

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Magistrado ponente

STP12665-2019

Radicación n° 104502

Acta 242

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

ASUNTO

Resolver sobre la impugnación presentada por el accionante José Gregorio Romero Miranda¹ contra el fallo proferido el 3 de julio del año en curso, por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior Valledupar, que denegó por improcedente el amparo del derecho a elegir y ser elegido, en la tutela interpuesta por él, contra el Presidente de Colombia, el Procurador General de la Nación y Procurador Regional de Cesar; trámite al cual se vinculó al Congreso de la República, Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Concejo Municipal y Contralor Municipal de Valledupar o quien haga sus veces, Registraduría Nacional del Estado Civil, Universidad Autónoma del Caribe, a quienes conforman la lista de elegibles aspirantes al cargo de Contralor Municipal de la capital del Cesar, a Ornar Javier Contreras Socarrás, Jorge Arturo Araujo Ramírez, Álvaro Luis Castilla Fragozo y a 16 Concejales de esa urbe².

ANTECEDENTES

HECHOS Y FUNDAMENTOS

Los sucesos que motivaron la solicitud de amparo constitucional fueron reseñados por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Valledupar de la forma como sigue:

Manifiesta el accionante que el Congreso aprobó el acto administrativo N° 02 del 1º de julio de 2015, por medio de la cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes, se reajustan las instituciones y se dictan otras disposiciones, la cual entró a regir a partir de la fecha de su promulgación, así mismo el artículo 2 de dicho acto modificó el inciso 4 del artículo 126 de la [Constitución Política](#) y se establece, salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección. Señala así mismo que el artículo 23 del acto legislativo 02 del 2015, modificó los artículos 4 y 8 del artículo 272 de la Constitución y estableció que los Contralores Departamentales, Distritales y Municipales, serán elegidos por la Asamblea Departamental, Concejos Municipales y Distritales mediante convocatoria pública, pero ni el Gobierno Nacional ni el Congreso de Colombia han presentado el primer debate de dicha Ley produciendo frente al proceso de selección del Contralor Municipal de Valledupar, la ausencia de selección de tal servidor; toda vez que, el período del actual Contralor Municipal venció el 31 de diciembre de 2015, del cual (sic) el Concejo de Valledupar fue sancionado por la Procuraduría Regional del Cesar por el término de 12 años.

Agrega el accionante que el Concejo Municipal siguió el procedimiento propio de un concurso y en esa medida no podía eludir la elección del mejor clasificado, además el contrato que se firmó con la Universidad del Caribe fue para realizar una convocatoria pública y no un concurso de mérito, ese fue el espíritu de la Resolución.

De igual forma, sostiene que mediante la Resolución N° 044 del 08 de diciembre de 2015, por medio de la cual se reglamenta la convocatoria pública para el proceso de elección del

Contralor Municipal de Valledupar para el período constitucional de 2016 a 2019, se establecieron los requisitos que debían cumplir cada uno de los participantes; es decir, que no se encuentren incursos en causal de inhabilidad, impedimento o incompatibilidad constitucional y legal alguna para ejercer el cargo de Contralor en la entidad territorial a la cual aspira.-

Expresa que el Concejo Municipal de Valledupar adelantó la convocatoria pública con el apoyo de la UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL CARIBE, con quien celebró el contrato de prestación del servicio N° 038 del 11 de diciembre de 2015, la universidad era la encargada de realizar las entrevistas, exigir requisitos para escoger, entre otros, proceso que arrojó los tres mejores puntajes así:

1. - OMAR JAVIER CONTRERAS SOCARRÁS: 89.65%
2. - JORGE ARTURO ARAUJO RAMIREZ: 88.20%
3. - ALVARO LUIS CASTILLA FRAGOZO: 80.45%

Pese a lo anterior, el Concejo Municipal escogió al doctor ÁLVARO LUIS CASTILLA FRAGOZO, motivo por el cual OMAR CONTRERAS (primero en la lista) presentó ante el Tribunal Administrativo del Cesar una demanda para que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el acta de sección ordinaria del 7 de enero de 2016, por medio de la cual se eligió al Dr. CASTILLA FRAGOZO como Contralor del municipio de Valledupar por haber sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse; sin embargo, en la Resolución N° 044 del 2015 no existe un artículo que obligue al Concejo de Valledupar elegir al primero de la lista. Arguye que mediante fallo del 21 de septiembre de 2016 el Tribunal Administrativo del Cesar, negó la pretensión de nulidad electoral contra el acto cuestionado; no obstante a ello, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, según sentencia N° 20001-23-33-000-2016-00089-01 del 15 de diciembre de 2016 revoca la sentencia del 21 de septiembre de 2016 y en consecuencia, declara la nulidad del

acto de elección del señor ÁLVARO LUIS CASTILLA FRAGOZO como Contralor Municipal de Valledupar, período 2016 – 2019, contenido en el acta de Sección del Concejo municipal de Valledupar y se procedió posteriormente, por parte del Concejo, a nombrar a OMAR JAVIER CONTRERAS SOCARRÁS.

Contra el acto administrativo en el que se nombró a OMAR JAVIER CONTRERAS SOCARRÁS como Contralor, los señores ÁLVARO LUIS CASTILLA FRAGOZO y CARLOS ALBERTO PAYARES BUEVA presentaron demanda de nulidad electoral, la cual fue negada por el Tribunal Administrativo del Cesar, el día 21 de septiembre de 2017, radicado N° 2017-00147. Dicha decisión fue revocada por el Consejo de Estado en sentencia del 21 de septiembre de 2017 y en su lugar, declaró la nulidad de la elección del señor OMAR JAVIER CONTRERAS SOCARRÁS, toda vez que se encontraron acreditados todos y cada uno de los elementos que componen la inhabilidad señalada en el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución. Añade que en virtud del nombramiento que hiciere el Concejo municipal a OMAR JAVIER CONTRERAS SOCARRÁS como Contralor municipal, la Procuraduría Regional del Cesar, según Resolución N° IUS E-2018-342653 del 12 de diciembre de 2018, sancionó por 12 años, a 16 Concejales del municipio de Valledupar, cuando no tenía competencia para ello, debido a que la elección del Contralor municipal de Valledupar, no afectó el patrimonio público, ni hubo en el acto de nombramiento corrupción, pues los Concejales actuaron con buena fe, confianza legítima, acto propio y conforme a la Constitución y precedentes de la Corte Constitucional y Consejo de Estado; es decir, los Concejales se encontraban obligados constitucional y legalmente a nombrar a quien se indicó en la sentencia de nulidad electoral N° 2016-00089-01 del 15 de diciembre de 2016, por medio de la cual el Consejo de Estado revoca la sentencia del 21 de septiembre de 2016.

Finalmente, indica que interpone la acción de tutela como mecanismo transitorio con el fin de que se cause un perjuicio irremediable y que el fallo a proferirse debe ser con efectos intercomunis, mientras se tramita la demanda ante la Jurisdicción contencioso administrativa.-

PRETENSIONES

Solicitó el actor que:

1. Se deje sin efecto y valor la providencia del [12 de diciembre del 2018], radicado IUS E-2018-342653 por medio de la cual la Procuraduría Regional del Cesar, resolvió destituir e inhabilitar por el término de 12 años, a 16 Concejales de Valledupar; así como la eventual decisión que resuelva el posible recurso de reposición en caso de resultar desfavorable.
2. Que se ordene al Presidente IVÁN DUQUE, al Procurador General de la Nación y a la Procuradora Regional del Cesar, se de cumplimiento a lo ordenado por la Sala Plena del Consejo de Estado que exhorta al Gobierno Nacional, Congreso y Procuraduría General de la Nación, para que en un término de 2 años tomen las medidas pertinentes a fin de armonizar el derecho interno con el convencional y a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos; de igual forma, se expida la Ley estatutaria por medio de la cual se reglamenta la elección del Contralor Municipal y Departamental de las entidades territoriales.
3. Se ordene a la Registraduría Nacional del Estado Civil, certifique su elección como Concejal del municipio de Valledupar (2015-2019), para demostrar su legitimidad para actuar.
4. Se ordene a la Procuraduría Regional del Cesar, manifieste qué fundamento constitucional se tuvo en cuenta para sancionar a los 16 concejales de Valledupar e indique si hubo afectación del patrimonio público y si el procedimiento realizado por los Concejales fue un acto de corrupción.

DEL FALLO RECURRIDO

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior Valledupar, en fallo de 3 de julio de 2019

estimó que la actual reclamación era improcedente por existencia de otra vía judicial, dado que el interesado pretende dejar sin efecto la decisión de «28 de septiembre de 2018» (entiéndase de 12 de diciembre de 2018), dentro del proceso disciplinario IUS E 2018-342653, por medio de la cual la Procuraduría Regional del Cesar destituyó a 16 Concejales municipales de esa urbe, siendo que esa determinación no se encuentra ejecutoriada, y está a esperas de resolverse su apelación.

Además, agregó que de persistir en su inconformismo, el reclamante puede acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para encausar su descontento, con la adopción de las medidas urgentes y expeditas que ese procedimiento le ofrece.

Por otro lado, arguyó que en lo relacionado con la pretensión del accionante, dirigida a que se ordene al Presidente de la República de Colombia, al Procurador General de la Nación y a la Procuraduría Regional del Cesar que expidan la ley estatutaria por medio de la cual se reglamente la elección del Contralor municipal y departamental de las entidades territoriales; el mecanismo propicio para tales efectos es la acción de cumplimiento, siempre y cuando la ley haya fijado un término para ello y esté expirado, lo cual, destacó, no ha ocurrido en el sub iudice, pues el legislativo tiene hasta noviembre de 2019 para ello, según decisión adoptada por la Sala Plena del Consejo de Estado, en radicación 11001-03-25-000-2014-00360 de fecha 15 de noviembre de 2017.

DE LA IMPUGNACIÓN

Fue presentada por José Gregorio Romero Miranda quien reiteró los argumentos que nutrieron el libelo introductorio.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta, en

tanto lo es en relación con la sentencia adoptada en primera instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, cuyo superior jerárquico es esta Corporación.

2. El canon 86 de la [Constitución Política](#) establece que toda persona tiene derecho a promover postulación ante los jueces, con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley; siempre que no exista otro medio de defensa judicial o, existiendo, se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

3. Uno de los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela consiste, precisamente, en que se hayan agotado todas las herramientas judiciales (CC C-590-2005 y CC T-332-2006; CSJ STP16324-2016, 10 nov. 2016, rad. 89049), porque es ante el fallador natural, el estadio adecuado donde el peticionario puede plantear sus desavenencias, expresar los motivos de su desacuerdo frente a las decisiones adoptadas, recurrirlas, y llegar, incluso, a la autoridad de cierre de la jurisdicción ordinaria, si a ello hubiere lugar, para que finalmente dirima la cuestión debatida.

4. En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a resolver la impugnación presentada por el accionante José Gregorio Romero Miranda contra el fallo proferido el 3 de julio del año en curso, por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior Valledupar, que denegó por improcedente el amparo del derecho a elegir y ser elegido, en la tutela interpuesta por él, contra el Presidente de Colombia, el Procurador General de la Nación y Procurador Regional de Cesar.

5. La inconformidad radica en (i) la decisión de 12 de diciembre de 2018 emitida por la Procuraduría Regional del Cesar, en fallo de primera instancia, de sancionar con destitución y 12 años de inhabilidad a varios Concejales³ del municipio de

Valledupar. Como también, en la no expedición de una ley estatutaria que reglamente la elección del contralor municipal y departamental de las entidades territoriales.

6. Desde ya se anticipa la confirmación de la sentencia recurrida, pues en lo que al primer tema respecta, no se advierte satisfecho el requisito de la subsidiariedad, ya que, el interesado tiene otro medio de defensa judicial para refutar la decisión que estima lesiva a sus intereses.

7. El accionante prefirió elegir la tutela como ruta para censurar la determinación de la Procuraduría Regional del Cesar, pese a que, de lo informado al momento de rendir informe, se sabe que en contra de ese pronunciamiento cursa actualmente recurso de apelación, lo que supone la existencia de otra vía judicial en curso y desdice del cumplimiento del requisito en mención.

8. Además, en caso que los resultados al interior de esa actuación administrativa, concluyan con decisión adversa, los directamente perjudicados pueden acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para exponer en ella los argumentos de carácter legal y constitucional que avalen la tesis propuesta en su demanda; ello, porque no es de recibo que, so pretexto de la violación de derechos fundamentales, se intente trasladar una discusión propia de otra jurisdicción, para que de manera inconsulta sea desatada por la vía constitucional, sobre todo cuando la decisión que se cuestiona no está ejecutoriada y sus efectos no se han hecho exigibles, lo que descarta la existencia de un perjuicio irremediable.

9. Lo dicho se encuentra soportado en el contenido del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que en su numeral 1° estableció como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia «de otros recursos o medios de defensa judiciales», salvo que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable⁴, el cual no se vislumbra en este asunto.

10. Es así como la autoridad llamada a solucionar el problema planteado por la actora es el juez de lo contencioso administrativo, quien previa demanda podrá decretar la nulidad de la determinación; con la posibilidad de solicitar, además, la suspensión de la misma, actuación regulada en el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 y que en virtud del canon 233 ejúsdem se puede resolver incluso desde la admisión de la demanda.

11. Sobre la suspensión provisional, la Corte Constitucional en sentencia CC SU-355-2015, señaló:

La Ley 1437 de 2011 estableció en su artículo 231 una regulación diferente en materia de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo. Según esa norma podrá tomarse tal decisión cuando (i) se fundamente en la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en un escrito separado y (ii) cuando dicha infracción surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Prescribe además que (iii) si se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios es necesario que el solicitante pruebe, al menos sumariamente, su existencia.

En adición a lo anterior, la ley fijó un procedimiento claro con términos específicos para darle trámite a la solicitud de suspensión provisional –en tanto medida cautelar– (art. 233), así como una autorización especial para que la autoridad judicial, destaca la Corte, pueda acoger medidas cautelares de urgencia (art. 234) sin necesidad de agotar el trámite que como regla general se prescribe.

Es claro a partir de la nueva regulación que el acentuado rigor que gobernaba la procedencia de la suspensión provisional en vigencia del anterior Código –al exigirse no solo el planteamiento de la solicitud antes de ser admitida la demanda sino también la constatación de una manifiesta y directa infracción de las normas invocadas–, fue modificado

sustancialmente al prescribirse ahora que podrá solicitarse en cualquier momento y que podrá prosperar cuando la violación “surja del análisis del acto demandado” y su confrontación –no directa- con las disposiciones invocadas. Que la violación justificatoria de la suspensión provisional pueda determinarse a partir del “análisis”, indica que la autoridad judicial tiene la competencia para emprender un examen detenido de la situación planteada, identificando todos los elementos relevantes para determinar si ocurrió una infracción normativa. No basta con una aproximación prima facie para afirmar o descartar la vulneración, en tanto el juez debe evaluar con detalle la situación y a partir de ello motivar adecuadamente su determinación.

12. La mencionada medida precisamente está contemplada para contener el perjuicio inmediato que se pueda presentar con ocasión de la decisión y, por ello, descarta la viabilidad de la demanda constitucional, incluso, como mecanismo de protección transitorio, al guardar identidad en los efectos que se pretenden soportar.

13. Por otro lado, en lo relacionado con el segundo tópico, por medio del cual el interesado reclama la expedición de una ley estatutaria que reglamente la elección del Contralor municipal y departamental de las entidades territoriales; también habrá de ratificarse lo decidido por la primera instancia constitucional, pues, es plena facultad del Ejecutivo y de los demás entes estatales, según el marco de sus competencias, presentar proyectos de ley para regular las situaciones jurídicas que consideren pertinentes, sin que puedan los ciudadanos por medio de la acción de tutela irrumpir en la voluntad institucional para la promoción de tales proyectos, pues ello soslaya desde todo punto de vista la finalidad del trámite tuitivo que no es otro que

la protección de derechos fundamentales personalísimos y concretos.

14. Con todo, en la otra temática que extraña al demandante, la orden dirigida al Congreso, se originó en una decisión del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 2017, adoptada al interior de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que se determinó:

SEXTO: EXHORTAR al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación para que en un plazo, no superior a dos (2) años, contado a partir de la notificación de esta providencia, implemente las reformas a que haya lugar, dirigidas a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 [Derechos Políticos] de la Convención Americana de Derechos Humanos en el orden interno, con fundamento en las consideraciones emitidas y la ratio decidendi de esta sentencia. Para los efectos de este numeral, comuníquese esta decisión al señor Presidente de la República, al señor Presidente del Congreso de la República y al señor Procurador General de la Nación.

15. Ello supone que, conforme lo destacó el A quo constitucional, la mentada obligación aún se encuentra en término, pues nació en noviembre del año 2017; lo cual significa que sólo hasta dicho mes de esta anualidad, podría hablarse de una hipotética mora en su cumplimiento.

16. En consecuencia, el fallo impugnado será confirmado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Sala

de Decisión Penal – Sala de Tutelas Nº 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Fue admitida en su calidad de votante, en los términos de la providencia T-516 de 2014, en defensa de su derecho a la representación política efectiva, y para ello, acreditó haber participado en las elecciones populares para elegir Concejales, para del año 2015.

2 Víctor Julio Alvarado Bolaños, José Amiro Aramendis Sierra, Jaime Eduardo Bornacelly Figueroa, Carlos Alberto Daza Lobo, José Rafael Gómez Solano, Ricardo José López Valera, Leonardo José Mestre Socarra, Gabriel Muvdi Aranguena, Eudes Enrique Orozco Daza, Wilfrido Ortiz Arias, Gloria Margarita Ovalle Aguancha, Alex Pana

Zárate, Carlos Julián Picón Cortes, Luis Miguel Santrich Díaz, Yesith Triana Amaya
y Roberto Carlos Castro Romero.

3 Víctor Julio Alvarado Bolaños, José Amiro Aramendis Sierra, Jaime Eduardo
Bornacelly Figueroa, Carlos Alberto Daza Lobo, José Rafael Gómez Solano, Ricardo José
López Valera, Leonardo José Mestre Socarra, Gabriel Muvdi Aranguena, Eudes
Enrique Orozco Daza, Wilfrido Ortiz Arias, Gloria Margarita Ovalle Aguancha, Alex Pana
Zárate, Carlos Julián Picón Cortes, Luis Miguel Santrich Díaz, Yesith Triana Amaya
y Roberto Carlos Castro Romero.

4 Sentencia T226/07 de la Corte Constitucional (...)Para determinar la
irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de
varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas
inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio
inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la imposterabilidad de la
tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos
constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone
de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de
tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la
protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran
amenazados.

5 Nuevo Código Contencioso Administrativo.