consecuencia de lo anterior, y para dar alcance a la sentencia del Consejo de Estado del 16 de febrero de 2012, que se ordene, en cuanto a la indemnización de los perjuicios causados, aplicar la decisión de ese alto tribunal al perjuicio también generado por la Resolución 034 del 2 de julio de 2008, que al excluirlo del concurso notarial prolongó ilegalmente y en violación de sus derechos fundamentales la sanción que al doctor Botero le había impuesto la Superintendencia de Notariado y Registro posteriormente anulada por el Consejo de Estado.

Solicito que para los fines de la liquidación de esta indemnización al Dr. Botero, si lo tiene a bien el H. Tribunal, se sigan los mismos criterios y la misma metodología de tasación seguidos por el Consejo de Estado en su sentencia del 16 de febrero de 2012, para la realización material de ésta”.

En síntesis, el demandante justifica sus pretensiones en los siguientes hechos y consideraciones (Fls. 1-26).

Relata que para el año 2000 se desempeñaba como Notario 6° del Círculo de Bogotá, pero que en su contra se inició una investigación disciplinaria por la Superintendencia de Notariado y Registro por la cancelación extemporánea y/o el no pago a favor de la Administración de Impuestos Nacionales, de valores

recaudados por concepto de retención en la fuente e IVA, durante algunos meses de los años 1997, 1998 y 1999.

Señala que después del proceso correspondiente, en el que ejerció su derecho a la defensa, fue sancionado con suspensión de la prestación del servicio por dos meses, por la Superintendencia Delegada para el Notariado, mediante la Resolución N° 2161 del 4 de mayo de 2000.

Precisa que contra la anterior decisión presentó el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, argumentando que no fueron tenidas en cuenta las pruebas y argumentos que presentó; a pesar de lo cual afirma que la sanción impuesta fue confirmada por la dependencia que la profirió, mediante la Resolución N° 3561 del 25 de julio de 2000, y posteriormente por la Superintendencia de Notariado y Registro a través de la Resolución N° 2602 del 17 de agosto de 2001.

Añade que el Gobierno Nacional ejecutó la sanción en su contra a través del Decreto N° 2365 del 6 de noviembre de 2001.

Indica que contra los actos que lo sancionaron disciplinariamente y el decreto antes señalado, ejerció la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a fin de que se declarara la nulidad de los mismos, se indicara que nunca existió sanción disciplinaria en su contra, y se condenara a los demandados al pago de los ingresos y beneficios económicos dejados de percibir, durante el tiempo en que permaneció la sanción controvertida.

Asevera que dicha demanda en primera instancia fue conocida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que el 24 de agosto de 2006 declaró probada la excepción de falta de legitimidad en causa por pasiva alegada por el Ministerio del Interior y Justicia, y negó las pretensiones de la demanda, razón por la cual en el Sistema de Información de Registros de Sanciones e Inhabilidades, quedó registrada la sanción impuesta en su contra por la Superintendencia de Notariado y Registro.

Resalta que como consecuencia de la mencionada sanción, mediante la Resolución N° 034 del 3 de julio de 2008 del Consejo Superior de la Carrera Notarial, fue excluido del concurso de méritos que se adelantaba para el nombramiento de notarios en propiedad.

Precisa que contra la sentencia del 24 de agosto de 2006 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, presentó el recurso de apelación, que fue decidido por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, que mediante sentencia del 16 de febrero de 2012 revocó el fallo del *A quo*, se inhibió para pronunciarse frente al Decreto N° 2365 del 6 de noviembre de 2001; declaró la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales fue suspendido por 2 meses del cargo de Notario 6° del Círculo de Bogotá; ordenó la cancelación de los antecedentes disciplinarios que fueron registrados en su contra; y condenó a la Superintendencia de Notariado y Registro a indemnizarlo por todos los beneficios económicos dejados de percibir durante el tiempo que duró la sanción impuesta.

Argumenta que la sentencia del Consejo de Estado antes señalada, al declarar con efectos *ex – tunc* la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales fue sancionado por la Superintendencia de Notariado y Registro, hace que carezcan de validez los actos que se emitieron con fundamento en dicha decisión.

Teniendo en cuenta las anteriores circunstancias, en síntesis reprocha que como consecuencia de la sanción que le fue impuesta por la Superintendencia de Notariado y Registro, que después fue anulada por el Consejo de Estado, no pudo continuar desempeñándose como notario, y fue excluido por el Consejo Superior de la Carrera Notarial, del proceso de selección para ser nombrado notario en propiedad. Sobre el particular en el escrito de tutela se indica:

“- Ha sido vulnerado, por supuesto, el derecho fundamental del Dr. Botero a la igualdad de oportunidades, que hace parte del principio constitucional de la igualdad (art. 13 C.P.), toda vez que de manera arbitraria se lo excluyó del proceso de concurso público que se adelantaba y, en consecuencia, fue discriminado respecto a los otros participantes, no obstante el alto puntaje obtenido.

- El derecho al trabajo en condiciones dignas y justa ha sido cercenado en este caso, pues como consecuencia del acto administrativo sancionatorio, hoy anulado por sentencia en firme, el doctor Juan Manuel Botero ha sido excluido del servicio notarial. No ha podido ejercer su actividad laboral en el área que conoce y en la que habría podido permanecer si la investigación adelantada por la Superintendencia de Notariado y Registro se hubiese adelantado de conformidad con el debido proceso, respetando su derecho de defensa y tomando en consideración sus descargos.

En otros términos, la violación de un derecho fundamental – el debido proceso- condujo a la vulneración de otro derecho, también fundamental, que es el derecho al trabajo,

- El derecho fundamental fue violado de manera grave por la Superintendencia de Notariado y Registro, y ello no necesita demostración por cuanto ya fue establecido así mediante la sentencia del 16 de febrero de 2012 dictada por la Sección Segunda, Subsección "A" de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

Pero además, ese derecho se vulneró después en el caso del Dr. Juan Manuel Botero cuando de manera inusitada y sin competencia para adoptar decisión en su contra, sin fórmula de juicio y sin haberle dado oportunidad real y eficaz de defensa en relación con la medida, el Consejo Superior de Notariado, mediante Resolución número 034 del 2 de julio de 2008, resolvió excluirlo –inclusive invirtiendo sus apellidos, lo que muestra el descuido de la actuación- del Concurso Público y Abierto para la provisión de notarios en propiedad y el ingreso a la carrera notarial”.

Considera que la acción constitucional constituye el único mecanismo judicial de defensa para lograr la tutela efectiva de los derechos invocados, y por ende que se tomen las medidas pertinentes, ante la circunstancia de haber quedado despojado injustamente del cargo de notario, y al ser excluido del mencionado proceso de selección a pesar de la alta posibilidad que tenía de ser seleccionado.

Luego de realizar algunas consideraciones sobre el derecho a la tutela judicial efectiva de conformidad con el bloque de constitucionalidad¹, reitera que en su criterio la acción de tutela constituye el mecanismo idóneo de defensa para lograr la protección material de los derechos que se vieron vulnerados, por la sanción disciplinaria que le impuso la Superintendencia de Notariado y Registro, la cual fue declarada nula con efectos retroactivos por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En tal sentido añade que la decisión del Consejo de Estado sólo podía contemplar los daños directamente ocasionados con las decisiones de la referida Superintendencia, pero no los causados con la decisión del Consejo Superior de la Carrera Notarial de excluirlo del concurso de méritos, que insiste, se fundamentó en actos que fueron declarados nulos con el objeto de volver las cosas a su estado anterior, estado que considera puede materializarse plenamente a través de la acción de tutela.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

¹ Entre otras normas, cita el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Mediante sentencia del 7 de febrero de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección A, declaró improcedente la acción de tutela instaurada por las razones que a continuación se sintetizan (Fls. 319-338):

Luego de realizar algunas consideraciones sobre la naturaleza de la acción de tutela y relacionar los principales documentos que hacen parte del presente proceso, afirma que aquélla se interpuso en desconocimiento del principio de la inmediatez, en tanto el actor sostiene que la vulneración de los derechos invocados radica en la falta de cumplimiento del fallo del 16 de febrero de 2012 del Consejo de Estado, por parte del Consejo Superior de la Carrera Notarial, al no hacer extensivos los efectos de dicha decisión al concurso de méritos del que fue excluido, por lo que afirma que desde la notificación de dicha sentencia, que tuvo lugar mediante edicto fijado el 4 de mayo de 2012 y desfijado el día 8 del mismo mes y año, a la interposición de la presente acción, transcurrieron más 8 meses, *“sin que obre prueba que permita evidenciar razones que justifiquen la no solicitud oportuna del amparo constitucional pretendido”*.

Agrega que el demandante *“no ha agotado las instancias administrativas para obtener un pronunciamiento por parte del Consejo Superior de la Carrera Notarial frente a la aplicación extensiva de los efectos del fallo del Consejo de Estado del 16 de febrero de 2012 a la Resolución 304 de 2008”*, mediante la cual fue excluido del concurso de notarios”.

Por la anterior circunstancia reprocha que el actor pretenda *“que por vía de tutela se le ordene a un organismo que no fue vinculado al proceso que culminó con el referido fallo, designarlo como notario y que se le indemnice por los perjuicios causados por la expedición”* de dicho acto administrativo, *“cuando aún no le ha formulado petición en tal sentido, pretermitiendo de esta forma informar al Consejo Superior la nulidad de la sanción que se le impuso y su interés de que se hagan extensivos los efectos de dicha nulidad a la decisión de exclusión del concurso notarial, lo cual torna improcedente la acción de tutela, ante la falta de acreditación de haber acudido ante la administración para ventilar el conflicto jurídico planteado en sede de amparo constitucional”*.

Frente a las anteriores consideraciones precisa que no obra prueba del dentro de presente trámite, de alguna actuación que haya adelantado el peticionario ante el Consejo Superior de la Carrera Notarial, a fin de obtener la extensión de los

efectos del referido fallo del Consejo de Estado, respecto de la decisión que lo excluyó del concurso de notarios, sobre todo cuando la autoridad notarial antes señalada, no fue parte del proceso en el que se emitió la mencionada sentencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Además resalta que el actor contra los actos que lo excluyeron del concurso de méritos para notarios, particularmente la Resolución 304 de 2008, según el informe rendido por la Superintendencia de Notariado y Registro, interpuso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que fue negada en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, mediante sentencia del 19 de diciembre de 2011 que hizo tránsito a cosa juzgada.

RAZONES DE LA IMPUGNACIÓN

Mediante escritos del 13 de febrero y 14 de marzo de 2013, el demandante impugnó la sentencia antes descrita por las siguientes razones (Fls. 334,345-359):

Luego de transcribir los hechos que expuso en el escrito de tutela, señala que contrario a lo indicado por el *A quo*, no pretende con la presente acción la extensión de los efectos del mencionado fallo del Consejo de Estado, a un acto administrativo que no fue objeto en el proceso que dio origen aquél, en tanto *“de lo que se trata es de obtener, sobre la base de esa decisión del Consejo de Estado que se reconozca y se haga valer el derecho fundamental de acceso efectivo y material a la administración de justicia”*.

Precisa que en sede judicial solicitó la nulidad de las decisiones que los sancionaron disciplinariamente, y que en el transcurso de ese proceso, que finalizó con una sentencia del Consejo de Estado en su favor, acudió a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para controvertir los actos mediante los cuales fue excluido del proceso de selección de notarios, aunque frente a la segunda demanda presentada se negaron sus pretensiones.

Reitera que las decisiones mediante las cuales fue excluido del proceso de selección, se sustentaron en los actos a través de los cuales fue sancionado disciplinariamente, que finalmente se declararon nulos.

Considera que el referido fallo del Consejo de Estado se hace alusión a los actos administrativos que le impusieron una sanción disciplinaria, y no respecto de la decisión de excluirlo del mencionado concurso público, pero que como esta decisión quedó en firme y no fue anulada por el Tribunal Administrativo que conoció la demanda que se instauró contra la misma, le causó daños respecto de los cuales aún no ha obtenido el amparo que le corresponde, a fin de recuperar *“la situación que existía con anterioridad a la expedición de la resolución sancionatoria”*.

Lo anterior porque durante el tiempo en que se adelantó el proceso contencioso contra la sanción impuesta en su contra, estuvo fuera del servicio notarial y no pudo continuar en el concurso de notarios.

En ese orden de ideas estima que la sentencia que declaró la nulidad de la sanción disciplinaria en su contra, a fin de restablecer la situación en que se encontraba antes de ser sancionado, *“no ha sido acatada con todas sus consecuencias y que, por tanto, el único instrumento judicial apto y efectivo para tal fin no es otro que la acción de tutela”*.

Reprocha que el fallo de primera instancia haya indicado que cuenta para la garantía de sus derechos con otro mecanismo de defensa, pero no indique cuál, y además precisa, que el medio de protección que hace improcedente la acción de tutela, es aquel de carácter judicial y no administrativo, contrario a lo que considera el *A quo*, al aconsejar que en primer término debió acudir ante el Consejo Superior de la Carrera Notarial, para reclamar el amparo de sus derechos.

Respecto al presunto desconocimiento del principio de la inmediatez con la interposición de la acción de tutela, asevera que sus derechos siguen siendo vulnerados y que *“el único medio judicial eficaz para que cese tal vulneración es la acción de tutela”*.

Argumenta que el Consejo de Estado *“al declarar nulas las resoluciones por medio de las cuales se aplicó una sanción de suspensión, a fortiori deja sin efectos EX TUNC cualquiera otra actuación que se hubiese surtido con apoyo en aquella, por operar un decaimiento de los supuestos de Derecho en los cuales tuvo fundamento y justificación jurídica”*.

A renglón seguido sostiene que *“por sustracción de materia, es antijurídico permitir que las consecuencias de una actuación contraria a Derecho se perpetúen en el tiempo, en virtud de argumentos que en últimas sofocan y hacen subalterno e inane el derecho fundamental, que resulta increíblemente sacrificado merced al imperio de las formas. Esto significa que, al contrario de lo establecido por el artículo 228 de la Constitución, en el caso del Dr. Botero no ha prevalecido ni prevalece el Derecho Sustancial sino que los elementos formales implican la absoluta y permanente negación de aquél”*.

Finalmente indica que luego de surtidas cada una de las etapas del referido proceso de selección, perdió la posibilidad real y efectiva de acceder al cargo al que estima tiene derecho, *“sin que se hubieran cumplido las normas que la ley establece para modificar o revocar los actos administrativos generadores de derecho particulares, individuales y concretos (y la inclusión de un nombre en la lista de elegibles es uno de tales)”*.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para tener mayor claridad sobre la procedibilidad de la acción de tutela en el caso de autos, que constituye uno de los aspectos centrales de la presente discusión como puede apreciarse de los hechos y consideraciones hasta aquí expuestos, estima la Sala necesario a partir de los documentos aportados al presente trámite y de las declaraciones realizadas por las partes, precisar las principales actuaciones que han tenido lugar alrededor de la sanción que inicialmente le fue impuesta al peticionario y que con posterioridad fue anulada por vía judicial por esta Corporación, así como respecto de las decisiones que se han emitido frente a la exclusión de aquél del referido concurso de notarios.

En ese orden de ideas lo primero que se evidencia es que el demandante fue sancionado por la Superintendente Delegada para el Notariado, con suspensión en el ejercicio del cargo de *“Notario Sexto del Círculo de Santafé de Bogotá”*, por el término de 2 meses, mediante la Resolución N° 2161 del 4 de mayo de 2000, *“como quiera que al no dar la destinación prevista en la ley a las sumas de dinero recibidas como impuestos o retenciones a favor de la Administración de Impuestos Nacionales, las está aprovechando en su favor, ya que no se pueden confundir los dinero del Estado con el patrimonio propio”* (Fls. 61-73).

Contra la mencionada decisión el actor interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación (Fls. 74-96), medios de impugnación que fueron negados respectivamente, a través de las Resoluciones 3561 del 25 de julio de 2000 y 2602 del 17 de agosto de 2001, que confirmaron la sanción de suspensión del cargo por el término de 2 meses (Fls. 97-117).

El demandante en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho solicitó de un lado la anulación de las resoluciones antes señaladas, y del decreto del Gobierno Nacional mediante el cual se ejecutó la mencionada sanción, y de otro, el pago de los ingresos y beneficios que dejó de percibir durante el tiempo en que permaneció la suspensión (Fls. 118-168).

En primera instancia dicha demanda fue negada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, mediante sentencia del 24 de agosto de 2006 (Fls. 169-205), que fue revocada por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, a través del fallo proferido 16 de febrero de 2012² (Fls. 224-242) en los siguientes términos:

“REVÓCASE la sentencia del 24 de agosto de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso promovido por JUAN MANUEL BOTERO MEDINA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En su lugar se dispone:

DECLÁRASE de oficio la excepción de ineptitud sustantiva parcial de la demanda, en consecuencia **INHÍBASE** la sala para conocer del Decreto 2365 de 6 de noviembre de 2001, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

DECLÁRASE LA NULIDAD de las Resoluciones 2161 de 4 mayo, 3561 de 25 de julio de 2000 y 2602 de 17 de agosto de 2001, expedidas por la Superintendencia de Notariado y Registro, que le imponen al señor JUAN MANUEL BOTERO MEDINA, una sanción de suspensión del cargo por el término de 2 meses, en su calidad de Notario 6 del Círculo de Bogotá.

ORDÉNASE a la Superintendencia de Notariado y Registro y a la Procuraduría General de la Nación cancelar las anotaciones disciplinarias que hubieran efectuado en los correspondientes registros administrativos, como consecuencia del cumplimiento de las resoluciones que se declaran nulas, en lo atinente a la sanción impuesta al demandante.

CONDÉNASE a la Superintendencia de Notariado y Registro, a reconocer y pagar al actor los ingresos y beneficios económicos dejados de percibir durante el tiempo que duró la sanción impuesta, tomando como base para

² M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

su liquidación los ingresos netos obtenidos por el Notario que lo reemplazó durante el tiempo que duró la sanción.

El pago de los ingresos y demás beneficios económicos del actor se ajustará en su valor, de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, dando aplicación a la siguiente fórmula: (...).

DECLÁRASE para todos los efectos que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte de JUAN MANUEL BOTERO MEDINA, durante el tiempo que duró la sanción.

Dar cumplimiento a este fallo en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo”.

En síntesis la anterior decisión se adoptó al advertir que el demandante fue investigado y sancionado con fundamento en normas que no le eran aplicables.

En cumplimiento de la mencionada sentencia la Superintendencia de Notariado y Registro mediante las Resoluciones 10408 y 12052 de 2012, dispuso la cancelación de las anotaciones disciplinarias en contra del accionante, y reconoció en favor del mismo los ingresos y demás beneficios económicos que dejó de percibir, teniendo como marco de referencia lo dispuesto por la Sección Segunda de esta Corporación (Fls. 273-277).

La referida Superintendencia al contestar la demanda (Fls. 266-272), anuncia que el actor paralelamente al proceso judicial antes descrito, presentó una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos mediante los cuales fue excluido del concurso público y abierto de notarios, convocado mediante el Acuerdo 01 del 15 de noviembre de 2006 del Consejo Superior de la Carrera Notarial (Fl. 268), frente al cual según indica el mismo demandante, se determinó que no podía continuar, como consecuencia de la sanción disciplinaria impuesta por la Superintendencia de Notariado y Registro (Fls. 6-7).

Agrega la entidad antes señalada, que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que presentó el demandante contra los actos que excluyeron al peticionario del proceso de selección, fue negada por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencias del 21 de julio de 2010 y 19 de diciembre de 2011 respectivamente (Fl. 268).

También relata la Superintendencia, que contra la sentencia antes señalada del 19 de diciembre de 2011 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el accionante

presentó una acción de tutela ante el Consejo de Estado con el número de radicación 11001-03-15-000-2012-011115-00 (Fl. 269).

Al revisar en el sistema de gestión judicial el proceso antes señalado, se encuentra que en efecto el demandante solicitó por vía de la acción de tutela, en amparo de los derechos y principios a la igualdad, debido proceso y seguridad jurídica, *“que se deje sin efectos la sentencia del 19 de diciembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “F”, Sala de Descongestión”*, y que dicha demanda fue resuelta por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante fallo de tutela del 16 de agosto de 2012³, en el que se negó por improcedente el amparo solicitado.

Al analizar el fallo de tutela antes señalado, si bien se advierte que el accionante, como sustento de su decisión, invoca la sentencia del 16 de febrero de 2012 de la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, que anuló los actos administrativos mediante los cuales fue sancionado disciplinariamente por la referida Superintendencia, a fin de argumentar que dicha decisión revela que fue excluido injustamente del proceso de selección, contrario a lo indicado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Aunque el mencionado fallo de tutela hace referencia a una autoridad judicial que no hace parte de este trámite, por lo que en estricto sentido no puede predicarse que el demandante al presentar la acción objeto de estudio actuó temerariamente, tampoco puede pasarse por alto que en dicha providencia se analizaron algunos de los argumentos con fundamento en los cuales el actor solicita la protección de sus derechos en esta oportunidad, por lo que estima la Sala necesario tener en cuenta las razones que en su momento expuso la Sección Cuarta de esta Corporación para negar el amparo solicitado. En tal sentido de la sentencia de tutela del 16 de agosto de 2012, se destacan las siguientes consideraciones:

“(...) Establecida entonces la procedencia excepcionalísima de la tutela contra providencias judiciales, la Sala adoptará la metodología aplicada por el Juez Constitucional para estudiar si una decisión judicial debe o no ser tutelada, pues, constituye un valioso mecanismo para resolver el asunto y facilita el análisis de este complejo tema.

En efecto, la doctrina constitucional vigente acepta la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, siempre que se verifique el cumplimiento de los requisitos generales o causales genéricas de procedibilidad enunciados en la sentencia C-590 de 2005, así:

³ C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

(...)

En el caso concreto, el accionante solicitó que se protegieran sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y “seguridad jurídica” y, en consecuencia, pidió que se dejara sin efectos la sentencia del 19 de diciembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “F”, Sala de Descongestión.

En efecto, no hay evidencia de que la decisión judicial objeto de tutela comprometa los contenidos constitucionalmente protegidos del derecho al debido proceso que ameriten la intervención del juez constitucional, en la medida en que no se trata de un proveído absolutamente caprichoso, arbitrario o carente de justificación o motivación jurídica o que conduzca a la inexistencia de defensa y contradicción dentro del proceso, teniendo en cuenta que al accionante tuvo a su disposición y utilizó los medios de defensa establecidos por el legislador para controvertir las decisiones atacadas ahora por vía de tutela.

Ahora bien, es claro que la providencia atacada por vía de tutela, se profirió con suma atención a las normas vigentes en el momento, sin que se desprendiera algunos de los defectos antes mencionados, es decir que no existe un motivo justificado que configure una de las causales especiales que hacen procedente de manera excepcional la acción de tutela contra providencias judiciales. Por el contrario, encuentra que la providencia del 19 de diciembre de 2011 se profirió de acuerdo a las circunstancias fácticas y de derecho que al momento existía cuando se llevo a cabo el proceso ordinario.

Por otra parte, el Código de Procedimiento Civil en el artículo 170, numeral segundo indica que la suspensión del proceso se puede solicitar “(c)uando la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea procedente resolver en el primero, o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo, salvo lo dispuesto en los Códigos Civil y de Comercio y en cualquiera otra ley.”

Así, el accionante debió solicitar la suspensión del proceso por prejuicialidad, en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del Consejo Superior de la Carrera Notarial, pues, en dicha demanda se pidió la nulidad de las Resoluciones No. 034 del 2 de julio de 2008 y 040 del 24 de julio 2008, por medio de las cuales se decide sobre la permanencia del actor en el concurso notarial, y, al mismo tiempo, se tramitaba un proceso de igual naturaleza ante el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, en el cual se estudiaba los actos administrativos que habían generado la supuesta inhabilidad del demandante, actos que motivaron las resoluciones antes mencionadas.

En ese orden, es claro que al momento de presentar dicha demanda se omitió solicitar la suspensión por prejuicialidad, lo que en principio hubiese evitado el conflicto jurídico planteado en la presente acción de tutela.

Ahora bien, se le advierte al accionante que contra la providencia atacada por vía de tutela, procede el recurso extraordinario de revisión, pues la sentencia del 19 de diciembre de 2011 se encuentra ejecutoriada y, además,

fue dictada por un Tribunal Administrativo.

Al respecto, dicho recurso debe presentarse dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia y bajo las causales estipuladas en el artículo 250 del Código Contencioso Administrativo, que son:

(...)

Por otra parte, la Sala manifiesta que, dentro del expediente de tutela no existe prueba alguna que demuestre, el agotamiento de la vía gubernativa por parte del accionante, con el fin de obtener el reintegro a la lista de elegibles del concurso, por tal razón, no hay pronunciamiento por parte del Consejo Superior de la Carrera Notarial respecto a dicho reintegro, bajo el entendido que los actos sancionatorios, es decir, las Resoluciones 2161 de 4 de mayo, 3561 de 25 de julio de 2000 y 2602 de 17 de agosto de 2001, habían sido declaradas nulas por el Consejo de Estado mediante providencia del 16 de febrero de 2012.

En ese orden de ideas, debe negarse por improcedente el amparo solicitado, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta decisión.” (Destacado fuera de texto).

De las razones expuestas en la sentencia de tutela del 16 de agosto de 2012 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, se destacan de un lado, aquellas mediante las cuales se le reprocha al actor no haber solicitado la suspensión por prejudicialidad del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió para dejar sin efectos las decisiones mediante las cuales fue excluido del concurso de méritos para notarios, si el mismo en buena parte dependía de la decisión que se adoptara en sede judicial sobre la legalidad de la sanción disciplinaria que le fue impuesta por la Superintendencia de Notariado y Registro.

De otro lado, se le reprocha al accionante no haberle solicitado al Consejo Superior de la Carrera Notarial, su inclusión en la lista de elegibles que se conformó para el cargo de su interés, teniendo en cuenta que el Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección A, mediante sentencia del 16 de febrero de 2012, declaró nulos los actos que lo sancionaron disciplinariamente, y con fundamento en los cuales posteriormente se le excluyó del concurso de méritos.

Finalmente, frente al fallo de tutela 16 de agosto de 2012 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado se advierte, de conformidad con el sistema de gestión judicial, que fue enviado para su eventual revisión a la Corte Constitucional el 26 de abril de 2013, y que la Corporación antes señalada lo excluyó de revisión el 16 de mayo del año en curso, según puede apreciarse de la consulta de la página web

de aquella⁴.

Precisadas en los términos antes señalados, las decisiones judiciales que se han proferido respecto de la situación del actor, se comprende con mayor claridad, que el mismo pretende mediante la presente acción de tutela, que se adopten las medidas pertinentes para que se reparen los daños que se le han causado, respecto de su aspiración de continuar en el concurso de notarios, e incluso, de trabajar en una notaría de igual o superior categoría a la que presidía antes de ser sancionado disciplinariamente, teniendo en cuenta que los actos con fundamento en los cuales se le impidió alcanzar dichos propósitos, fueron declarados nulos por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, mediante sentencia del 16 de febrero de 2012.

En tal sentido el demandante solicita que se le ordene al Consejo Superior de la Carrera Notarial designarlo *“en una Notaría de Bogotá de igual o superior categoría a la Sexta, que ocupaba al momento de producirse los primeros actos violatorios de sus derechos fundamentales”*, y que *“para dar alcance a la sentencia del Consejo de Estado del 16 de febrero de 2012, que se ordene, en cuanto a la indemnización de los perjuicios causados, aplicar la decisión de ese alto tribunal al perjuicio también generado por la Resolución 034 del 2 de julio de 2008, que al excluirlo del concurso notarial prolongó ilegalmente y en violación de sus derechos fundamentales la sanción que al doctor Botero le había impuesto la Superintendencia de Notariado y Registro posteriormente anulada por el Consejo de Estado”* (Fl. 24).

En virtud del recuento de los hechos hasta aquí realizado, estima la Sala que para acceder al amparo solicitado tendría que controvertirse y eventualmente dejarse sin efectos varias decisiones judiciales y de carácter administrativo, alrededor de las cuales se han consolidado situaciones de hecho y derecho, e incluso, algunas de ellas con fuerza de cosa juzgada y cosa juzgada constitucional.

En efecto, el actor solicita que se le ordene al Consejo Superior de la Carrera Notarial que lo nombre en una notaría de igual o superior categoría a la que con anterioridad ocupó, cuando para tal efecto lo pertinente es que se surta un proceso de selección, frente al cual el accionante en su momento fue excluido mediante decisiones que controvertió judicialmente, y que permanecen en el ordenamiento jurídico en virtud de sentencias que hicieron tránsito a cosa juzgada,

⁴ <http://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/ConsultaT/consulta.php> (página consultada el 17 de septiembre de 2013, teniendo en cuenta como criterios de búsqueda los apellidos del actor: “Botero Medina”, dentro del período 01-Ene-2012 a 17-Sep-2013).

y que el demandante controvertió por vía de la acción de tutela, que fue negada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante una providencia que al ser excluida de revisión por la Corte Constitucional, tiene efectos de cosa juzgada constitucional, y por ende, inmutable y definitivamente vinculante⁵.

Por supuesto, no se desconoce que en criterio del actor las sentencias que negaron la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos que lo excluyeron del proceso de selección, porque en su contra existía una sanción disciplinaria, no consideraron, porque en su momento no era posible, que dicha sanción era ilegal como con posterioridad lo indicó el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia del 16 de febrero de 2012. Sin embargo, tampoco puede pasarse por alto, como en criterio de la Sala acertadamente lo indicó la Sección Cuarta de esta Corporación en el fallo de tutela 16 de agosto de 2012, que si el peticionario consideraba que la decisión a emitir dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que inició contra su exclusión del referido concurso de méritos, dependía de la decisión adoptada en el proceso que promovió para controvertir la legalidad de la referida sanción, debió solicitar la suspensión por prejudicialidad⁶ del primer proceso, a fin de evitar que frente a asuntos que están directamente relacionados se adopten decisiones en sentidos diferentes.

No obstante lo anterior, de conformidad con el fallo del 16 de agosto de 2012 de la Sección Cuarta de esta Corporación, al parecer el actor en el momento oportuno no invocó la prejudicialidad, para lograr que en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió contra los actos que lo excluyeron del concurso de méritos para notario, se tuviera en cuenta el resultado del juicio de legalidad de la referida sanción disciplinaria.

En ese orden de ideas, la omisión en la que pudo incurrir el peticionario en el proceso mediante el cual controvertió los actos que lo excluyeron del proceso de selección, y podía lograr la protección de sus derechos frente a dicha decisión, no

⁵ Sobre los efectos de la cosa juzgada constitucional, en otras puede consultarse la siguiente providencia: Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁶ Frente a dicha posibilidad, esta Subsección en providencia del 4 de marzo de 2010, expediente 08001-23-31-000-2002-00013-01(1338-09), C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sostuvo lo siguiente: “La suspensión del proceso por prejudicialidad está prevista para los casos en los cuales la sentencia que deba dictarse en un proceso dependa de la que deba decidirse en otro, y que el punto tenga que ver con algún aspecto que no sea procedente decidir en el primero. La prejudicialidad trae consigo la suspensión temporal de la competencia del Juez en un caso concreto, hasta tanto, se decida otro proceso cuya determinación tenga marcada incidencia en el que se suspende; de tal suerte que con este mecanismo se busca que no haya decisiones antagónicas, o al menos contradictorias”.

puede ser subsanada en esta oportunidad, toda vez que la acción de tutela dada su naturaleza subsidiaria y excepcional no constituye un mecanismo de defensa para que las partes de una actuación administrativa o judicial, con posterioridad fortalezcan la actividad argumentativa o probatoria que desempeñaron en dichos trámites, aportando nuevas pruebas, rectificando declaraciones o añadiendo otras, y muchos menos, para que subsanen los errores en que incurrieron⁷.

Por la anterior circunstancia, se considera que los perjuicios derivados de la exclusión del peticionario del referido proceso de selección, pudieron ser invocados de manera efectiva en el proceso judicial que promovió para tal efecto, si hubiere solicitado la suspensión del mismo por prejudicialidad, a fin de esperar el resultado del juicio de legalidad de la sanción disciplinaria en su contra.

Adicionalmente no puede desconocerse, que las decisiones judiciales que se han producido respecto de la decisión de excluir al accionante del proceso de selección, entre otras circunstancias, han contribuido a la consolidación de situaciones jurídicas respecto de personas distintas al actor, entre ellas los participantes del mencionado concurso de méritos, que tienen la legítima expectativa de ser nombrados en las notarías objeto de éste, en respecto estricto de los turnos establecidos en la listas de elegibles correspondientes, las cuales materialmente serían afectadas si en virtud de la presente decisión, como lo solicita el demandante, se le nombrara en una notaría de igual o de superior categoría a la que con anterioridad desempeñaba.

Por la anterior circunstancia no deja de ser relevante el transcurso del tiempo, en tanto en estrecha relación con el mismo, se han ido consolidando derechos en cabeza de los concursantes, motivo por el cual el *A quo* destacó a propósito de la interposición de la acción de tutela, que el actor dejó transcurrir varios meses desde que fue notificado del fallo del 16 de febrero de 2012 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, para exigir la extensión del mismo a situaciones que no fueron objeto de análisis en dicha providencia, y también, que no se evidencia de las pruebas aportadas al proceso, que en primer lugar haya elevado una petición en tal sentido ante el Consejo Superior de la Carrera Notarial.

Lo anterior no quiere decir, que se esté rechazando por improcedente la acción de tutela por el hecho de que el demandante podía solicitar en primer lugar, por vía administrativa, la extensión de los efectos de la sentencia del 16 de febrero de

⁷ Entre otras, sobre el particular puede consultarse la sentencia T-239 de 2011 de la Corte Constitucional, M.P. María Victoria Calle Correa.

2012 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, al Consejo Superior de la Carrera Notarial, sino más bien, que en principio no puede predicarse que la entidad antes señalada ha vulnerado los derechos fundamentales del peticionario, y por consiguiente que debe dársele una orden, si ni siquiera ha tenido la posibilidad de pronunciarse sobre la petición del actor, a fin de establecer qué efectos y/o qué actuaciones eventualmente puede adelantar en virtud de la decisión judicial que anuló la sanción disciplinaria en contra del demandante.

Ahora bien, en la impugnación interpuesta el demandante alega que consideraciones como las antes expuestas, desconocen el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, en tanto con argumentos meramente formales se le está negando la posibilidad de ser reparado en todos los perjuicios sufridos.

La Sala no comparte la anterior apreciación, pues el hecho de tener en cuenta que respecto de la situación del peticionario, se han emitido decisiones judiciales y administrativas alrededor de las cuales se han consolidado situaciones jurídicas, está en consonancia con la naturaleza especial de la acción de tutela y el respeto de principios constitucionales de carácter procesal como sustancial, tales como la seguridad jurídica, el debido proceso, la confianza legítima, la preclusión, el derecho a la defensa de las entidades frente a las cuales se han proferido las referidas decisiones judiciales, entre otros, que serían desconocidos en el evento de acceder a las pretensiones del accionante, sin tener en cuentas las circunstancias hasta aquí expuestas.

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

CONFÍRMASE la sentencia del 7 de febrero de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección A, declaró improcedente la acción de tutela presentada, por las razones expuestas en la parte motiva esta providencia.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal de origen

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE. Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ