



Sentencia 00299 de 2017 Consejo de Estado

ACCIÓN DE TUTELA EN CONCURSO DE MÉRITOS / CONCURSO DE MÉRITOS DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MIGRACIÓN COLOMBIA / MORA EN LA RESOLUCIÓN DE SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Vulnera derechos fundamentales / MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA - Requieren un pronunciamiento expedito del juez administrativo / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VULNERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El hecho que motivó la interposición de la acción objeto de estudio consistió en que la parte accionante, al interior del proceso de simple nulidad (...) solicitó como medida cautelar de urgencia (art. 234 del CPACA), la suspensión de varios actos administrativos relacionados con el concurso de méritos para proveer empleos vacantes de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia, sin que el juez al que le correspondió el conocimiento del asunto, la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, haya resuelto dicha petición. (...) aunque no se desconoce la congestión judicial que aqueja a la Sección Segunda, Subsección A de la Corporación, no se advierte que esta haya adoptado las actuaciones pertinentes para resolver la referida medida cautelar de urgencia, a pesar que han transcurrido casi 8 meses desde que fue elevada y que la misma por su naturaleza autónoma y especial requiere un pronunciamiento expedito del juez administrativo, so pena que la protección oportuna y material que pretende quede reducida a un plano meramente formal, en desmedro de los derechos de acceso efectivo a la administración de justicia y debido proceso. En efecto, aunque la parte accionada invocó en su favor la congestión judicial, no suministró información adicional sobre el estado del proceso promovido por los demandantes, verbigracia, el turno asignado al mismo, cuántos asuntos con medidas cautelares de urgencia están pendientes de decisión, o alguna otra circunstancia que en concreto permita predicar que se han adelantado las gestiones necesarias para resolver en el menor tiempo posible una solicitud que por su naturaleza especial debe ser analizada de manera expedita. (...) por las particularidades del caso concreto, contrario a lo indicado por el A quo constitucional, sí se evidencia mora en la resolución de la referida solicitud, motivo por el cual en amparo de los derechos de acceso a la administración de justicia y debido proceso de los accionantes, se le ordenará al Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, que en el término de 10 días siguientes a la notificación de esta providencia resuelva la mencionada petición.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 4 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 233 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 234

NOTA DE RELATORÍA: En relación con la vulneración del derecho al debido proceso por dilaciones injustificadas en los procesos judiciales, consultar las sentencias C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-747 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, ambas de la Corte Constitucional y las sentencias del 30 de enero de 2003, exp. 2002-1267-01(AC-309), C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez y del 26 de enero de 2012, exp. 2011-00480-01, C.P. Susana Buitrago Valencia, de esta Corporación. De otra parte, la providencia analiza la idoneidad de las medidas cautelares introducidas por el CPACA, como mecanismo eficaz de protección de derechos fundamentales, al respecto, consultar la sentencia SU-355 de 2015 de la Corte Constitucional y las sentencias del 18 de junio de 2015 C.P. Alberto Yepes Barreiro, exp. 23001-23-31-000-2015-00104-01, del 21 de julio de 2016 C.P. Rocío Araujo Oñate, exp. 66001-23-33-000-2016-00293-01, del 11 de agosto de 2016, C.P. Rocío Araujo Oñate, exp. 23001-23-33-000-2016-00204-01, del 15 de junio de 2017, exp. 25000-23-41-000-2017-00551-01, C.P. Rocío Araujo Oñate y del 13 de julio de 2017, exp. 88001-23-33-2017-00027-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro, entre otras, de esta Corporación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., tres (3) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Rad. No: 11001-03-15-000-2017-00299-01(AC)

Actor: EFRAÍN ANTONIO CUCUNUBA TOTAITIVE Y OTROS

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte demandante, contra la sentencia de primera instancia proferida por el Consejo de Estado - Sección Cuarta, mediante la cual negó la acción de tutela interpuesta.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de amparo

Con escrito radicado el 30 de enero de 2017¹, en la Secretaría General de esta Corporación, el abogado Camilo Andrés Rojas Castro, en nombre de Olga Patricia Gutiérrez Carrascal, Nubia Rosa Mejía Parra, Isabel Rosario Oñate Amaya, Guadalupe Sánchez Palma, Gloria Elena Vélez Zapata, Cenia Mina Ararat, Samirna Margarita Vanegas Chapman, Carlos Mario Marín Moran, Lina Marcela Oviedo Salazar, Ángel Jairo Yopez Jiménez, Luis José Mestre López, Leonidas Manuel Álvarez Pérez, Diego Armando Sarmiento Sarmiento, Daniel Francisco Garnica Rojas, José Julián Nuñez Trujillo, Carolina Ruiz Herrera, Edna Yesenia Montañez Nemeguen, Myriam Martínez Ramírez, María Rubbi Perdomo Lasso, Teresa Cortés Ángulo, María Cristina Daniels Cardoso, Nelcy Alieth Rojas Benítez, Polo Félix Suárez Gómez, Félix Antonio Cruz Benavides, Elsy Vargas López, Margarita Rosa Lubo Noches, Carlos Alberto Archila Cabrera, José Ricardo Palacios, Juan Bautista Mendoza Guzmán, Gladys Polo Flórez, Norma Patricia Sánchez Cubides, María Teresa Jiménez Fernández, Efraín Antonio Cucunuba Totaitive, Martha Isabel Rodríguez Amaya, Diego Alejandro Forero Urquijo, Luisa Fernanda Ayala Fernández, Stephanía Vásquez Bautista, Ángela Yira Jiménez Casallas, Fernando Enrique Bernal Romero, Gloria Emilce González Contreras, Erika Liliana Matíz Badillo, Diana Astrid Guerrero Mendoza y María Patricia Marroquín Ciendúa, presentó acción de tutela contra el Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección A, con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la seguridad social, a la salud y de acceso a la administración de justicia.

Consideró vulnerados estos al no resolverse la medida cautelar de urgencia solicitada desde el 6 de diciembre de 2016, dentro del proceso de simple nulidad N° 11001-03-25-000-2016-01163-00.

Fundamentó la anterior solicitud en las siguientes razones:

Indicó que dentro del proceso antes señalado se solicitó la suspensión provisional de los efectos de la Convocatoria N° 331 de 2015, por la cual se llamó a un concurso de méritos para proveer empleos vacantes de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia.

Sostuvo que, según la Comisión Nacional de Servicio Civil, las listas de elegibles respectivas se publicarían desde el 1° de febrero de 2017, motivo por el cual con fundamento en ellas se harían los nombramientos correspondientes en vulneración de los derechos invocados y sin que se alcanzaran a analizar en sede judicial las razones por las cuales el proceso de selección es ilegal.

Por la anterior circunstancia afirmó, que se le solicitó a la Corporación Judicial accionada que de manera urgente resolviera la referida medida cautelar, a pesar de lo cual aquella no se ha pronunciado, por lo que persiste la situación de perjuicio irremediable, toda vez que el concurso de méritos sigue su curso normal.

2. Hechos probados y/o admitidos

La Sala encontró demostrados los siguientes supuestos fácticos, relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

2.1. El 6 de diciembre de 2016, dentro del proceso de simple nulidad N° 11001-03-25-000-2016-01163-00, se solicitó como medida cautelar de urgencia (art. 234 del CPACA), la suspensión provisional de los efectos de los siguientes actos administrativos de la CNSC²:

- Acuerdo N° 548 del 13 de agosto de 2015, *"Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia UAEMC, Convocatoria N° 331 de 2015 - Migración Colombia"*.

- Acuerdo N° 552 del 03 de septiembre de 2015 *"Por el cual se modifican los artículos 1, 2, 3 y 11 del Acuerdo N° 548 del 13 de agosto de 2015, a través del cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia UAEMC, Convocatoria N° 331 de 2015 - Migración Colombia"*.

- Acuerdo N° 556 del 11 de septiembre de 2015, *"Por el cual se modifica y adiciona el Acuerdo N° 552 del 03 de septiembre de 2015, a través del cual se modificaron los artículos 1, 2, 3 y 11 del Acuerdo N° 548 del 13 de agosto de 2015"*.

- Acuerdo N° 2016100000096 del 31 de mayo de 2016, *"Por el cual se modifica el Acuerdo N° 556 del 11 de septiembre de 2015, a través del cual se modificó y adicionó el Acuerdo N° 552 del 03 de septiembre de 2015, que modificó los artículos 1, 2, 3 y 11 del Acuerdo N° 548 del 13 de agosto de 2015"*.

2.2. Mediante escrito radicado el 16 de enero de 2017³, el apoderado de los accionantes le informó a la autoridad judicial accionada, que mediante circular N° 041 del 20 de diciembre de 2016 suscrita por el Secretario General de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, se le solicitó a los funcionarios nombrados en provisionalidad en dicha entidad, información relacionada con la calidad de sujetos de

especial protección.

Lo anterior, para ilustrar que si dicha información se hubiere requerido antes de la apertura del concurso de méritos, se hubiese evitado la vulneración de derechos fundamentales, en tanto se tendría claridad de los cargos ocupados por servidores de protección constitucional.

2.3. A través de escrito radicado el 19 de enero de 2017⁴, el apoderado de los peticionarios requirió que se resolviera la medida cautelar solicitada, so pena que se materialice la vulneración de los derechos fundamentales de los actuales funcionarios de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

2.4. De acuerdo al informe rendido por la CNSC⁵, desde febrero del año en curso, se han publicado varias listas de elegibles relacionadas con la "Convocatoria 331 de 2015 Migración Colombia".

3. Actuaciones procesales relevantes

3.1. Admisión de la demanda

A través de auto del 15 de febrero de 2017⁶, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, le solicitó al abogado Camilo Andrés Rojas Castro, que allegara los poderes correspondientes que lo facultan para interponer la acción de tutela de la referencia.

Teniendo en cuenta los poderes aportados por el mencionado profesional del derecho, mediante auto del 6 de marzo de 2017⁷, la Sección Cuarta de esta Corporación admitió la acción de tutela, teniendo como demandantes a Efraín Antonio Cucunuba Totaitive, Edna Yesenia Montañez Nemequen, Teresa Cortés Ángulo, Elsy Vargas López, Carlos Alberto Archila Cabrera, José Ricardo Palacios, María Cristina Daniels Cardoso, Daniel Francisco Garnica Rojas, María Patricia Marroquín Ciendua, Félix Antonio Cruz Benavides, Erika Lilibiana Matiz Badillo, Gloria Emilce González Contreras, Fernando Enrique Bernal Romero, Diego Alejandro Forero Urquijo, Ángela Yira Jiménez Casallas, Luisa Fernanda Ayala Fernández, Stephanía Vásquez Bautista, Martha Isabel Rodríguez Amaya, Margarita Rosa Lubo Noches, María Rubbi Perdomo Lasso, Nelcy Alieth Rojas Benítez, Juan Bautista Mendoza Guzmán, José Julián Núñez Trujillo, Norma Patricia Sánchez Cubides y Myriam Martínez Ramírez.

Asimismo, dispuso la notificación de la acción constitucional a la Sección Segunda - Subsección A del Consejo de Estado como parte demandada, y a la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia como tercero interesado, otorgándoles 2 días para que rindieran informe sobre los hechos de la acción objeto de estudio.

La referida unidad pese a ser notificada del presente trámite⁸ guardó silencio.

3.2. Intervención del Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección A⁹

A través del magistrado ponente del referido proceso de simple nulidad, informó que este fue asignado al despacho el 14 de diciembre de 2016 y se encuentra para decidir sobre la admisión de la demanda y la medida cautelar deprecada, sin embargo, que dada la congestión y el respeto de los turnos aún no se ha resuelto, sin que ello *per se* genere una vulneración al debido proceso, como lo ha precisado la Corte Constitucional en su jurisprudencia¹⁰.

4. Fallo impugnado¹¹

La Sección Cuarta del Consejo de Estado dictó sentencia del 11 de mayo de 2017 negando la acción de tutela, teniendo en cuenta que si bien el proceso de simple nulidad ingresó al despacho el 14 de diciembre de 2016, lo cierto es que no ha sido posible dar trámite al mismo por la congestión judicial que existe y el respeto de los turnos asignados a los asuntos del despacho.

Indicó que a pesar que la autoridad judicial accionada no ha adelantado actuación alguna frente a la demanda de simple nulidad, no se advierte que ello obedezca a su negligencia.

Agregó que tampoco está acreditada la existencia de un perjuicio irremediable, de modo que no están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda.

5. Impugnación¹²

La parte accionante impugnó oportunamente¹³ la sentencia antes descrita, argumentado que el fundamento de la acción de tutela no consiste en que a la fecha no se haya admitido la demanda de simple nulidad, pues se comprende que ello obedece a la congestión de la administración de justicia. Precisó que lo que se pretende en esta oportunidad es que se resuelva la medida cautelar de urgencia solicitada a fin de evitar que los poderdantes sean desvinculados de la administración pública como consecuencia de un concurso de méritos que adolece de legalidad, sin que se analicen, al menos sumariamente, las razones invocadas en la solicitud de suspensión provisional.

En ese orden, destacó que han transcurrido 5 meses desde que se solicitó la declaratoria de la medida cautelar sin que la misma se haya resuelto, lo cual es contrario al acceso efectivo a la administración de justicia.

Subrayó que la CNSC anunció que la publicación de las listas de elegibles se realizaría a partir del 1° de febrero de 2017, de manera tal que se efectuarían los nombramientos respectivos en detrimento de los derechos de los peticionarios.

Resaltó que por no haberse resuelto la mencionada medida cautelar de urgencia, se dictó la Resolución N° 0827 del 24 de mayo de 2017, que afectó a la señora Martha Isabel Rodríguez Amaya, toda vez que se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad para nombrar en su lugar, a una de las personas que participaron en el concurso de méritos.

6. Trámite procesal en segunda instancia

6.1. Estando el proceso para resolver la impugnación interpuesta, se advirtió que en primera instancia no se vinculó a la CNSC, a pesar del interés que le asiste en el presente asunto, como quiera que lo pretendido por la parte accionante consiste en que se resuelva la solicitud de suspensión provisional frente a los actos que dictó dicha entidad y son objeto del proceso de simple nulidad N° 11001-03-25-000-2016-01163-00.

Asimismo, se constató que tampoco se vinculó a los señores Olga Patricia Gutiérrez Carrascal, Nubia Rosa Mejía Parra, Isabel Rosario Oñate Amaya, Guadalupe Sánchez Palma, Gloria Elena Vélez Zapata, Cenia Mina Ararat, Samirna Margarita Vanegas Chapman, Carlos Mario Marín Moran, Lina Marcela Oviedo Salazar, Ángel Jairo Yepez Jiménez, Luis José Mestre López, Leonidas Manuel Álvarez Pérez, Diego Armando Sarmiento Sarmiento, Carolina Ruiz Herrera, Polo Félix Suárez Gómez, Gladys Polo Flórez y Diana Astrid Guerrero Mendoza, aunque según lo informado por la Sección Segunda de esta Corporación, son parte demandante al interior del proceso antes señalado.

Por lo anterior, mediante auto del 27 de junio de 2017¹⁴ y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 136 y 137 del Código General del Proceso, se dispuso que a través de la Secretaría General de la Corporación, se pusiera en conocimiento de la CNSC y de los ciudadanos antes señalados su falta de vinculación al presente trámite, para que en el término de 3 días (i) alegaran la nulidad si a bien lo tenían; (ii) se pronunciaran sobre la solicitud de amparo sin alegar la nulidad o, (iii) guardaran silencio. Lo anterior, teniendo en cuenta que en estos dos últimos eventos la irregularidad quedaría saneada.

En el mismo sentido, como el presente asunto puede ser de interés de las personas que participaron en la Convocatoria N° 331 de 2015 de la CNSC y de algunos de los servidores públicos de la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia, mediante el referido auto se ordenó que a través de la Secretaría General del Consejo de Estado, se adelantaran las gestiones pertinentes para publicar un aviso, en un diario de amplia circulación y en día domingo, con el fin de dar a conocer el contenido de la admisión del presente recurso de amparo a quienes tengan interés jurídico en la actuación.

Adicionalmente, se ordenó a la CNSC, que a través de su página web diera a conocer a todos los interesados, en especial a los participantes de la referida convocatoria, la existencia de la acción objeto de estudio.

Finalmente, con el fin de resolver la impugnación interpuesta teniendo en cuenta todos los elementos de juicio pertinentes, se ofició al abogado de la parte accionante y a la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado para que en el término de 2 días allegaran copia de la demanda, la solicitud de medidas cautelares y los poderes conferidos por los señores Martha Isabel Rodríguez Amaya, Diego Alejandro Forero Urquijo y Luisa Fernanda Ayala Fernández del proceso de simple nulidad N° 11001-03-25-000-2016-01163-00.

6.2. Adelantadas en segunda instancia las actuaciones pertinentes para vincular a los interesados en el presente trámite, únicamente acudió la CNSC¹⁵, que sin solicitar la nulidad de lo actuado, se opuso al amparo solicitado argumentando lo siguiente:

Alegó que la parte accionante cuenta con los medios de control y las medidas cautelares de la Ley 1437 de 2011, para controvertir el Acuerdo N° 548 de 2015 que dio inicio a la Convocatoria 331 de 2015, así como los actos que se profieran dentro de esta, razón por la cual la acción de tutela se torna improcedente debido a su naturaleza subsidiaria.

Argumentó que la solicitud de suspensión provisional del acuerdo antes señalado *“resulta improcedente en la medida que no se configuran los presupuestos legales establecidos en el artículo 231 del CPACA, que den lugar a decretar la medida cautelar, ello como quiera que con la expedición de los actos administrativos objeto de reproche no se violó norma alguna, ni se ha causado un perjuicio injustificado al accionante ni a la comunidad general, pues la Comisión Nacional del Servicio Civil ha actuado de conformidad con las normas jurídicas y jurisprudencia que le otorgan competencias en el desarrollo del concurso de méritos en cuestión, es decir, en aplicación del artículo 125 Superior y las normas legales que lo desarrollan y reglamentan”*.

Luego de relacionar las etapas del referido concurso de méritos, destacó que las pruebas aplicadas fueron calificadas y las reclamaciones efectuadas se resolvieron, por lo que a partir de febrero de 2017 conformó y adoptó las listas de elegibles correspondientes, las cuales identificó.

Finalmente, precisó que ha procedido al desarrollo de la Convocatoria 331 de 2015 de conformidad con las normas aplicables, y que la presente acción de tutela está encaminada a que se profiera una decisión judicial al interior del proceso promovido por la parte accionante, situación relacionada con el despacho que tiene a cargo el conocimiento del asunto.

6.3. Los documentos solicitados al abogado de la parte demandante y al Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, fueron aportados.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación del fallo de tutela del 11 de mayo de 2017, dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si, de conformidad con los argumentos de la impugnación, se revoca, modifica o confirma la providencia antes señalada, para lo cual se deberá resolver el siguiente problema jurídico:

¿Se vulneran o ponen en riesgo los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de los accionantes, al no resolverse la medida cautelar de urgencia, consistente en la suspensión provisional de los actos acusados, dentro del proceso de simple nulidad N° 11001-03-25-000-2016-01163-00?

Para resolver el interrogante planteado, se analizarán los siguientes temas: (i) Derecho fundamental al debido proceso – afectación de su núcleo esencial por dilaciones injustificadas; y (ii) análisis del caso concreto.

3. Razones jurídicas de la decisión

3.1. Derecho fundamental al debido proceso – afectación de su núcleo esencial por dilaciones injustificadas¹⁶

El artículo 4 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, establece: *“La administración de justicia debe ser pronta y cumplida. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar”*.

El precepto anterior fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en la sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, en el entendido de que es requisito indispensable que el juez propugne por la vigencia del principio de la seguridad jurídica, es decir, que asuma el compromiso de resolver en forma diligente y oportuna los conflictos a él sometidos. Ello, dentro de los plazos que define el legislador. Lo anterior, en consideración a que es parte integrante del derecho al debido proceso el *“derecho fundamental de las personas a tener un proceso ágil y sin retrasos indebidos”*¹⁷.

La Corte Constitucional, reiteradamente, ha señalado que las dilaciones injustificadas en los procesos judiciales pueden causar amenaza o vulneración del derecho fundamental al debido proceso.¹⁸ Sobre el particular, en una determinada oportunidad, se manifestó en los siguientes términos:

*“Como se advierte toda persona tiene derecho a que los trámites judiciales en que participe como demandante, demandado e incluso como tercero no se vean afectados por retrasos injustificados, pues ello iría en detrimento no solo del derecho al debido proceso sin dilaciones injustificadas sino al derecho al acceso a una real y efectiva administración de justicia, dado que la resolución tardía de las controversias judiciales equivale a una falta de tutela judicial efectiva.”*¹⁹

Así, el derecho al acceso a la administración de justicia no puede interpretarse como algo desligado del tiempo en que deben ser adoptadas las decisiones judiciales durante las diferentes etapas del proceso por parte de los funcionarios, sino que ha de ser comprendido en el sentido de que se garantice dentro de los plazos fijados en la ley.

Una interpretación en sentido contrario implicaría que cada uno de los magistrados, jueces y fiscales podrían, a su leal saber y entender, proferir en cualquier tiempo las providencias judiciales, lo cual desconoce lo ordenado en el artículo 123 de la Carta Política en cuanto dispone que los servidores públicos, y dentro de esta categoría los funcionarios judiciales,²⁰ deben ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley o el reglamento.

*Como se ve existe una estrecha relación entre el acceso a la administración de justicia y el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas no obstante, no puede perderse de vista que el contenido esencial de este último difiere del de aquél, puesto que éste se refiere no a la posibilidad de acceso a la jurisdicción ni a la obtención práctica de una respuesta jurídica a las pretensiones formuladas, sino a una razonable dimensión temporal del procedimiento necesario para resolver y ejecutar lo resuelto. Esta razonabilidad es establecida, en principio, por el legislador al expedir las normas que regulan los plazos para el desarrollo de los diferentes procesos y la adopción de las decisiones dentro de los mismos.”*²¹

Siguiendo el hilo conductor trazado en los pasajes anteriormente transcritos, la Corte Constitucional ha calificado, como parte integrante de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, el *“derecho fundamental de las personas a tener un proceso ágil y sin*

retrasos indebidos²². Por su parte, esta Corporación ha señalado que, en caso de comprobarse una dilación injustificada del proceso, la acción de tutela resulta procedente a fin de ampararlos.²³

Al respecto, la Sala ha indicado que:

*“La mora judicial o administrativa que configura vulneración del derecho fundamental al debido proceso se caracteriza por: (i) el incumplimiento de los términos señalados en la ley para adelantar alguna actuación por parte del funcionario competente; (ii) que la mora desborde el concepto de plazo razonable que involucra: análisis sobre la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de la autoridad competente y el análisis global de procedimiento y (iii) la falta de motivo o justificación razonable en la demora”.*²⁴

Así mismo, se ha entendido que, atendiendo la realidad del país, en la gran mayoría de casos el incumplimiento de los términos procesales no es imputable al actuar de los funcionarios judiciales. Esto, en consideración a la complejidad del asunto, el cual puede requerir de un mayor tiempo del establecido en las normas y en la Constitución para su estudio, sea para valorar pruebas o analizar la normatividad existente. Por ello, cuando la tardanza no es imputable al actuar del juez o cuando existe una justificación que explique el retardo, no se entienden vulnerados los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

En conclusión, la mora judicial no atiende a la simple tardanza en el trámite de los procesos judiciales, a las demoras que se presentan por la complejidad del caso, ni a las excesivas cargas de trabajo y a los rezagos que enfrentan los jueces. En realidad, esta se predica de aquellos eventos en que los retrasos se deben a la negligencia de los funcionarios y a la omisión de sus deberes.²⁵

Al respecto, la Sala ha asumido una posición reiterada en relación con la existencia de mora judicial. De acuerdo con esta, el fenómeno en comento sólo se predica si hay dilación injustificada al resolver los asuntos sometidos a la competencia del juez. De ese modo, de acreditarse tal evento, la conducta en particular constituye violación, tanto al derecho de acceso a la administración de justicia, como al debido proceso de las partes.²⁶

3.2. Análisis del caso en concreto

El hecho que motivó la interposición de la acción objeto de estudio consistió en que la parte accionante, al interior del proceso de simple nulidad N° 11001-03-25-000-2016-01163-00 solicitó como medida cautelar de urgencia (art. 234 del CPACA), la suspensión de varios actos administrativos relacionados con el concurso de méritos para proveer empleos vacantes de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia, sin que el juez al que le correspondió el conocimiento del asunto, la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, haya resuelto dicha petición.

Al revisar el software de gestión judicial Siglo XXI, se tiene que el asunto fue recibido por el despacho del magistrado ponente el 14 de diciembre de 2016, sin que a la fecha se haya emitido algún pronunciamiento de fondo sobre la medida cautelar de urgencia.

Lo anterior quiere decir, que han transcurrido casi 8 meses sin que se haya resuelto la referida solicitud.

Frente a esta situación la Corporación Judicial accionada indicó que no ha sido posible dar trámite a la solicitud de medida cautelar, debido la congestión judicial que existe y el respeto de los turnos asignados a los asuntos del despacho sustanciador.

Sobre la justificación esgrimida no desconoce la Sala, como se expuso en el numeral 3.1 de la parte motiva de esta providencia, que ciertamente la mora judicial no atiende a la simple tardanza en el trámite de los procesos judiciales, a las demoras que se presentan por la complejidad del asunto, ni a las excesivas cargas de trabajo y a los rezagos que enfrentan los jueces, razón por la cual en cada caso debe verificarse si los retrasos se deben a la negligencia de los funcionarios y/o a la omisión de sus deberes.

Para tal efecto, resulta indispensable tener en cuenta que la solicitud elevada por la parte demandante fue una medida cautelar de urgencia, que constituye uno de los mecanismos introducidos por la Ley 1437 de 2011 en la materia, con el fin de garantizar la protección efectiva del derecho de acceso a la administración de justicia de las personas que en situaciones apremiantes requieren un pronunciamiento expedito del juez administrativo, quien puede prescindir del traslado a la contraparte y, por ende, del procedimiento establecido en el artículo 233 de la misma normatividad, ante circunstancias de carácter urgente que ameritan su intervención inmediata.

Aunado a lo anterior, también debe considerarse, que la petición consistió en la suspensión provisional de actos administrativos, medida cautelar que fue fortalecida por la Ley 1437 de 2011, a fin de que constituya no solo un mecanismo idóneo sino también temporalmente eficaz de protección de derechos fundamentales.

Precisamente, en atención a las modificaciones introducidas por el CPACA en materia de medidas cautelares, la Corte Constitucional en la

sentencia SU-355 de 2015²⁷, señaló que por regla general la acción de tutela no es procedente como mecanismo definitivo o transitorio contra actos administrativos, criterio que también ha sido aplicado en varias oportunidades por esta Sección²⁸. Para mayor ilustración, se traen a colación las siguientes consideraciones del mencionado fallo de unificación:

“5.3.5.2. 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.

(...)

“Si bien la Corte reitera la regla de procedencia establecida en la SU-712 de 2013, su aplicación en el caso ahora estudiado no conduce a la misma conclusión a la que se arribó en aquella ocasión. En efecto, la regulación que en materia de suspensión provisional introdujo la Ley 1437 de 2011 y la comprensión que de ella ha tenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, permiten a este Tribunal concluir que el accionante cuenta, prima facie, con un medio judicial no solo idóneo sino también temporalmente eficaz para debatir oportunamente la posible violación de sus derechos y plantear la adopción de una medida de protección si se cumplen las condiciones para ello.

En efecto, al amparo de las normas sobre suspensión provisional, el juez administrativo puede ocuparse de evaluar antes de un pronunciamiento definitivo y en un término breve, si el acto administrativo se opone, al menos en principio, a las normas señaladas por el demandante, lo que incluye naturalmente las disposiciones constitucionales que reconocen derechos fundamentales. Si bien la suspensión provisional de los efectos de un acto de la administración no supone su invalidez, sí tiene la aptitud de proteger los derechos presuntamente afectados, al proscribir que dicho acto sea ejecutado. Además, de conformidad con la regulación vigente, la solicitud de suspensión provisional puede, en eventos de urgencia valorados por el juez administrativo, adoptarse sin previa notificación de la otra parte.

5.3.7. En síntesis, con independencia del sentido que puedan tener en cada caso las decisiones del juez administrativo respecto de la solicitud de suspensión provisional, debe concluirse –en lo que resulta relevante para un juicio de subsidiariedad- que esa alternativa ofrece, en la actualidad, una amplia posibilidad de controlar en un término breve de tiempo los efectos de la decisión de la autoridad disciplinaria. En atención a ello no puede acogerse la misma decisión de la sentencia SU-712 de 2003, adoptada en vigencia del Decreto 01 de 1984” (Destacado fuera de texto).

En el mismo sentido, esta Corporación en sede de lo contencioso administrativo²⁹, ha resaltado el carácter autónomo de las medidas cautelares de urgencia a la luz de la Ley 1437 de 2011, en tanto por sí mismas pretenden lograr un amparo oportuno y efectivo frente a situaciones apremiantes, lo que a su vez significa que el juez administrativo está en el deber de analizar en un término perentorio si la situación invocada justifica o no su intervención inmediata, so pena de poner en riesgo el derecho a la tutela judicial efectiva.

En tal sentido, resultan pertinentes las siguientes consideraciones, contenidas en la providencia del 2 de mayo de 2016 de la Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado³⁰:

“(…) el Despacho pone de presente el carácter decididamente autónomo de la tutela cautelar a través de las denominadas “medidas cautelares de urgencia”, establecidas en el artículo 234 del Código y que pretenden la adopción de una medida provisional de manera inmediata, en donde dada la situación de inminente riesgo de afectación de los derechos del interesado, se prescinde del trámite de notificación a la contraparte y puede ordenarse la medida, inclusive, de manera previa a la notificación del auto admisorio de la demanda (conforme al artículo 229 del Código); en otras palabras, esta disposición constituye una protección reforzada al derecho convencional de toda persona de contar con un recurso judicial efectivo en caso de graves violaciones de derechos humanos³¹, dado el apremio con que se adopta dicha medida cautelar, dejando de ser accesoria y subordinada al proceso contencioso administrativo principal adquiriendo unas características y contornos particulares y diferenciados, pues ella en sí misma constituye, a la luz del procedimiento contencioso, un recurso judicial sui generis de urgencia para la protección de los derechos de los asociados. Es estos términos, como una medida autónoma garante de los derechos humanos, que se debe interpretar y aplicar, en adelante por parte de los Jueces Administrativos la tutela cautelar de urgencia”.

Asimismo, vale la pena reiterar lo dicho por esta Sección en sentencia del tutela del 10 de julio de 2015, al interior del proceso N°

25000-23-42-000-2015-01683-01³², en el que se advirtió que el juez natural del asunto no se había pronunciado sobre la solicitud de medidas cautelares, a pesar de que había transcurrido un plazo razonable para la resolución de dicha petición:

“Ahora bien, esta Sala precisa que si bien el Magistrado Ponente ha considerado que en estos casos la acción de tutela es improcedente ante la existencia de otro mecanismo judicial por la efectividad de las medidas cautelares consagradas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, lo cierto es que, el Consejero que conoce de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el Resguardo Corozal Tapaojo contra la Resolución 1334 de 1º de julio de 2011 se ha tardado un periodo de tiempo que la Sala no considera razonable, para decidir sobre la solicitud de suspensión provisional de dicho acto administrativo, pues la misma fue presentada el 6 de marzo de 2015 y a la fecha de la presentación de la acción de tutela aún no ha habido pronunciamiento al respecto.

De esa manera, la medida cautelar de suspensión provisional, medio eficaz para procurar por la protección de los derechos fundamentales de la actora, ha perdido su idoneidad, no por su naturaleza misma, sino por la mora del juez que conoce del asunto.

Así las cosas, se precisa que las medidas cautelares son un medio útil y adecuado para para lograr una tutela judicial efectiva pues a partir del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el juez puede ordenar las medidas solicitadas en sede de tutela como mecanismo transitorio, sin más requisitos que los necesarios para determinar si resulta procedente acudir a ellas.

No obstante lo anterior, se observa que en el caso bajo estudio, el juzgador ordinario no ha obrado de conformidad con dicha normatividad de manera oportuna y en esa medida ha hecho que las medidas cautelares pierdan su aptitud para procurar por la protección de los derechos fundamentales del señor Pablo Chipiaje y de todos los miembros de su Resguardo Indígena” (Destacado fuera de texto)”.

En ese orden, en atención al carácter especial de la solicitud que realizó la parte accionante al interior del mencionado proceso de simple nulidad, es claro que la misma debe resolverse de manera expedita, so pena de poner en riesgo el derecho a la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, la resolución de dicha petición no implica necesariamente que de manera inmediata se niegue o decrete la medida cautelar, pues antes debe establecerse si dicha petición debe tramitarse de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 233 del CPACA, esto es, con traslado a la parte demandada, o por el contrario, si en virtud de las particularidades del caso en concreto, el juez administrativo debe actuar sin más dilaciones, so pena de que se vean irremediablemente afectados los derechos en riesgo³³.

En consonancia con lo anterior, es la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, la llamada a estudiar en el caso de autos la medida cautelar de urgencia de acuerdo con los argumentos esgrimidos por la parte actora y, por ende, evaluar si (i) los eventuales errores en las pruebas practicadas en el concurso de méritos, (ii) la disminución supuestamente irregular de los cargos ofertados, (iii) la ausencia de un censo que identificara a los funcionarios en provisionalidad que ostentan la condición de prepensionados (iv) y la inexistencia de mecanismos de protección en favor de estos una vez se nombre en su lugar a quienes superaron el proceso de selección³⁴, constituyen o no circunstancias de carácter urgente que justifican prescindir del procedimiento regular (art. 233 CPACA) para el decreto de la suspensión provisional solicitada.

Por lo tanto, la definición del anterior asunto es lo que está pendiente de decisión desde el 14 de diciembre de 2016, día en el que el despacho del magistrado sustanciador recibió el expediente correspondiente.

Hechas las anteriores precisiones, aunque no se desconoce la congestión judicial que aqueja a la Sección Segunda, Subsección A de la Corporación, no se advierte que esta haya adoptado las actuaciones pertinentes para resolver la referida medida cautelar de urgencia, a pesar que han transcurrido casi 8 meses desde que fue elevada y que la misma por su naturaleza autónoma y especial requiere un pronunciamiento expedito del juez administrativo, so pena que la protección oportuna y material que pretende quede reducida a un plano meramente formal, en desmedro de los derechos de acceso efectivo a la administración de justicia y debido proceso.

En efecto, aunque la parte accionada invocó en su favor la congestión judicial, no suministró información adicional sobre el estado del proceso promovido por los demandantes, verbigracia, el turno asignado al mismo, cuántos asuntos con medidas cautelares de urgencia están pendientes de decisión, o alguna otra circunstancia que en concreto permita predicar que se han adelantado las gestiones necesarias para resolver en el menor tiempo posible una solicitud que por su naturaleza especial debe ser analizada de manera expedita.

Por el contrario se destaca, sin perjuicio de lo que estime el juez natural del asunto, que la CNSC conformó las listas de elegibles del mencionado proceso de selección, por lo que se procederá a los nombramientos correspondientes, lo que constituye una de las circunstancias invocadas por los accionantes, para sustentar la necesidad de la resolución oportuna de la medida cautelar.

Dicho de otro modo, por las particularidades del caso concreto, contrario a lo indicado por el *A quo* constitucional, sí se evidencia mora en la resolución de la referida solicitud, motivo por el cual en amparo de los derechos de acceso a la administración de justicia y debido proceso de los accionantes, se le ordenará al Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, que en el término de 10 días siguientes a la notificación de esta providencia resuelva la mencionada petición.

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

FALLA:

PRIMERO: SE REVOCA la sentencia del 11 de mayo de 2017, mediante la cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó el amparo solicitado.

En su lugar, SE TUTELAN los derechos de acceso a la administración y debido proceso de los señores Efraín Antonio Cucunuba Totaitive, Edna Yesenia Montañez Nemeguen, Teresa Cortés Ángulo, Elsy Vargas López, Carlos Alberto Archila Cabrera, José Ricardo Palacios, María Cristina Daniels Cardoso, Daniel Francisco Garnica Rojas, María Patricia Marroquín Ciendua, Félix Antonio Cruz Benavides, Erika Liliana Matíz Badillo, Gloria Emilce González Contreras, Fernando Enrique Bernal Romero, Diego Alejandro Forero Urquijo, Ángela Yira Jiménez Casallas, Luisa Fernanda Ayala Fernández, Stephanía Vásquez Bautista, Martha Isabel Rodríguez Amaya, Margarita Rosa Lubo Noches, María Rubbi Perdomo Lasso, Nelcy Alieth Rojas Benítez, Juan Bautista Mendoza Guzmán, José Julián Núñez Trujillo, Norma Patricia Sánchez Cubides y Myriam Martínez Ramírez.

SEGUNDO: SE ORDENA al Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, que en el término de 10 días siguientes a la notificación de esta providencia, resuelva la medida cautelar de urgencia elevada dentro del proceso de simple nulidad N° 11001-03-25-000-2016-01163-00, de conformidad con lo expuesto en este proveído

TERCERO: NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Consejera

(Aclara voto)

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero

CON ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

IDONEIDAD DE MEDIDAS CAUTELARES EN LOS MEDIOS DE CONTROL DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Tal como lo señalé en su momento en el escrito con el que nos apartamos de la decisión mayoritaria en el caso Petro, las medidas cautelares no siempre son eficaces para garantizar la tutela judicial efectiva, como sí lo sería la acción de tutela como mecanismo transitorio, pues las primeras están sujetas al cumplimiento de una serie de requisitos para su procedencia y a unas formalidades para su decreto, ya que las normas contenidas en la Ley 1437 de 2011 son claras y concretas en establecer que estas podrán ser solicitadas desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso, lo que no quiere decir que el demandante esté exento de agotar el requisito de procedibilidad correspondiente. (...) Así, reitero que no resulta acertada la afirmación de que la medida cautelar pueda incoarse antes de la solicitud de conciliación prejudicial. En efecto, las medidas cautelares de urgencia que procederían a la luz del parágrafo primero del artículo 590 del Código General del Proceso, que es el apoyo legal para relevar de la obligación de agotar el requisito de procedibilidad, corresponden, como lo manifesté en su momento, a las consagradas en los procesos de la jurisdicción ordinaria en tanto en ese estatuto jurídico se mencionan la inscripción de demanda sobre bienes sujetos a registro, el secuestro sobre bienes y derechos reales y el embargo, desarrolladas en el Libro Cuarto del nuevo Código General del Proceso, y pues, como es obvio, en las disposiciones que reemplazaron las normas del Procedimiento Civil no aparece referencia alguna a la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, en la medida en que se trata de una medida cautelar propia y exclusiva del proceso contencioso administrativo. (...) se insiste, la consecuencia directa de tramitar las tutelas bajo este criterio es que no se atienden de manera cuidadosa las circunstancias de los solicitantes en el caso concreto, porque el ejercicio argumentativo del juez de tutela consiste en disponer la improcedencia de la acción por la simple existencia de otros mecanismos ordinarios “ágiles y novedosos” de protección, y además, a tal conclusión se llega, sin que medie prueba de su eficacia e idoneidad.

NOTA DE RELATORÍA: La aclaración de voto reitera criterios expuestos en los salvamentos de voto frente a la tutela formulada por el señor Petro Urrego, relacionados con que las medidas cautelares no siempre son eficaces para garantizar la tutela judicial efectiva, como si lo sería la acción de tutela como mecanismo transitorio.

Bogotá D.C., quince (15) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Con el acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto respecto de la sentencia proferida el [3 de agosto de 2017], en la que se resolvió:

“PRIMERO: SE REVOCA la sentencia del 11 de mayo de 2017, mediante la cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó el amparo solicitado. En su lugar, SE TUTELAN los derechos de acceso a la administración y debido proceso de los señores Efraín Antonio Cucunuba Totaitive, Edna Yesenia Montañez Nemeguen, Teresa Cortés Ángulo, Elsy Vargas López, Carlos Alberto Archila Cabrera, José Ricardo Palacios, María Cristina Daniels Cardoso, Daniel Francisco Garnica Rojas, María Patricia Marroquín Ciendua, Félix Antonio Cruz Benavides, Erika Liliana

Matíz Badillo, Gloria Emilce González Contreras, Fernando Enrique Bernal Romero, Diego Alejandro Forero Urquijo, Ángela Yira Jiménez Casallas, Luisa Fernanda Ayala Fernández, Stephanía Vásquez Bautista, Martha Isabel Rodríguez Amaya, Margarita Rosa Lubo Noches, María Rubbi Perdomo Lasso, Nelcy Alieth Rojas Benítez, Juan Bautista Mendoza Guzmán, José Julián Núñez Trujillo, Norma Patricia Sánchez Cubides y Myriam Martínez Ramírez”.

De entrada advierto que si bien comparto el sentido de la decisión adoptada, debo aclarar mi voto, pues en las consideraciones se hizo referencia a la tesis sobre la idoneidad o eficacia de las medidas cautelares introducidas por la Ley 1437 de 2011.

En lo pertinente, en la sentencia frente a la que ahora aclaro voto, la Sala dijo:

“En el mismo sentido, esta Corporación en sede de lo contencioso administrativo³⁵, ha resaltado el carácter autónomo de las medidas cautelares de urgencia a la luz de la Ley 1437 de 2011, en tanto por sí mismas pretenden lograr un amparo oportuno y efectivo frente a situaciones apremiantes, lo que a su vez significa que el juez administrativo está en el deber de analizar en un término perentorio si la situación invocada justifica o no su intervención inmediata, so pena de poner en riesgo el derecho a la tutela judicial efectiva.

En tal sentido, resultan pertinentes las siguientes consideraciones, contenidas en la providencia del 2 de mayo de 2016 de la Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado³⁶:

‘(...) el Despacho pone de presente el carácter decididamente autónomo de la tutela cautelar a través de las denominadas “medidas cautelares de urgencia”, establecidas en el artículo 234 del Código y que pretenden la adopción de una medida provisional de manera inmediata, en donde dada la situación de inminente riesgo de afectación de los derechos del interesado, se prescinde del trámite de notificación a la contraparte y puede ordenarse la medida, inclusive, de manera previa a la notificación del auto admisorio de la demanda (conforme al artículo 229 del Código)...’.

Pues bien, el anterior análisis efectuado por la Sección Quinta para resolver las acciones de tutela que se formulen en contra de actos administrativos, el cual yo misma estoy aplicando únicamente en acatamiento del deber que les asiste a los jueces de la República de cumplir las sentencias constitutivas de precedente³⁷, resulta inapropiado por las siguientes razones traídas del escrito compuesto por los textos de intervención de 9³⁸ de los 11 Consejeros que salvamos nuestro voto frente a la decisión proferida con ocasión de la tutela que formuló el señor Petro Urrego.

Con la finalidad de contextualizar, se recuerda que en la sentencia proferida por la Sala Plena el 5 de marzo de 2014, fue planteada una tesis general para todas aquellas tutelas que estén dirigidas en contra de actos administrativos, sin importar la naturaleza de la decisión, su contenido o finalidad; pues aunque es sabido que la solicitud de amparo constitucional comúnmente es improcedente para estos fines porque está condicionada ante la existencia otros medios de defensa judicial, de conformidad con el artículo 8º del Decreto No. 2591 de 1991³⁹, también lo es que en todos esos casos es imperioso analizar la procedencia excepcional de la acción.

En desarrollo de la previsión normativa, jurisprudencialmente estaba establecido que la acción de tutela, cuya finalidad fuera censurar actuaciones administrativas, era procedente siempre que: i) no existieran mecanismos de defensa del derecho vulnerado o amenazado; o, (ii) a pesar de estar previstos estos mecanismos no ofrecieran una protección eficaz o adecuada al derecho; o, iii) no obstante existir instrumentos procesales idóneos se utilizara la solicitud de amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Como se vio, conforme a la teoría de procedencia de la tutela contra actuaciones administrativas, uno de los elementos que debía analizar el juez de tutela era la existencia de un perjuicio irremediable, con lo que incluso podía exculparse la falta de agotamiento de la vía gubernativa.

Ahora, en contraposición a esta jurisprudencia constitucional, en los términos del doctor Guillermo Vargas Ayala, la Sala Plena generó una tesis con la cual se produjo una *“...defraudación de la confianza legítima por aplicación de un cambio jurisprudencial...”*, con fundamento en que, el fallo del caso Petro, *“...impone una nueva regla jurídica consistente en la improcedencia del recurso de amparo por la existencia de otro medio judicial...”*⁴⁰, con la cual se cambian las reglas para el acceso a la administración de justicia en caso de tutelas que sean dirigidas contra actos administrativos, la cual, además, para ese caso concreto se aplicó de manera retroactiva⁴¹.

Lo anterior fue así porque en dicha providencia se indicó, en resumen, lo siguiente en relación con la procedencia de la acción de tutela contra actuaciones administrativas:

“En estos términos, se concluye que: i) lo que ahora se discute a través de la acción de tutela se podrá discutir promoviendo el proceso de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta que: ii) que la suspensión provisional del nuevo código tiene la misma prontitud y eficacia protectora que la acción de tutela, por varias razones: a) porque se decide al iniciar el proceso, b) procede para evitar un “perjuicio irremediable”; y iii) porque la contradicción que se exige para suspender el acto administrativo ya no tiene el rigor y la exigencia del pasado: que sea ostensible; de hecho se puede hacer un estudio complejo para concluirlo.

(...)

Inclusive y ante el hipotético argumento sobre la ineficacia de la medida, dada la exigencia de que se agote el requisito de procedibilidad referido a la conciliación previa a la admisión de la demanda, es evidente que el juez de lo contencioso administrativo pueda admitir la posibilidad de que el accionante presente la demanda y la solicitud de medida cautelar previamente al agotamiento de la conciliación prejudicial, al tenor de lo dispuesto por el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011, que regula las medidas cautelares de urgencia: “Desde la

presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar”.

(...)

Se dirá igualmente que no todo perjuicio irremediable, por el mero hecho de serlo, de manera inexorable conduce o abre paso a la procedencia y prosperidad de la tutela como mecanismo transitorio, pues se requiere, no solo que tenga esa entidad, sino que además sea injustificado, que no provenga de una acción legítima.

(...)

En párrafos anteriores se precisó que para la prosperidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio, no basta la mera presencia de un perjuicio irremediable, es indispensable además, que obre la evidencia que refleje de manera desprevenida, que ese perjuicio es injustificado y que no proviene de una acción legítima de la autoridad contra quien se interpone, que en términos generales apunta a lo que la jurisprudencia en la materia, tanto de la Corte Constitucional como de esta Corporación, han denominado presupuestos de procedibilidad”.

Con la tesis acuñada por esta Corporación, en palabras del doctor Ramiro Pazos Guerrero, la mayoría de la Sala Plena argumentó materializar la intención del Legislador en “desplazar” la acción de tutela y darle prevalencia a las acciones ordinarias en estos eventos al otorgarle a las medidas cautelares que trae el nuevo código un alcance mayor al realmente establecido, pues se le imprimieron características de “*prontitud y eficacia protectora*”, comparables o incluso superiores a las de la acción de tutela.

Lo anterior fue derivado de, por ejemplo, poder evitar el perjuicio irremediable porque las medidas cautelares se pueden decidir al “*iniciar el proceso*” y porque se trata de providencias que son dictadas sin tener en cuenta “*...el rigor y la exigencia del pasado...*” y toda vez que en ellas “*...se puede hacer un estudio complejo para concluirlo...*”.

Frente a esta hipótesis, la totalidad de los Consejeros disidentes que suscribimos el salvamento de voto, coincidimos en indicar que, como lo dijo el doctor Gerardo Arenas Monsalve, “*...se magnific[ó] la efectividad de las medidas cautelares al punto de concluir, (...) que éstas proceden aún antes de la admisión de la demanda y sin recurrir a la conciliación...*”, todo con la finalidad de “*...equipararlas a la eficacia de la tutela...*”.

Tal como lo señalé en su momento en el escrito con el que nos apartamos de la decisión mayoritaria en el caso Petro, las medidas cautelares no siempre son eficaces para garantizar la tutela judicial efectiva, como sí lo sería la acción de tutela como mecanismo transitorio, pues las primeras están sujetas al cumplimiento de una serie de requisitos para su procedencia y a unas formalidades para su decreto, ya que las normas contenidas en la Ley 1437 de 2011 son claras y concretas en establecer que estas podrán ser solicitadas desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso, lo que no quiere decir que el demandante esté exento de agotar el requisito de procedibilidad correspondiente.

Así mismo, en cuanto a la solicitud de medidas cautelares como situación que enerva el agotamiento del requisito de procedibilidad, el artículo 590 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA a los procesos contencioso administrativos, opera solamente en lo que sea compatible con su naturaleza. Por tal razón, al contemplar dicho estatuto jurídico de manera especial y excluyente una especie del género medidas cautelares, como es la suspensión provisional, el mecanismo provisorio resulta totalmente ajeno a los procedimientos de la jurisdicción ordinaria regulados en el referido Código General del Proceso.

Así, reitero que no resulta acertada la afirmación de que la medida cautelar pueda incoarse antes de la solicitud de conciliación prejudicial. En efecto, las medidas cautelares de urgencia que procederían a la luz del párrafo primero del artículo 590 del Código General del Proceso, que es el apoyo legal para relevar de la obligación de agotar el requisito de procedibilidad, corresponden, como lo manifesté en su momento, a las consagradas en los procesos de la jurisdicción ordinaria en tanto en ese estatuto jurídico se mencionan la inscripción de demanda sobre bienes sujetos a registro, el secuestro sobre bienes y derechos reales y el embargo, desarrolladas en el Libro Cuarto del nuevo Código General del Proceso, y pues, como es obvio, en las disposiciones que reemplazaron las normas del Procedimiento Civil no aparece referencia alguna a la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, en la medida en que se trata de una medida cautelar propia y exclusiva del proceso contencioso administrativo.

Entonces, como resulta extraña e improcedente la posibilidad de aplicación de las disposiciones sobre medidas cautelares del CGP a una situación relacionada con actos administrativos tramitada en esta jurisdicción, consideré que se debía reconducir el estudio bajo la égida de las normas del CPACA estatuto propio de nuestra jurisdicción.

Concomitante con lo dicho, la Sala Plena optó por indicar que, como cambio jurisprudencial, la procedencia de la tutela como mecanismo excepcional y transitorio ya no depende únicamente de que el perjuicio sea irremediable, sino que además debe ser “*injustificado*” y no provenir “*de una acción legítima*”⁴², cualificaciones que no resultan predicables de ningún acto administrativo, pues estos son producto del actuar legítimo del Estado, como forma de expresión de su voluntad, respaldada en todo el ordenamiento legal y constitucional⁴³, criterio que, como indicó el doctor Ramiro Pazos, “*...plantea preocupantes interrogantes [por ejemplo] en el terreno de la responsabilidad extracontractual del Estado, pues supondría el desconocimiento de la existencia de daños antijurídicos producidos por una acción legítima estatal*”

La posición de la Sala Plena en este aspecto se apoyó de manera conveniente en una cita jurisprudencial de la Corte Constitucional, proveniente de la sentencia T-570 de 2007, la cual “*...constituye un criterio aislado y que no se aviene a la posición general que ha seguido pacíficamente la jurisprudencia de...*” esa Corporación, y con fundamento en la cual es posible concluir, en mi criterio, “*...que NUNCA MÁS podrá entrar a considerarse la procedencia de esta acción constitucional -la de tutela- cuando medie un acto administrativo...*”, pues la simple constatación de la existencia de una vía judicial procesal ordinaria de defensa de los derechos fundamentales invocados conllevaría en todos los casos a la

improcedencia del amparo constitucional, sin realizar un análisis de eficacia e idoneidad de la acción⁴⁴.

Como críticas, nuestras, a la tesis desarrollada por la Sala Plena de la Corporación se indicó que: i) con ella se olvidó que las medidas de cautela y la acción de tutela son concomitantes; ii) que las medidas cautelares están sujetas al cumplimiento de una serie de requisitos, los cuales impiden que sean eficaces para garantizar la tutela judicial efectiva, como sí lo sería la acción de tutela al ser concedida como mecanismo transitorio; iii) desconoció que el CPACA, lejos de contener una normativa dirigida a “desplazar” el ejercicio de la tutela⁴⁵, trae unas previsiones que pueden y deben interpretarse armónicamente con el conjunto de las disposiciones del estatuto de la acción constitucional; iv) el juez de tutela está exento de valorar las razones que alega la parte solicitante para justificar la eventual procedencia excepcional de este mecanismo; v) para la doctora Martha Teresa Briceño de Valencia, “en la práctica” fue desplazada la institución de la conciliación prejudicial, pues pudiendo acudir a la medida cautelar antes del agotamiento de tal requisito, “difícilmente un litigante va a resignar la posibilidad de acudir al juez, sin necesidad de ir antes a la conciliación”; vi) con la posibilidad de acudir a las medidas cautelares de urgencia, se ignoró que el Código General del Proceso las consagra para los procesos llevados ante la jurisdicción ordinaria y no para suspender los efectos de los actos administrativos dictados por la administración; vii) el carácter instrumental y accesorio de las medidas cautelares, permiten ligar su existencia y finalidad a un proceso principal, de manera que, por ejemplo, como lo advirtió la doctora Stella Conto Díaz del Castillo en varios de los procesos que actualmente cursan en esta Corporación, se presentan “inactividades de más de año y medio” además, de “un tiempo considerable entre la fecha de expedición de los actos demandados y la de reparto de los expedientes” entre los Despachos de los Magistrados del Consejo de Estado, hechos que, de nuevo, desdibujan aquellas características de “prontitud y eficacia protectora”, que les fueron atribuidas; y, viii) también abre “...la posibilidad de que se tramiten y decidan medidas cautelares que no guardan relación con la futura controversia e incluso que luego de practicadas las medidas se rechace la demanda...”.

Para finalizar, el contenido mismo del criterio asumido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación permite vislumbrar una contradicción lógica expuesta claramente por la doctora Stella Conto Díaz del Castillo, en los siguientes términos:

“Y lo que termina por hacer evidente que la protección ofrecida a través de esta acción de tutela al actor es meramente formal e ilusoria, es la insalvable contradicción lógica de la propia estructura de la decisión: se declara improcedente la tutela porque la Ley 1437 de 2011 consagra un mecanismo ordinario de defensa judicial idóneo como son las medidas cautelares dentro de la acción ordinaria, e indica expresamente que dicho mecanismo es idóneo para otorgar la protección solicitada porque dentro de sus causales de procedencia está el “perjuicio irremediable”. Pero, acto seguido, declara que no hay en el presente caso perjuicio irremediable alguno. Es decir, el juez de tutela le dice al actor que debe acudir a otra vía y, por tanto, declara improcedente la tutela; pero enseguida declara que la causal que haría viable esa otra vía no existe”.

Y por último, se insiste, la consecuencia directa de tramitar las tutelas bajo este criterio es que no se atienden de manera cuidadosa las circunstancias de los solicitantes en el caso concreto, porque el ejercicio argumentativo del juez de tutela consiste en disponer la improcedencia de la acción por la simple existencia de otros mecanismos ordinarios “ágiles y novedosos” de protección, y además, a tal conclusión se llega, sin que medie prueba de su eficacia e idoneidad. Por ello aclaro mi voto en estos casos, con apoyo de los argumentos de los Consejeros disidentes, entre los que se cuenta la suscrita, que ahora traigo como propios a este escrito, pues condensan con total claridad las razones por las cuales no comparto la decisión que asumió la Sala de lo Contencioso Administrativo en pleno, y que planteó la Sección Quinta en esta oportunidad, pero que, reitero, a pesar de no compartir me veo obligada a acatar por ser aquel el precedente que resulta imperativo para los jueces de la República.

En los anteriores términos dejo presentada mi aclaración de voto.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Consejera de Estado

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Folio 1

2 Folios 11-19.

3 Folios 20-20A.

4 Folios 21.22.

5 Folios 172-178.

6 Folio 77.

7 Folios 82.

8 Folios 84, 85.

9 Folios 87-88.

10 Sentencia T-527 de 2009.

11 Folios 91-94.

12 Folios 100-106.

13 Teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia fue notificada el 31 de mayo de 2017, e impugnada a los tres días hábiles siguientes, el 5 de junio del mismo año. Ver folios 95,100.

14 Folios 115-118.

15 Folios 172-178.

16 Una versión similar del presente acápite aparece contenida en las sentencias del 21 de septiembre de 2016, Expediente No. 2015-00781-01 y 9 de febrero de 2017, Rad. 2016-03092-01, C.P. Rocío Araújo Oñate.

17 Corte Constitucional. Sentencia No. T-006 de 1992.

18 Ver, por ejemplo: Corte Constitucional. Sentencia T-747 del 19 de octubre de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

19 El pasaje bajo transcripción presenta la siguiente nota de pie de página, bajo el número 28, la cual se transcribe literalmente: *“Vale recordar que desde la perspectiva del Derecho Comparado y concretamente en el español se consagra el derecho fundamental (Art. 24.1 C.E.) a la tutela judicial efectiva, el cual, como lo ha precisado el Tribunal Constitucional de ese país, se satisface, en esencia, “con la respuesta jurídicamente fundada, motivada y razonable de los órganos jurisdiccionales a las pretensiones de quien acude a ellos para la defensa de sus intereses” (Cfr. Entre otras, las Sentencias STC 13/1981, 61/1982,103/1986, 23/1987, 146/1990, 22/1994 y 324/1994).”*

20 El pasaje bajo transcripción presenta la siguiente nota de pie de página, bajo el número 29, la cual se transcribe literalmente: *“Cfr. Ley 270 de 1996, artículo 125”.*

21 Corte Constitucional. Sentencia T-030 del 21 de enero de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

22 Corte Constitucional. Sentencia T-006 del 12 de mayo de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

23 Por ejemplo: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 30 de enero de 2003, Expediente No. 2002-1267-01(AC-309), C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

24 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 26 de enero de 2012, Expediente No. 2011-00480-01, C.P. Susana Buitrago Valencia.

25 Corte Constitucional. Sentencias T-030 del 21 de enero de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-747 del 19 de octubre de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-1019 del 9 de diciembre de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, y T-230 del 18 de abril de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

26 Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencias del 10 de agosto de 2012, Expediente No: 2012-1093-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro (E); 19 de junio 2014, Expediente No. 2014-415-01, C.P. Susana Buitrago Valencia. Dichos fallos fueron citados por la siguiente decisión judicial proferida por la Sala: 24 de noviembre de 2016, Expediente No. 2016-224-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Así mismo, puede consultarse la sentencia del 15 de septiembre de 2016, Expediente No. 2016-1880-00, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

27 M.P. Mauricio González Cuervo.

28 Entre otras pueden apreciarse las siguientes providencias: 1) Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 18 de junio de 2015 C.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 23001-23-31-000-2015-00104-01. 2) Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 21 de julio de 2016 C.P. Rocío Araujo Oñate. Rad. 66001-23-33-000-2016-00293-01. 3) Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 11 de agosto de 2016 C.P. Rocío Araujo Oñate. Rad. 23001-23-33-000-2016-00204-01. 4) Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 15 de junio de 2017. Rad. 25000-23-41-000-2017-00551-01. C.P. Rocío Araujo Oñate. 5) Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 13 de julio de 2017, Rad. 88001-23-33-2017-00027-01. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

29 1) Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, auto del 15 de marzo de 2017, Rad. 11001-03-25-000-2015-00366-00(0740-15), C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 2) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, providencia del 2 de mayo de 2016, Rad. 11001-03-26-000-2014-00153-00(52445), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E). 3) Consejo de Estado, Sección Segunda, auto del 15 de febrero de 2016, Rad. 11001-03-25-000-2016-00019-00(0034-16), C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

30 Rad. 11001-03-26-000-2014-00153-00(52445), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E).

31 Ha dicho sobre este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva sobre las Garantías Judiciales en Estados de Emergencia: “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 24.

32 C.P. Alberto Yepes Barreiro.

33 En tal sentido a manera de ejemplo puede consultarse el auto 15 de febrero de 2016 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Rad. 11001-03-25-000-2016-00019-00(0034-16), C.P. Gabriel Valbuena Hernández, en el que luego de negarse el tratamiento de medida cautelar de urgencia solicitado por el actor, se corrió traslado de dicha petición a la parte demandada, en los términos del artículo 233 del CPACA.

34 Las referidas circunstancias en síntesis, fueron las alegadas por la parte demandante a través del escrito mediante el cual se solicitó el decreto de la medida cautelar de urgencia.

35 1) Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, auto del 15 de marzo de 2017, Rad. 11001-03-25-000-2015-00366-00(0740-15), C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 2) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, providencia del 2 de mayo de 2016, Rad. 11001-03-26-000-2014-00153-00(52445), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E). 3) Consejo de Estado, Sección Segunda, auto del 15 de febrero de 2016, Rad. 11001-03-25-000-2016-00019-00(0034-16), C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

36 Rad. 11001-03-26-000-2014-00153-00(52445), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E).

37 Al respecto dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-539 de 2011: *“Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho -art. 1 CP-; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución -art .2-; de la jerarquía superior de la Constitución -art .4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad -art. 29 CP; del derecho a la igualdad -art. 13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas -art. 83 CP-; de los principios de la función administrativa -art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política”.*

38 Gerardo Arenas Monsalve, Martha Teresa Briceño de Valencia, Stella Conto Díaz Del Castillo, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Ramiro Pazos Guerrero, Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Danilo Rojas Betancourth, Guillermo Vargas Ayala y la suscrita Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

39 *“ARTICULO 8º. LA TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

(...)

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso”.

40 Indicó el doctor Vargas Ayala en su intervención en el salvamento de voto de la sentencia proferida en el caso Petro: *“...nos encontramos ante un evidente cambio jurisprudencial que defrauda la confianza legítima del actor, como quiera que éste tenía la esperanza fundada y objetiva de que la acción que interpuso era el mecanismo idóneo para ello, habida cuenta de que el precedente judicial imperante para el momento en que acudió a la jurisdicción así lo indicaba. Por ende, el intempestivo cambio en las reglas de acceso a la administración de justicia debía ser aplicado a casos subsiguientes so pena de menoscabar la expectativa que razonadamente depositan los usuarios de la justicia en el aparato judicial, bajo la firme convicción de que este debe ser mínimamente coherente”.*

41 A lo que se suma el hecho de que esta Corporación, como lo indicó el doctor Ayala, siempre ha reprochado la aplicación retroactiva de cambios jurisprudenciales, pues ello impide que se dé un acceso a la administración de justicia, por imponer reglas de procedibilidad para solicitar el amparo de derechos fundamentales.

42 (1) *“falta absoluta de competencia”;* (2) *“actuación al margen del procedimiento establecido”;* (3) *“ausencia de apoyo probatorio”;* (4) *decisión fundamentada en normas inexistentes o en un engaño”;* (5) *“ausencia absoluta de fundamentos fácticos y jurídicos”;* (6) *“desconocimiento del precedente con fuerza vinculante”;* (7) *“evidencia de una violación directa de la Constitución”.*

43 Indicó el doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren que: *“Precisamente esta circunstancia estimula el choque de trenes, y la ruptura de límites cuando se trata de analizar por el juez constitucional actos que normalmente tienen mecanismos ordinarios de protección”.*

44 Sobre la falta de idoneidad la doctora Martha Teresa Briceño de Valencia indicó que el trámite y demás requisitos previstos para la presentación de la solicitud de suspensión provisional, deben interpretarse de manera que *“...la acción de tutela no pierde su independencia y autonomía como acción constitucional por el hecho de que el Legislador haya previsto algunas reglas para la adopción de medidas cautelares...”*, pues el Decreto No. 2591 de 1991 *“...ya traía una regulación general en cuanto a las medidas provisionales para proteger derechos fundamentales...”*, las cuales no pueden ser desconocidas sino complementadas.

45 Dijo la doctora Stella Conto Díaz del Castillo que la acción de tutela como derecho fundamental y la estrecha relación que se presenta entre perjuicio irremediable y existencia de un recurso judicial efectivo: por tratarse de un derecho fundamental, la tutela no puede ser limitada por ley ordinaria y mediante Decreto-Ley No. 2591 de 1991 el gobierno nacional -habilitado expresa y directamente por el artículo 5º transitorio de la Constitución -, reguló la acción de tutela y es necesario insistir en que esa norma no puede ser alterada o modificada por una norma de inferior categoría -esto es, por una ley ordinaria-, menos cuando de lo que se trata es de introducirle nuevos requisitos de procedibilidad, no previstos ni en la Constitución -art. 86 CP.-, ni en el Decreto-Ley reglamentario.

Fecha y hora de creación: 2025-08-02 17:03:58