



Radicación: 11001-03-15-000-2021-11465-01
Accionante: Olga Lucía Porras Galvis

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil veintidós (2022)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación: 11001-03-15-000-2021-11465-01
Accionante: OLGA LUCÍA PORRAS GALVIS
Accionado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

SALVAMENTO DE VOTO

De manera respetuosa expongo las razones por las cuales salvo mi voto frente a lo decidido por la Sala en la providencia proferida el 9 de junio de 2022 por esta Sección que dispuso:

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada, por las razones expuestas la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de 17 de marzo de 2022, el cual quedara así:

"[...] **SEGUNDO:** Dejar sin efectos la sentencia de 18 de agosto de 2021, proferida por el **Tribunal Administrativo de Santander** y ordenar que, dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, profiera una nueva sentencia conforme a las directrices aquí señaladas [...]"

(Mayúsculas y negrillas en la providencia)

Las razones por las que discrepo se concretan en lo siguiente:

(i) La parte actora promovió acción de tutela en contra de la sentencia proferida el 18 de agosto de 2021 por el Tribunal Administrativo de



Santander dentro del proceso de nulidad electoral radicado bajo el nro. 2020- 00038- 02, que confirmó la decisión de primer grado, en el sentido de declarar la nulidad del acto administrativo mediante el cual fue elegida la personera del municipio de Cabrera, por lo que solicitó la protección del derecho fundamental al debido proceso.

(ii) La acción de tutela fue conocida en primera instancia por la Sección Segunda, Subsección A, de esta Corporación que amparó el derecho fundamental al debido proceso de la accionante.

(iii) La Sala en la providencia motivo de salvamento, al conocer de la impugnación presentada por el municipio de Cabrera, consideró que le asistía "(...) razón al juez de primer grado al afirmar que el TRIBUNAL incurrió en defecto sustantivo, pues conforme con el criterio jurisprudencial vigente y establecido en la sentencia de 15 de diciembre de 2021, dictada por la SECCIÓN QUINTA del Consejo de Estado, en el caso de marras no existe una ausencia normativa que deba ser suplida con otra norma, pues lo cierto es que sí existe una norma que regula y especifica el término para efectuar las inscripciones de personeros municipales y se encuentra contenida en los artículos 2.2.27.1, 2.2.27.2 y 2.2.27.3 del título 27 del Decreto 1083 de 2017, que establece los estándares mínimos para la elección de Personeros municipales".

(iv) En mi respetuoso criterio, la tutela debió declararse improcedente porque en relación con el derecho fundamental invocado, esto es, el debido proceso, no estaba acreditado el requisito de subsidiariedad, por las razones que pasan a explicarse:

En las acciones de tutela donde se invoque la vulneración del debido proceso, en cualquiera de sus manifestaciones, la acción será irrelevante o improcedente, ya sea porque: i) o el accionante no identifica, dentro del núcleo esencial del derecho al debido proceso, qué es aquello de la sentencia que lo vulnera, con lo cual incumple el requisito de relevancia



constitucional; o ii) si lo identifica, no cumplirá con el requisito de subsidiariedad, pues esas consideraciones serían la base para que presentara el recurso extraordinario de revisión, dado que se trata del medio judicial idóneo para proteger tales garantías. Ello, teniendo en cuenta que la tutela es un mecanismo residual y que, si lo que se pretende es acreditar que una sentencia que no tiene apelación vulnera el debido proceso constitucional, ya la jurisprudencia de las corporaciones de cierre ha dicho que, en tales casos, lo que procede es que el accionante intente el recurso extraordinario de revisión, pues con él igualmente podría protegerse el debido proceso constitucional, cuando se alegue que fue vulnerado con dicha sentencia.

En efecto, tratándose de la sentencia de última instancia que, en concepto de la parte reclamante, viola el derecho fundamental al debido proceso, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han dicho que ella es susceptible del recurso extraordinario de revisión por incurrir en la causal quinta del artículo 250 del CPACA, es decir, *“existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso alguno (...)”*.

A este respecto, se observa que la Corte Constitucional, en la sentencia de unificación SU - 090 de 2018, se remite a lo dicho por ella en la sentencia T-553 de 2012, afirmando que¹, *“respecto de los recursos extraordinarios el único de éstos que finalmente procedería para atacar la sentencia del Tribunal demandado y salvaguardar los derechos fundamentales de los tutelantes, es el de revisión. No obstante, la Corte ha establecido reglas jurisprudenciales que permiten analizar si este medio de defensa judicial es idóneo y eficaz, al punto que desplace el recurso de amparo, lo cual ocurre cuando: “a) la única violación alegada sea el derecho al debido proceso y, eventualmente, la de otros derechos*

¹ Referencia: Expediente T-6.406.743. Sentencia del 27 de septiembre de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.



que no tienen carácter fundamental, o b) cuando el derecho fundamental cuya protección se solicita sea susceptible de ser protegido de manera integral dentro del trámite del recurso, porque concurren en él (i) causales de revisión evidentemente dirigidas a salvaguardar dicho derecho, y (ii) en caso de prosperar el recurso, decisiones que restauran de forma suficiente y oportuna el derecho". (Subrayas fuera del texto original)

Así mismo, en oportunidad anterior, la Corte Constitucional, en la sentencia SU - 263 del 7 de mayo de 2015², había concluido que *"la acción de tutela se torna improcedente cuando al interior de un proceso contencioso administrativo se alega la vulneración al debido proceso y este derecho fundamental es susceptible de ser protegido mediante el trámite del recurso extraordinario de revisión (...)"*.

Dicha regla fue reiterada en la sentencia SU - 026 del 5 de febrero de 2021³, donde la Corte determinó la improcedencia de la acción de tutela por no superar el requisito general de subsidiariedad, indicando que el recurso extraordinario de revisión se trata de un mecanismo de defensa idóneo y eficaz cuando se invoca el derecho fundamental al debido proceso, toda vez que la protección de este derecho puede encuadrarse de manera integral dentro de una de las causales del recurso de revisión. Allí indicó:

"(...) Lo anterior erige al recurso extraordinario de revisión en materia contencioso-administrativa como un medio de defensa idóneo y eficaz cuando la vulneración del derecho al debido proceso tiene origen en un fallo judicial que se encuentra ejecutoriado. De hecho, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la innegable semejanza entre la acción de tutela y el recurso de revisión cuando se busca proteger este derecho:

"A través de ese medio [recurso extraordinario especial de revisión] se plantearía la controversia sobre el debido proceso en términos idénticos a los que constituyen el presupuesto

² M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³ M.P. Cristina Pardo Schlesinger.



para resolver la acción de tutela, al punto que un pronunciamiento del juez constitucional dejaría sin oficio al juez competente. Los dos procesos, el extraordinario especial de revisión y el de tutela, tendrían identidad de causa petendi y de petitum, y resulta claro que no puede haber, sobre la misma causa, dos pronunciamientos judiciales concurrentes”.

Estas similitudes entre los dos mecanismos de defensa han llevado a la Corte Constitucional a establecer la siguiente subregla de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales:

“[E]l recurso de revisión constituye un mecanismo idóneo y eficaz de defensa judicial dependiendo de la naturaleza de los derechos invocados por el peticionario, y la cobertura brindada por las causales aplicables al proceso específico. Así, el recurso será eficaz cuando a) la única violación alegada sea el derecho al debido proceso y, eventualmente, la de otros derechos que no tienen carácter fundamental, o b) cuando el derecho fundamental cuya protección se solicita sea susceptible de ser protegido de manera integral dentro del trámite del recurso, porque concurren en él (i) causales de revisión evidentemente dirigidas a salvaguardar dicho derecho, y (ii) en caso de prosperar el recurso, decisiones que restauran de forma suficiente y oportuna el derecho.”

Dicho de otro modo, la acción de tutela desplazará el recurso extraordinario de revisión siempre que (i) el derecho fundamental cuya protección se solicita no sea susceptible de ser protegido de manera integral dentro del trámite del recurso; y (ii) las causales de revisión no se encuadren dentro de los hechos denunciados por el accionante. En síntesis, para la Sala Plena “la acción de tutela se torna improcedente cuando al interior de un proceso contencioso-administrativo se alega la vulneración al debido proceso y este derecho fundamental es susceptible de ser protegido mediante el trámite del recurso extraordinario de revisión(...)”.

Por su parte, la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, en sentencia del 8 de mayo de 2018, dijo que⁴ “(...) el recurso de revisión (...) y las causales que dan lugar a su solicitud, constituyen un mecanismo judicial destinado a la protección de derechos fundamentales como el de acceso a la justicia y el debido proceso, es decir, es un instrumento o medio de control adicional que el legislador diseñó para la protección de esos derechos fundamentales y, por tanto, hacen parte del

⁴ Expediente radicación nro. 11001 03 15 000 1998 00153 01 (REV). C.P. Alberto Yepes Barreiro. En similar sentido se pronunció la Sala Especial de Decisión nro. 22 en sentencia del 2 de febrero de 2016. Expediente radicación núm. 11001-03-15-000-2015-02342-00 (REV), C.P. Alberto Yepes Barreiro.



haz de acciones para la satisfacción plena del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (...)", para agregar a su pronunciamiento el alcance que la Corporación le da actualmente a la causal contenida en el numeral 5 del artículo 250 del CPACA, con la siguiente argumentación:

"6.2.3 Nuevo alcance de la causal de nulidad originada en la sentencia

Todo lo anterior permite afirmar sin ambages que los eventos definidos tradicionalmente por la jurisprudencia de esta Corporación como constitutivos de nulidades originadas en sentencia, no son taxativos.

Así, por ejemplo, con esta providencia queda claro que, en aras de hacer efectivos los derechos a la tutela judicial efectiva, al acceso a la administración de justicia y al debido proceso, es deber del juez decidir de fondo los litigios cuando las circunstancias así se lo permitan, lo que significa que la violación a tales preceptos cuando se expide un fallo inhibitorio injustificado también configura la causal de revisión alegada. (...)" (se destaca)

En esta misma dirección, la jurisprudencia de esta Corporación también abrió la posibilidad de que el recurso extraordinario de revisión proceda con la invocación de la causal señalada en el anotado numeral 5 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, **cuando quiera que se evidencie la vulneración del derecho al debido proceso**; para ello, es pertinente traer a colación lo explicado por la Sección Quinta en fallo del 16 de enero de 2017, dentro del proceso número 11001-03-28-000-2016-00070-00, en cuyo contenido también se aludió a la postura de la Sala Especial de Revisión nro. 26, donde se decidió el recurso extraordinario de revisión radicado con el número 11001-03-15-000-2011-01639-00. Así dijo:

"[...] 4. La causal de revisión por nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso⁵

Corresponde al numeral quinto del artículo 250 del CPACA:

"Son causales de revisión:

⁵ En cuanto al alcance de esta causal, Cfr. Sentencia de la Sala Especial de Decisión No. 26 del Consejo de Estado, proferida el 7 de abril de 2015, dentro del expediente 110010315000201300358-00, Demandante: Luis Facundo Maldonado Granados, Demandado: Universidad Pedagógica Nacional.



"5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación."

Una de las causales de revisión que más discusiones ha generado en la jurisprudencia de lo contencioso administrativo⁶ es la relativa a la nulidad originada en la sentencia, dado que en razón de su redacción, ha correspondido al juez del recurso de revisión establecer su alcance, por cuanto el legislador omitió determinar las circunstancias que podían generar la nulidad de la providencia, es decir, se trata de un texto en blanco.

En ese sentido, desde la idea de que este recurso no se puede emplear o utilizar para reabrir el debate que originó el respectivo proceso, la causal en estudio ha sido objeto de diversos pronunciamientos que buscan circunscribir su alcance para evitar, precisamente, que ella se emplee para que el juez de revisión se convierta en un juez de instancia.

En un fallo de revisión de la Sala Especial de Revisión 26⁷, se indicó cómo, en la Sala Plena de lo Contencioso, se originaron tres corrientes o tendencias para entender este causal, según las cuales i) las razones de la nulidad de la sentencia las define el juez; ii) las causales de nulidad de la sentencia son las del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil -hoy en día 133 del Código General del Proceso- y iii) las causales de nulidad de la sentencia provienen de la combinación de los dos criterios anteriores.

La tendencia mayoritaria ha sido la de acoger aquellas causales del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, hoy 133 del Código General del Proceso, que por su contexto pueden originar la nulidad de la providencia, para no confundirlas con aquellas generadas en las instancias o etapas anteriores a esta, dado que el recurso de revisión solo se puede presentar cuando la nulidad se materialice en el fallo y no en una fase que lo anteceda.

Por ello, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fue fijando las circunstancias que podían configurar la causal de revisión en estudio, para lo cual analizó cada una de las causales establecidas en el artículo 140 del C. de P. C., hoy 133 del Código General del Proceso, para indicar, entre otras cosas, lo siguiente:

"... la nulidad que tiene origen en la sentencia puede ocurrir, en conformidad con la disposición referida – se hace alusión al artículo 140 del C. de P.C.-, cuando se provee sobre aspectos para los que no tiene el juez jurisdicción o competencia (numerales 1 y 2); cuando, sin ninguna otra

⁶ *Ibídem.*

⁷ Consejo de Estado. Sala Especial No. 26. Sentencia de 3 de febrero de 2015, Expediente: 11001-03-15-000-2011-01639-00 Demandante: Vehivalle S.A. Referencia: Recurso extraordinario de revisión. Consejera Ponente, doctora Olga Melida Valle de De La Hoz.



actuación, se dicta nueva sentencia en proceso terminado normalmente por sentencia firme, o sin más actuación se dicta sentencia después de ejecutoriado el auto por el cual hubiera sido aceptado el desistimiento, aprobada la transacción o declarada la perención del proceso, porque así se revive un proceso legalmente concluido, o cuando se dicta sentencia como única actuación, sin el previo trámite correspondiente, porque así se pretermite íntegramente la instancia; o cuando se condena al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda o por causa diferente de la invocada en ésta, o se condena a quien no ha sido parte en el proceso, porque con ello, en lo concerniente, también se pretermite íntegramente la instancia (numeral 3); o cuando, sin más actuación, se profiere sentencia después de ocurrida cualquiera de las causas legales de interrupción o de suspensión o, en éstos casos, antes de la oportunidad debida (numeral 5), entre otros eventos.”[...]”⁸

En un pronunciamiento posterior precisó:

”[...] Las nulidades procesales no pueden confundirse con las que se originan en la sentencia, pues mientras las primeras se estructuran cuando quiera que se dan los motivos consagrados taxativamente en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, partiendo del contenido de la misma disposición, las segundas deben interpretarse restrictivamente con unos determinados supuestos fácticos que esta Corporación ha precisado y que conducen a determinar que la nulidad originada en la sentencia puede ocurrir:

a) cuando el Juez provee sobre asuntos respecto de los cuales carece de jurisdicción o competencia;

b) cuando, sin ninguna actuación, se dicta nuevo fallo en proceso que terminó normalmente por sentencia en firme;

c) cuando sin más actuación, se dicta sentencia después de ejecutoriado el auto por el cual se aceptó el desistimiento, aprobó la transacción, o, declaró la perención del proceso, pues ello equivale a revivir un proceso legalmente concluido;

d) cuando se dicta sentencia como única actuación, sin el trámite previo correspondiente, toda vez que ello implica la pretermisión íntegra de la instancia;

e) cuando el demandado es condenado por cantidad superior, o por objeto distinto del pretendido en la demanda, o por causa diferente de la invocada en ésta,

⁸ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 11 de mayo de 1998. Expediente: REV-93. Actor: Gabriel Mejía Vélez. C.P.: Dr. Mario Alario Méndez.



f) cuando se condena a quien no ha sido parte en el proceso, porque con ello también se pretermite íntegramente la instancia;

g) cuando, sin más actuación, se profiere sentencia después de ocurrida cualquiera de las causas legales de interrupción o de suspensión o, en estos casos, antes de la oportunidad debida.”

Igualmente, junto a este criterio se ha aceptado, que pueden existir otros motivos no contemplados en los códigos procesales como causales de nulidad, pero que surgen de la **vulneración del artículo 29 constitucional**. Es decir, que la violación al debido proceso constitucional en la sentencia puede ser causal de revisión. En este último evento, corresponderá al juez determinar si el hecho que se dice contrario a este derecho puede configurar la causal de revisión en comento.

Así lo entendió la Especial de Decisión 26, al indicar “... las causales de nulidad de la sentencia son las previstas en el estatuto procesal civil, en las condiciones que establece el art. 142 del mismo y las que se originen en la sentencia por violación del debido proceso constitucional, contemplado en el artículo 29.”⁹

En este caso, el juez no está creando una causal, pues se reconoce que la nulidad originada en el fallo, se deriva del desconocimiento de un mandato constitucional, en donde el operador judicial será el encargado de determinar si lo que se alega tiene la entidad suficiente para originar la nulidad de la sentencia de instancia, pues no toda irregularidad puede tener la potencialidad de afectar la inmutabilidad de la providencia que ha puesto fin al proceso”.

(Subrayas ajenas al texto original).

En esas condiciones, quien alega que una sentencia de última instancia le ha violado el derecho al debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, e invoca y sustenta elementos de su núcleo esencial, no puede intentar que el asunto le sea resuelto en sede de tutela, salvo que demuestre perjuicio irremediable; pues tiene para ello expedito el recurso extraordinario de revisión. Ello, teniendo en cuenta

⁹ Consejo de Estado. Sala Especial No. 26. Expediente: 11001-03-15-000-2011-01639-00 Demandante: Vehivalle S.A. Referencia: Recurso extraordinario de revisión. Consejera Ponente, doctora Olga M. Valle de la Hoz. En dicha Sala se aprobaron otras dos decisiones en igual sentido. Radicación: 11001-03-15-000-1998-00157-01 (Rev. 157). Demandante: Sociedad de Mejoras Públicas de Cali.



Radicación: 11001-03-15-000-2021-11465-01
Accionante: Olga Lucía Porras Galvis

que la tutela está instituida como un mecanismo residual para amparar derechos constitucionales fundamentales, y ya la jurisprudencia ha señalado que el derecho al debido proceso constitucional (Art. 29 de la Carta Política), que se considere violado o amenazado por sentencia que no tenga apelación, puede ser protegido mediante dicho recurso. Por lo tanto, la acción de tutela así formulada no cumple con el requisito general de la subsidiariedad, indispensable para acceder a la acción de amparo contra sentencia judicial.

En consecuencia, había lugar a declarar improcedente la acción de tutela.

En estos términos dejo expuesto mi salvamento de voto.

Fecha ut supra,

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

CONSTANCIA: El presente salvamento fue firmado electrónicamente en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el ley.