



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B**

CONJUEZ PONENTE: DR. CARLOS MARIO ISAZA SERRANO

Bogotá D.C., quince (15) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

11001031500020210122701

Referencia: Acción de Tutela

Radicación: 11001-03-15-000-2021-01227-01¹

Actor: Cristian Copete Mosquera.

Accionado: Tribunal Administrativo del Chocó.

Tema: Tutela contra providencia judicial. Nulidad Electoral/Inhabilidad por ejercicio de cargo de registrador municipal - Desconocimiento del precedente y defecto procedimental.

Decisión: Revoca la decisión del *a quo* que negó la solicitud de amparo para, en su lugar, acceder a la pretensión amparo.

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA:

Teniendo en cuenta que secuencialmente las ponencias presentadas por el doctor Carmelo Perdomo Cuéter y por la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez llevadas en sendas oportunidades a consideración de la Sala no obtuvieron la mayoría para su aprobación, se procede a través de este nuevo proyecto de llegar a ser aprobado, a decidir la impugnación² interpuesta por el señor Cristian Copete Mosquera, a través de apoderado judicial, contra la sentencia del 13 de mayo de 2021.

Esta sentencia la profirió la sección quinta del Consejo de Estado y por medio de ella se negó la solicitud de amparo de la referencia desprendida del proceso de nulidad electoral (acumulado) promovido contra el acto de su elección como alcalde del municipio de Tadó (Chocó), para el periodo 2020 - 2023.

En estas condiciones el texto base del proyecto recoge los antecedentes e información procesal del que fuera presentado por el despacho de la doctora SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, en tanto que las consideraciones para decidir obedecen a los nuevos lineamientos impresos para la solución del asunto.

¹ Todas las actuaciones adelantadas e informes y pruebas allegados podrán ser consultados en el respectivo expediente electrónico en el aplicativo SAMAI.

² El proceso de la referencia subió al Despacho con informe de Secretaría General de la Corporación de 26 de agosto de 2021.

I. - ANTECEDENTES:

1.1.- ESCRITO DE TUTELA:

Para una mejor comprensión del asunto dada su complejidad, la Sala se permite establecer con precisión los supuestos fácticos y jurídicos que sustentan la solicitud de amparo, así:

- El señor Aulio César Ledezma Copete en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, impetró demanda contra el acto de elección del señor Cristian Copete Mosquera, como alcalde del municipio de Tadó, período constitucional 2020-2023.

Consideró el demandante que el señor Copete Mosquera se encontraba «incurso en la causal de inhabilidad del numeral 4º del artículo 95 de la Ley 136 de 1995, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, porque su hermano el señor Yhonas Viancy Copete Mosquera actuó como Registrador del Municipio de Tadó entre el 27 de agosto de 2001 y el 7 de enero de 2019».

- La señora Yocira Lozano Mosquera, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, accionó en el mismo sentido, también, contra el acto de elección del señor Cristian Copete Mosquera.

- Los asuntos identificados con los radicados 27001-23-31-000-2019-00049-00 y 27001-23-31-000-2019-00051-00 fueron asignados en el Tribunal Administrativo del Chocó. Las sendas demandas fueron admitidas mediante autos del 11 y 12 de diciembre de 2019, respectivamente y notificadas mediante mensajes de textos enviados a los correos electrónicos el 12 y 13 del mismo mes y año.

- Mediante auto del 21 de febrero de 2020 se acumularon ambos procesos. En consecuencia, quedó como expediente principal el radicado 2019-00051-00. Esta decisión fue notificada virtualmente el 24 de febrero de 2021.

- El apoderado judicial del señor Copete Mosquera mediante escrito de fecha 3 de marzo de 2020 solicitó la nulidad de todo lo actuado por indebida notificación. Esta petición fue desatada de manera favorable a través de auto del 14 de julio de 2021, por lo que se ordenó notificar personalmente los autos admisorios al demandado en los términos del artículo 8 del Decreto 806 de 2020. Esta decisión fue notificada virtualmente el 15 de julio de 2020.

- Mediante auto del 13 de agosto de 2020 se corrió traslado de las excepciones propuestas por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

- A través de escrito del 25 de agosto de 2020, el apoderado judicial del señor Copete Mosquera presentó solicitud para que se le permitiera contestar la demanda, lo cual no pudo hacer por causa de la indebida notificación del auto 14 de julio de 2020. Esta petición se resolvió mediante auto del 26 de agosto de 2020, en los siguientes términos:

«[...] PRIMERO: TENER por notificado por conducta concluyente al señor CRISTIAN COPETE MOSQUERA, alcalde electo del municipio de Tadó, de los autos interlocutorios No. 1077 del 11 de diciembre de 2019 y 1084 del 12 de diciembre de 2019, proferidos dentro de los procesos acumulados 2019-49 y 2019-51, respectivamente, el día 15 de julio de 2020, [...].

SEGUNDO: Denegar la petición de la parte accionada señor CRISTIAN COPETE MOSQUERA, alcalde electo del municipio de Tadó, incoada [...] el día 25 de agosto de 2020, en la que solicita se le permita contestar la demanda en los términos del artículo 279 de la Ley 1437 de 2011, [...].

TERCERO: RECHAZAR por improcedente la petición de nulidad planteada por el apoderado judicial de la parte demandada, señor CRISTIAN COPETE MOSQUERA, ALCALDE ELECTO DEL MUNICIPIO DE Tadó, incoada el día 25 de agosto de 2020. [...]».

Esta decisión fue notificada a través de correo electrónico del 28 de agosto de 2020.

- A través de providencia del 2 de septiembre de 2020, el Tribunal accionado resuelve: *i)* disponer la resolución de las excepciones propuestas por la Registraduría Nacional del Estado Civil en la sentencia, *ii)* prescindir de la audiencia inicial, *iii)* correr traslado para alegar de conclusión y *iv)* digitalizar el expediente.

- Mediante **sentencia del 13 de noviembre de 2020**, el Tribunal Administrativo del Chocó, resolvió:

«[...] SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del formulario E-26 LC de Tadó, del 11 de noviembre de 2019, proferido por la Comisión Escrutadora Municipal de Tadó, en el cual se declaró la elección del ciudadano Cristian Copete Mosquera, [...], como alcalde del Municipio de Tadó, para el periodo 2020-02023. [...]».

Respecto de esta decisión el magistrado Ariosto Castro Perea salvó voto. La sentencia fue notificada a través de correo electrónico de la misma fecha.

- El 18 de noviembre de 2020, la parte demandada presentó solicitud de adición y aclaración de la sentencia. Estas fueron negadas a través de providencia del 13 de enero de 2021, la cual fue corregida por medio de auto del día 15 siguiente. Mediante correo electrónico del 20 de enero de 2021, el apoderado judicial del señor Copete Mosquera presentó solicitud de nulidad respecto de los referidos autos, al existir escrito de recusación sin resolver.

- El **20 de noviembre de 2020** la parte demandada presentó escrito de nulidad de la sentencia, entre otras, por haber sido adoptada por un número inferior de magistrados al previsto en la ley (artículo 294 del CPACA). Además, puso de presente el impedimento en que podría estar incurso la magistrada Mirtha Abadía Serna, lo cual sería violatorio del principio de imparcialidad. Esta solicitud fue desatada desfavorablemente a través de **auto del 10 de diciembre siguiente**. El

14 de diciembre de 2020, la parte demandada recurrió en súplica la anterior decisión, la cual fue rechazada por improcedente mediante providencia del 27 de enero de 2021 (MP. Mirtha Abadía Serna). Auto contra el que, posteriormente, interpuso recurso de reposición el 1.º de febrero de 2021, siendo resuelto de manera desfavorable el 10 de febrero de 2021.

- El **9 de diciembre de 2020**, la parte demandada presentó recusación contra la magistrada Mirtha Abadía Serna, por tener, presuntamente, una relación de amistad íntima con el apoderado judicial de uno de los demandantes. Esta recusación fue rechazada por extemporánea a través de **auto del 11 de diciembre de 2020**. Dicha decisión fue notificada el día 14 siguiente.

- Mediante auto del 25 de febrero de 2021, el Tribunal accionado niega la solicitud de nulidad presentada contra el auto del 13 de enero de 2021, corregido por medio de auto del día 15 siguiente. La notificación correspondiente se surtió virtualmente en la misma fecha.

- A través de escrito del 2 de marzo de 2021, la defensa del demandado interpuso recurso de reposición contra la anterior decisión insistiendo en la nulidad por no suspensión del proceso con ocasión de la recusación interpuesta pendiente de resolver en su momento.

- Mediante providencia del 12 de marzo de 2021 se decidió no reponer los autos del 10 de diciembre de 2020 y del 25 de febrero de 2021. Esta decisión fue notificada virtualmente el día 18 siguiente.

Al respecto, la parte accionante considera que varias de las decisiones adoptadas por el Tribunal Administrativo del Chocó, en el marco del referido medio de control de nulidad electoral han vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso y a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, por las siguientes razones:

i).- La sentencia de fecha 13 de noviembre de 2020:

Incorre en defecto sustantivo «por la incorrecta lectura o interpretación que le dio a las normas jurídicas que fijan el marco funcional de los registradores municipales, de las cuales dedujo que estos servidores públicos, ubicados en una de las posiciones más bajas dentro de la estructura jerárquica de la Organización Electoral, ejercen autoridad civil o administrativa, cuando es una verdad de a puño que la autoridad, en asuntos electorales, únicamente está en cabeza de la Organización Electoral, más concretamente del Consejo Nacional Electoral y que los registradores solo pueden detentar autoridad administrativa en periodos determinados.»

Desconoce el principio de confianza legítima toda vez que se fundamenta en la sentencia de unificación del 2019, establecida como jurisprudencia anunciada, la cual modifica la del 28 de julio de 2005, en cuanto a las aspiraciones de parientes de registradores municipales, cuya aplicación, en su caso no es procedente teniendo en cuenta que:

«[...] Sucede que la sentencia fue expedida el 29 de enero de 2019 y notificada o publicada el 14 de febrero del mismo año. El calendario electoral para las elecciones del 27 de octubre de 2019 inició el 27 de octubre de 2018 y el periodo inhabilitante para los candidatos a las alcaldías también se inició el 27 de octubre de 2018 y culminó el día de las elecciones, es decir el 27 de octubre de 2019.

Cuando mi representado decide participar en las elecciones para la alcaldía de su pueblo, lo hace con el convencimiento de que la regla de derecho vigente para ese momento es la contemplada en la jurisprudencia contenida en la sentencia del año 2005, por tanto, no era necesario que su hermano el Registrador Municipal de Tadó, renunciara o se trasladara antes del 27 de octubre de 2018, esto es, un año antes de las elecciones.

Cuando se emite y se publica la sentencia, aunque su hermano ya no era registrador de su pueblo, no era posible cumplir con la nueva regla de derecho establecida en ese fallo, porque el registrador no había renunciado antes del 27 de octubre del 2018, en ese orden, al candidato y hoy accionante solo le quedaban dos opciones, la una, renunciar a su aspiración por efecto de una sentencia proferida después de haber tomado la decisión de presentarse o, la otra, continuar con su aspiración amparado por el principio de confianza legítima. [...]».

ii) Auto del 10 de diciembre de 2020.

Desconoce el derecho al debido proceso toda vez que no tuvo en cuenta que, si bien en decisión del 26 de agosto de ese año, el Tribunal Administrativo del Chocó dispuso tener como notificado al señor Copete Mosquera por conducta concluyente del auto admisorio de la demanda de nulidad electoral adelantada en su contra, no le otorgó la oportunidad de contestarla, lo que configura una irregularidad pasible de protección en esta instancia judicial.

iii) Auto del 11 de diciembre de 2020

Incorre en defecto sustancial en tanto la recusación formulada contra la magistrada Mirtha Abadía Serna fue rechazada por extemporánea, cuando lo cierto es, que de conformidad con las disposiciones del artículo 142 del CGP, esta puede presentarse en cualquier momento, inclusive, durante la ejecución de la sentencia. Además, si bien la norma establece que «la recusación no se puede formular por quien haya hecho cualquier gestión en el proceso después de que el funcionario judicial haya asumido el conocimiento del proceso o haya desplegado alguna actuación en el mismo», su aplicación no puede ser de forma objetiva, sino de cara a cuando se adquirió conocimiento de los hechos que sustenta la causal invocada.

1.1.1 Pretensión:

Con fundamento en la situación fáctica expuesta, la parte actora elevó la siguiente solicitud de amparo:

«[...] PRIMERA: Se ampare al señor Cristian Copete Mosquera sus derechos fundamentales al debido proceso y a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, los cuales fueron vulnerados por el Tribunal Administrativo de Choco con la expedición de la sentencia de única instancia 235

de noviembre 13 de 2020, dentro del medio de control de nulidad electoral acumulado que se le adelantó, por la cual se declaró la nulidad de la elección del demandado, en consecuencia, se decreta la nulidad del fallo aludido y se ordene proferir nueva sentencia acatando los parámetros del juez constitucional de tutela.

SEGUNDA SUBSIDIARIA: Se deje sin efectos jurídicos el auto dictado el 10 de diciembre de 2020, por el Tribunal Administrativo del Chocó, dentro del medio de control de Nulidad Electoral acumulado, que se adelantó en contra de CRISTIAN COPETE MOSQUERA y, consecuentemente, se declare la nulidad de la sentencia de única instancia dictada por el Tribunal Administrativo de Chocó el 13 de noviembre de 2020, y se ordene correr traslado al accionado para que pueda contestar la demanda y solicitar las pruebas que considere pertinentes.

TERCERA SUBSIDIARIA: Se ampare al señor Cristian Copete Mosquera sus derechos fundamentales al debido proceso y a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, los cuales fueron vulnerados por el Tribunal Administrativo de Chocó, con la expedición del auto dictado el 11 de diciembre de 2020, dentro del medio de control de Nulidad Electoral acumulado, que se adelantó contra Cristian Copete Mosquera, por medio del cual rechazó de plano la recusación planteada contra la Magistrada Mirtha Abadía Serna, consecuentemente se declare a la Magistrada aludida impedida para participar en esta actuación, por consiguiente, se decreta la nulidad de la sentencia y se designe un conjuer para que la reemplace, además, porque el otro magistrado de la sala salvó voto respecto de la sentencia de única instancia. [...]»

1.2.- ACTUACIÓN PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante auto del 26 de marzo de 2021, la sección quinta del Consejo de Estado admitió la acción de tutela de la referencia y ordenó notificar a *i)* los magistrados del Tribunal Administrativo del Chocó, como accionados, y *ii)* a los señores Yocira Mosquera Lozano y Aulio César Ledezma Copete y al abogado Gonzalo Bechara Ospina, como terceros con interés en el asunto.

1.3.- INFORMES RENDIDOS EN EL PROCESO:

1.3.1. Tribunal Administrativo del Chocó.

La magistrada³ ponente de la decisión acusada, a través de informe del 12 de abril de 2021, solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela en tanto no satisface el requisito de la subsidiariedad, pues el actor cuenta con el recurso extraordinario de revisión, en los términos del artículo 248 y ss del CPACA, de acuerdo con la causal 5 «[e]xistir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación», cuyo término se extiende hasta el 13 de noviembre de 2021.

Señaló que, si en gracia de discusión se estudia de fondo la acción de tutela, el amparo deprecado debe ser negado, pues la sentencia acusada se ajusta a la normativa que regula las inhabilidades, con base en la que se concluyó que el tutelante incurrió en la establecida en el artículo 95 (numeral 4) de la Ley 136 de

³ Doctora Norma Moreno Mosquera.

1994, puesto que su hermano se desempeñó como registrador en Tadó dentro del año anterior a las elecciones celebradas el 27 de octubre de 2019, cargo que involucra el ejercicio de autoridad civil.

En cuanto a los cargos endilgados en contra de los autos de 10 y 11 de diciembre de 2020, mediante los cuales se rechazó una solicitud de nulidad formulada porque presuntamente no se le otorgó la oportunidad al tutelante para contestar la demanda ordinaria, y una recusación, en su orden, se profirieron de acuerdo con el ordenamiento jurídico, circunstancia que impide atribuirles quebranto de los derechos constitucionales fundamentales invocados en el escrito inicial.

1.3.2. Yocira Lozano Mosquera

La tercera interesada, actuando a través del profesional del derecho Gonzalo Bechara Ospina, se opuso a la acción de tutela al considerar que las decisiones acusadas «se encuentran sustentadas en argumentos jurídicos permitidos por el ordenamiento jurídico, esto es razonables, proporcionales y lógicos, así como fundamentadas en hechos debidamente acreditados en el caso, por lo cual el simple disenso del demandante, de manera alguna la convierte en decisión inconstitucional o ilegal», contrario a la lectura equívoca señalada por el accionante.

1.3.3. Aulio Cesar Ledezma Copete.

El tercero interesado, a través de escrito del 14 de abril de 2021 se opuso a la solicitud de amparo al considerar que el accionante emplea la acción de tutela como una instancia adicional, pues pretende revivir una controversia decidida conforme al sistema normativo y con razonamientos desestimados en sede contenciosa.

1.3.4. Jocimar Copete Copete.

El referido señor coadyuvó la solicitud de amparo⁴, bajo argumentos similares a los expuestos por el accionante.

1.4.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

La sección quinta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 13 de mayo de 2021, negó la solicitud de amparo al considerar:

«[...] 124. Lo anterior, teniendo en cuenta que la inhabilidad se da con respecto a los funcionarios que dentro de los 12 meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio.

125. En ese orden de ideas, esta Sala de Decisión encuentra que, contrario a lo manifestado por el accionante y el coadyuvante, el Tribunal Administrativo del Chocó no interpretó de manera errada la causal de inhabilidad por parentesco que le significó la declaratoria de nulidad de su elección como alcalde municipal de Tadó, Chocó al señor Cristian Copete Mosquera.

⁴ Admitido como tal en este trámite constitucional por el *a quo* en la providencia impugnada.

126. Así las cosas, tampoco es de recibo el argumento según el cual el señor Copete Mosquera y su coadyuvante aseguran que la referida decisión contraviene el principio de confianza legítima por cuanto el accionante, acogiendo el criterio jurisprudencial que creía vigente para la época de los hechos, esto es, el contenido en la sentencia del 28 de julio del 2005, se postuló como candidato a la alcaldía de Tadó amparado por el principio de buena fe, teniendo en cuenta lo siguiente:

- El señor Yhonas Viancy Copete Mosquera, hermano del accionante se desempeñó como Registrador del municipio de Tadó desde el 27 de agosto de 2001 hasta el 7 de enero de 2019.
- El 8 de enero de 2019, tomó posesión como Registrador del municipio de Nóvita.
- La sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado que unificó el tema de la inhabilidad por parentesco contenida en el artículo 179, numeral 5º de la Constitución Política, fue proferida el 29 de enero de 2019.
- La referida providencia fue notificada personalmente a las partes a través de correo electrónico enviado el 14 de febrero de 2019 y, para notificar a los demás interesados y al público en general se fijó por el término de 3 días, un edicto “*en lugar público*” de la Secretaría General, desde el 18 de febrero de 2019 a las 8:00 a.m.
- El 25 de julio de 2019, el señor Cristian Copete Mosquera se inscribió como candidato a la alcaldía de Tadó.

127. En ese contexto, no es cierto que para la época en que el señor Copete Mosquera se inscribió como candidato a la alcaldía de Tadó, Chocó, el criterio jurisprudencial vigente fuera el contenido en la sentencia del 28 de julio de 2005, toda vez que, como se demostró, para el 25 de julio de 2019, ya la sentencia de unificación llevaba un poco más de 5 meses de haber sido publicada.

128. Aunado a ello, si bien la sentencia del 29 de enero de 2019, proferida por la Sala Plena de esta Corporación advirtió que las consideraciones allí expuestas tendrían “*aplicación desde las próximas elecciones de Senado y Cámara de Representantes*”, lo cierto es que fue específica y clara en determinar que ello operaba únicamente frente a la noción del factor temporal de la inhabilidad, es decir que los demás temas analizados en aquella ocasión surtirían efectos a partir de la notificación de la providencia, esto es, desde el 22 de febrero de 2019.

[...]

136. De las normas citadas, esta Sala de Decisión advierte que, sin lugar a determinar si en este caso el Tribunal Administrativo del Chocó le pretermitió su oportunidad de oponerse a la demanda y solicitar pruebas con ocasión de la no publicación del lapso en el que corría el término para la contestación, lo cierto es que en este punto de la discusión el señor Cristian Copete Mosquera ya no puede alegar la posible nulidad, teniendo en cuenta que posterior a su presunta ocurrencia, actuó sin proponerla.

[...]

145. En ese orden, esta Sala de Decisión advierte que, con fundamento en lo normado en el citado artículo de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal Administrativo del Chocó rechazó de plano la recusación que el señor Cristian Copete Mosquera presentó contra la magistrada Mirtha Abadía Serna, toda vez que, en efecto, al analizar el memorial del incidente de nulidad que presentó el 20 de noviembre de 2020, se hace evidente que el tutelante conocía la presunta amistad íntima que sostenía la referida togada con el apoderado de los accionantes y, aun así, esperó hasta el 9 del siguiente mes para proponerla.

146. Lo anterior quiere decir que, su caso se enmarca perfectamente en la prohibición que establece el artículo 142 *ibidem*, bajo el entendido que actuó en el proceso sin proponer la recusación, lo que lleva definitivamente al rechazo de plano, sin lugar a estudiar ninguno de los elementos probatorios allegados al plenario, lo que demuestra a todas luces que la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Chocó se ajustó a derecho. [...]».

1.5.- ESCRITO DE IMPUGNACIÓN:

La parte actora impugnó la decisión del *a quo* bajo argumentos similares a los expuestos en el escrito inicial, especialmente:

«[...] Independientemente que la razón de la sentencia de unificación haya sido o no el carácter permanente o temporal de la autoridad de los registradores, es indiscutible que la sentencia de unificación del 2019 cambió las reglas del juego para el caso concreto de mi representado establecidas en la jurisprudencia del 28 de julio de 2005, pues bajo estas reglas participó en la conformación, ejercicio y control del poder político al ser elegido alcalde de su municipio. Veamos

En el periodo constitucional 2015-2019 CRISTIAN COPETE MOSQUERA, se desempeñó como secretario de hacienda del municipio de Tadó. Con la debida anticipación resolvió colocar su nombre a consideración del pueblo para la elección de alcalde y en acatamiento del art. 37 de la ley 617 de 2000, renunció a su cargo con un año de anticipación. Este hecho quedó probado por cuanto su elección también fue demandada porque supuestamente debía renunciar a la Secretaría de Hacienda con un año de anterioridad a la inscripción. El Tribunal Administrativo de Chocó falló esa demanda en favor del alcalde al considerar que debía renunciar antes de la elección y no antes de la inscripción.

Al momento de la renuncia de CRISTIAN COPETE al cargo de Secretario de Hacienda para no inhabilitarse, junto con su hermano consideraron que no era necesario que el registrador renunciara o solicitara traslado, pues de acuerdo con la sentencia de 2005 en la primera etapa del calendario electoral no ejercía ningún tipo de autoridad y por ello no inhabilitaba a su hermano.

Sin embargo, su hermano registrador solicitó su traslado el 29 de noviembre de 2018, el cual le fue resuelto el 8 de diciembre, pero se materializó hasta el 7 de enero de 2019.

Lo sucedido desde el 28 de octubre de 2018 hasta el 7 de enero de 2019 respecto del proceso preelectoral se regía por la sentencia del 28 de julio de 2005 que establecía que el aspirante CRISTIAN COPETE no tenía ninguna inhabilidad.

Ocurre que el 29 de enero, después de la renuncia a su cargo de secretario de hacienda de mi poderdante y después del traslado del cargo de registrador de su hermano, se produce una sentencia de unificación que cambia sustancialmente las reglas del juego, sobre la marcha, al candidato CRISTIAN COPETE.

En conclusión, mi representado decide postularse para ser elegido alcalde de su municipio, en ejercicio del derecho fundamental consagrado en el art. 40 de la Constitución Nacional, para lo cual renuncia a su cargo con un año de anticipación, su hermano es trasladado a partir del 7 de enero de 2019, antes de que se iniciara la segunda etapa del calendario electoral que podría generar autoridad, esto es, el 27 de abril de 2019. CRISTIAN COPETE se inscribe dentro de la oportunidad legal y resulta elegido.

Mientras mi representado adelantaba su campaña electoral, fue sorprendido por una sentencia de unificación que cobró ejecutoria el 22 de febrero de 2019, según se desprende del fallo de nulidad electoral del Tribunal y del fallo recurrido, le imparte una orden a CRISTIAN COPETE para que no participe so pena de anularle su elección.

En cuanto a la negativa de la solicitud de amparo relacionada con las irregularidades procesales de indebida notificación del auto admisorio de la demanda electoral y el trámite de la recusación incoada contra una de las magistradas que integraron la Sala de decisión del Tribunal Administrativo accionado, manifestó:

«[...] En cuanto a los anteriores razonamientos, que son el soporte a la decisión de desestimar la tutela frente al auto de 10 de diciembre de 2020, es preciso advertir que la Sección Quinta no tomó en cuenta el hecho que la nulidad que se propuso ante el Tribunal Administrativo de Chocó se basó en el desconocimiento de la garantía fundamental del debido proceso contemplada en el artículo 29 de la Constitución Política, dado que no se observaron a plenitud las formas propias del medio de control electoral, que prevé una oportunidad para que el demandado ejerza su derecho de defensa, el cual le fue desconocido por el Tribunal en cuestión, ya que lo tuvo por notificado por conducta concluyente con efectos retroactivos, situación que de tajo le impidió contestar la demanda.

El juez constitucional de primera instancia tampoco se detuvo a analizar que la nulidad se propuso con fundamento en lo dispuesto en el artículo 294 del CPACA, que habla de las nulidades originadas en la sentencia, la que expresamente por disposición del legislador “procederá por incompetencia funcional, indebida notificación del auto admisorio de la demanda al demandado o a su representante...”.

Por tanto, si el legislador cataloga como nulidad originada en la sentencia la indebida notificación del auto admisorio de la demanda al demandado, es porque el tratamiento jurídico de esa figura no puede abordarse con las normas del Código General del Proceso que se refieren al saneamiento de las nulidades, ya que lo que está en juego en estos casos es precisamente la representación democrática encomendada a las personas que han sido escogidas por el pueblo para conducir los destinos de una entidad territorial.

[...]

Como podrán imaginar, poner en tela de juicio la imparcialidad de una magistrada de tribunal administrativo por tener una amistad estrecha con el abogado de una de las partes no es algo que se pueda hacer a la ligera. En mi condición de profesional del derecho sé los graves efectos que eso puede tener frente a la funcionaria judicial pero principalmente frene a la corporación judicial y a la administración de justicia, pues de llegar a ser cierta la existencia de esos lazos de amistad tan cercanos, sin que la persona involucrada se haya apartado del conocimiento del caso, llevará a dudar seriamente que la decisión final se asumió con absoluta imparcialidad y con total apego a la Constitución Política y la ley.

Por ello, se convierte en un exceso ritual manifiesto desestimar la violación al debido proceso, vía principio de imparcialidad de los funcionarios judiciales, bajo el argumento que la amistad estrecha entre la Magistrada Mirtha Abadía Serna y el abogado de la parte demandante Dr. Gonzalo Bechara Ospina, se hubiera mencionado con antelación a la radicación del escrito de recusación de 9 de diciembre de 2020, sobre todo si se toma en cuenta que el supuesto de hecho de la causal de recusación debía tener un soporte probatorio serio. [...]».

II. – CONSIDERACIONES:

Con el fin de resolver la presente acción de tutela, en esta providencia se tratarán los siguientes aspectos: *i)* competencia, *ii)* procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, *iii)* problemas jurídicos, *iv)* actuaciones judiciales adelantadas en el medio de control de nulidad electoral cuestionado y, *v)* del caso concreto.

2.1.- COMPETENCIA:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, el numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000⁵ y el literal b) del artículo 13 y 25 del Acuerdo No. 80 de 12 de marzo de 2019⁶, esta Sala es competente para conocer la presente impugnación contra el fallo de tutela proferido el 13 de mayo de 2021, por la sección quinta del Consejo de Estado.

2.2.- PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES:

Sobre el particular, tanto la Corte Constitucional⁷ como esta Corporación⁸, inicialmente consideraron que la acción de tutela no procedía contra providencias judiciales. Posición que fue variada por la Corte al aceptar la procedencia

⁵ Por medio del cual se establecen competencias para el reparto de la acción de tutela.

⁶ Por medio del cual se modifica el Reglamento del Consejo de Estado.

⁷ En sentencia C-543 de 1992, proferida con ocasión del análisis de constitucionalidad de los artículos 11, 12, 25 y 40 del Decreto Ley 2591 de 1991, la Corte sostuvo, que, atendiendo al querer del Constituyente, a la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y a la preservación de valores supremos como la seguridad jurídica, cosa juzgada y autonomía judicial, la tutela no era procedente cuando tuviera por objeto cuestionar providencias judiciales.

⁸ La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante decisión de 29 de enero de 1992 (AC-009) con ponencia de la Consejera Dolly Pedraza de Arenas, consideró que la acción de tutela era improcedente contra providencias judiciales, inaplicando para el efecto lo establecido en los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991. Esta tesis fue reiterada por la misma Sala Plena mediante sentencias de 3 de febrero de 1992 con ponencia del Consejero Luis Eduardo Jaramillo Mejía (AC-015), 14 de octubre de 1993 con ponencia del Consejero Libardo Rodríguez (AC-1247) y 29 de junio de 2004 con ponencia del Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda (AC-10203).

excepcional y restringida del referido mecanismo constitucional de comprobarse la existencia de una vía de hecho y de un perjuicio irremediable⁹, y por parte de algunas Secciones del Consejo de Estado, cuando se evidenciara la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia¹⁰. Posteriormente, en la Sentencia C-590 de 2005¹¹ la Corte Constitucional¹² reiteró la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, pero supeditada ya no a la existencia de una vía de hecho, sino a la verificación de unos **requisitos de forma**¹³ y de **procedencia material**¹⁴ fijados¹⁵ por la misma Corte¹⁶.

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia de 31 de julio de 2012, con ponencia de la Consejera María Elizabeth García González¹⁷, finalmente aceptó que la acción de tutela es procedente contra una providencia judicial, “cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales”.

Respecto a los requisitos de forma o generales de procedencia, señaló: i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones¹⁸; ii) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *ius* fundamental irremediable¹⁹; iii) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora; v) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible; y, vi) Que no se trate de sentencias de tutela.

⁹ Ver sobre el particular las sentencias T-483 de 1997, T-204 de 1998, T-766 de 1998 y SU-563 de 1999.

¹⁰ Al respecto ver, entre otras, las siguientes Sentencias: Sección Primera, de 9 de julio de 2004, Exp. No. 2004-00308; y, Sección Segunda – Subsección A, de 27 de mayo de 2010, Exp. No. 2010-00559.

¹¹ Sentencia en la que se analizó la legalidad del artículo 185 de la Ley 906 de 2004.

¹² Al respecto ver, entre otras, las Sentencias T-1009 de 1999, SU-1031 de 2001, SU-1184 de 2001, SU-159 de 2002, T-774 de 2004.

¹³ También denominados requisitos generales de procedencia, y que son: i. Que el asunto tenga relevancia constitucional; ii. Que se hayan agotado los medios ordinarios y extraordinarios de defensa; iii. Que se cumpla con el requisito de inmediatez; iv. Que si se trata de una irregularidad procesal tenga efecto decisivo o determinante en la sentencia y afecte los derechos fundamentales; v. Que el interesado exponga los hechos que generan la vulneración o amenaza de sus derechos y que, además y de haber sido posible, hubiera alegado esta situación en el proceso; y, vi. Que no se trate de sentencias de tutela.

¹⁴ También llamados requisitos generales de procedibilidad y que hacen referencia a la configuración de uno o varios de los siguientes defectos: i. Sustantivo o material; ii. Fáctico; iii. Orgánico; iv. Procedimental; vi. Desconocimiento del precedente; vii. Error inducido; viii. Ausencia de motivación; o, ix. Violación directa de la Constitución.

¹⁵ Sobre la descripción de requisitos de forma y materiales ver la Sentencia T-007 de 2013.

¹⁶ Al respecto ver lo sostenido en las Sentencias C-590 de 2005, T-102 de 2006, T-377 de 2009 y T-178 de 2012. También es importante resaltar que ya en la Sentencia SU-014 de 2001 la Corte consideró la necesidad de superar dicho concepto y dar paso a lo que, posteriormente, se denominó *error inducido* [Sentencia T-462 de 2003].

¹⁷ Emitida en el expediente 11001031500020090132801.

¹⁸ T-173 de 1993

¹⁹ T-504 de 2000.

2.3.- PROBLEMAS JURÍDICOS:

De conformidad con los cargos de vulneración de derechos fundamentales alegados por la parte actora, la Sala deberá establecer si:

La Sala encuentra en este caso, que si bien de conformidad con los cargos de vulneración de derechos fundamentales esgrimidos por la parte accionante, hay actuaciones de orden procesal que la advierten sobre la pertinencia de preguntarse si en efecto:

¿La acción de tutela es procedente para desatar nuevamente argumentos de nulidad procesal planteados y decididos por el Juez natural durante el trámite del asunto, en un proceso ya finalizado?

O si ¿El Tribunal Administrativo del Chocó vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político del señor Cristian Copete Mosquera, al omitir tramitar una solicitud de recusación por extemporánea, pese a que los cargos fueron advertidos desde actuaciones previas, incurriendo, presuntamente, en defecto procedimental por exceso ritual manifiesto? De ser negativa la respuesta al anterior planteamiento, deberá establecerse ¿Si el Tribunal Administrativo del Chocó pudo haber vulnerado los derechos fundamentales del señor Cristian Copete Mosquera, al acceder a la pretensión de nulidad electoral impetrada en contra de su acto de elección como alcalde del municipio de Tadó (Chocó), período constitucional 2020 – 2023, incurriendo, presuntamente, **en indebida aplicación del precedente?**

2.4.- DEL CASO CONCRETO:

De acuerdo con las precisiones fácticas establecidas en el acápite 1.1. de esta providencia, la Sala procederá a resolver los problemas jurídicos planteados, para lo cual se decidirá lo frente a cada una de las providencias cuestionadas, así:

2.4.1. Auto 483 del 10 de diciembre de 2020:

Providencia a través de la cual el Tribunal Administrativo del Chocó, en sala unitaria²⁰, decidió la solicitud de nulidad propuesta por el apoderado judicial del señor Cristian Copete Mosquera, en los siguientes términos:

«[...] 1.- RECHAZAR de plano la petición de nulidad incoada por el apoderado judicial de la parte accionada, señor Cristian Copete Mosquera, respecto de las causales de violación al debido proceso por falta de oportunidad para contestar la demanda y falta de motivación de la sentencia, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

2.- Negar la petición de nulidad basada en la causal de haberse decidido por un número inferior de Magistrados al previsto por la ley. [...]».

²⁰ M.P: Norma Moreno Mosquera.

En este ítem, la Sala dirigirá su estudio al rechazo de la petición de nulidad frente al cargo de “falta de oportunidad de contestar la demanda”; pues contra este se dirigen los cargos de inconformidad de la parte actora.

Precisada esta situación, la Sala observa que la solicitud de nulidad impetrada por la defensa del actor mediante escrito del 20 de noviembre de 2020 es la reiteración de aquella presentada el 25 de agosto anterior, a través de la cual el apoderado judicial antecesor requirió que se le permitiera contestar la demanda en los términos del artículo 279 de la Ley 1437 de 2011, al considerar que ello no le fue posible por indebida notificación de los autos admisorios de la demanda.

Esta solicitud fue resuelta a través de providencia del 26 de agosto de 2020, notificada mediante correo electrónico del día 28 siguiente, en la que se señaló:

«[...] Conforme con la norma transcrita, para el despacho las únicas actuaciones que se ajustan a las condiciones legales para surtir la notificación por conducta concluyente de los autos admisorios de las respectivas demandas, es el poder contenido para representar al demandado, visible a folio 7 del cuad. Incd, en tanto con fundamento en él, le fue reconocida personería a su apoderado, y el escrito de fecha 25 de agosto de 2020, por medio del cual solicita que se le permita contestar la demanda en los términos de que dispone el artículo 279 de la Ley 1437 de 2011, pues este último hace referencia expresa a las providencias por medio de las cuales se admiten las demandas, correspondientes a los autos interlocutorios No. 1077 del 11 de diciembre de 2019 y 1084 del 12 de diciembre de 2019, proferidos dentro de los procesos acumulados 2019-49 y 2019-51 respectivamente.

En ese orden de ideas, se tendrá como notificado por conducta concluyente al demandado, el día en el que se notificó el auto que le reconoció personería a su abogado Dr. Antonio Francisco Berrocal Rivera, esto es el día 15 de julio de 2020, tal como lo señala el inciso segundo del artículo 301 del C.G.P.

Así pues, se tendrá por notificado al demandado, señor Cristian Copete Mosquera, alcalde electo del municipio de Tadó, de los autos interlocutorios No. 1077 del 11 de diciembre de 2019 y 1084 del 12 diciembre de 2019, proferidos dentro de los procesos acumulados 2019-49 y 2019-51 respectivamente, el día 15 de junio de 2020, fecha en la cual se reconoció personería a su apoderado para que lo represente dentro del proceso de la referencia.

Por consiguiente, como los quince (15) días de que dispone el artículo 277 luego de los tres que establece el literal f. num 1º AERRT 277 y 279 del CPACA, vencieron el día 12 de agosto de 2020, es preciso indicar que no es procedente acceder a la petición de la parte accionada, incoada mediante el escrito de fecha 25 de agosto de 2020, en la que solicita se le permita contestar la demanda dentro del término dispuesto en el artículo 279 de la Ley 1437 de 2011, en tanto como se vio dicho término ya precluyó.

Aunado a lo anterior y ante la inconformidad de la parte accionada de la actuación secretarial (sic) referida a la notificación simultanea de los autos 81 del catorce de julio de 2020, así como autos interlocutorios números 1077 del 11 de diciembre de 2019 y 2019-51 respectivamente, que admitieron las demandas de la referencia, es preciso advertir que dicha actuación judicial, a la luz de lo dispuesto en el artículo

133 del C.G. del P, no constituye irregularidad procesal ni sustancial alguna que afecte de nulidad la actuación judicial así practicada, en tanto no está consagrada como causal expresa de nulidad el precepto normativo citado. Para el Despacho es totalmente válido la ejecutoria simultanea de dos términos, cuando se notifican en el mismo acto dos providencias, que como en el presente caso, una de ellas (de fecha [...] catorce de julio de 2020) no sólo resolvió una petición de una de las partes, sino que además da directamente una orden judicial a secretaría para que realice un acto de notificación judicial a la misma parte involucrada, por lo que se rechazará por improcedente la petición de nulidad así planteada por dicha parte. [...].»

Por su parte, en la providencia que hoy se cuestiona (Auto 483 del 10 de diciembre de 2020), respecto de la referida nulidad señaló:

«[...] En el caso en estudio, la causal No. 1 denominada, violación al debido proceso, por pérdida de la oportunidad para contestar la demanda, propuesta como nulidad en este momento procesal por la parte accionada, es un hecho que debió haber invocado en el trámite procesal por la parte accionada, es un hecho que debió haber invocado en el trámite procesal, (sic) en la etapa de alegaciones, ante de dictar sentencia, carga procesal y medio de defensa no ejercido por dicha parte.

En ninguna parte del trámite procesal la parte accionada, propuso o manifestó su inconformidad en tal sentido. Así las cosas, al existir en los Estatutos (sic) Procesales (sic) unas etapas específicas y concretas para proponer las nulidades, y a no haberle formulado en su momento y exponerla de forma extemporánea, quien ahora propone la nulidad, se impone, de conformidad con el artículo 284 del CPACA, rechazarla de plano. [...].»

De acuerdo con el aparte transcrito, la Sala observa una incoherencia por parte del Tribunal accionado al rechazar de plano la nulidad por “pérdida de oportunidad para contestar la demanda” bajo la afirmación de que no fue presentada en tiempo, pues, lo cierto es, que quien en principio actuó como apoderado judicial del señor Copete Mosquera si lo hizo a través de escrito del 25 de agosto de 2020, siendo desatada mediante providencia del día 26 siguiente; decisión esta última, contra la que no se manifestó inconformidad alguna, tanto es así, que en el curso natural del proceso, la actuación siguiente por la parte demandada fue presentar los alegatos de conclusión.

Dicho lo anterior, si bien la Sala observa un error de motivación por parte del Tribunal accionado al rechazar de plano la nulidad por “pérdida de oportunidad para contestar la demanda”; lo cierto es, que el mismo no tiene la entidad de enervar la decisión adoptada; pues, se insiste que tal pedimento ya había sido decidido a través de providencia del 25 de agosto de 2020, sin que, en ese momento procesal, la defensa del señor Copete Mosquera hubiere manifestado inconformidad alguna, por el contrario, continuó con las actuaciones pertinentes.

Por esta razón, mal puede pretender ahora la parte actora, esta vez ante el juez de tutela, que se decida nueva y favorablemente su solicitud de nulidad de lo actuado por “pérdida de oportunidad para contestar la demanda”, incluyendo argumentos adicionales como el no registro del término en el sistema de información, cuando tuvo y agotó la oportunidad en su momento, sin perjuicio de que fuera resuelto por el Tribunal accionado de forma desfavorable.

Precisado ello, la acción de tutela respecto del rechazo de la nulidad por el cargo de “pérdida de oportunidad para contestar la demanda”, contenido en auto 483 del 10 de diciembre de 2020 se torna improcedente de conformidad con el principio de inmediatez y subsidiariedad que la rigen, pues, en definitiva, el pluricitado cargo si fue resuelto mediante auto del 26 de agosto de 2020, notificado el día 28 siguiente.

Luego entonces, ante la inexistencia de un inconformismo respecto de lo allí resuelto, la parte demandada debió interponer recurso de reposición o llegado el caso, acudir al juez de tutela en un tiempo prudencial respecto de esa decisión, y no, tomando como base la fecha en que se decidió una segunda solicitud elevada en el mismo sentido, como en definitivas ocurrió.

De conformidad con lo expuesto, la respuesta al primer problema jurídico planteado es negativa; es decir, la acción de tutela es improcedente para desatar nuevamente argumentos de nulidad procesal planteados y decididos por el Juez natural durante el trámite del asunto en un proceso ya finalizado; razón por la cual, la Sala así lo declarará respecto del auto 483 del 10 de diciembre de 2020, en cuanto rechazó «de plano la petición de nulidad [...], por las causales aducidas de violación al debido proceso por falta de oportunidad para contestar la demanda [...]».

2.4.2. Auto 287 del 11 de diciembre de 2020:

Ahora bien, en este caso al tratarse de una providencia distinta la Sala debe verificar, en primer lugar, en relación con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que: a) La cuestión que se discute tenga relevancia constitucional, b) que se hayan agotado los medios ordinarios de defensa judicial existentes²¹, c) Que la tutela se haya interpuesto dentro de un término razonable²², y d) que en el escrito de tutela se hayan expresado de manera clara los hechos y argumentos que llevan a la parte actora a atacar, por esta vía, la providencia judicial proferida en una demanda de nulidad electoral.

Como la Sala encuentra superados los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela y, no halla causal de nulidad que invalide lo actuado, procederá a efectuar el estudio del fondo del asunto planteado.

Así las cosas, el auto acusado corresponde a aquel por medio del cual el Tribunal Administrativo del Chocó rechazó de plano la recusación impetrada por la defensa del señor Cristian Copete Mosquera contra la magistrada Mirtha Abadía Serna, por presuntos lazos de amistad respecto de quien fuere el apoderado judicial de uno de los demandantes de la nulidad electoral.

Al respecto, considera la parte actora que el Tribunal accionado incurrió en defecto procedimental por exceso ritual manifiesto por desconocimiento del artículo 142 del CGP, dado que la recusación puede presentarse en cualquier tiempo, pero

²¹ Contra el auto que decide una recusación no procede recurso alguno.

²² En tanto providencia acusada data del 11 de diciembre de 2020, ya la acción de tutela se presentó en el mes de abril del 2021.

además pasando por alto el importante material probatorio allegado al expediente que ponía en tela de juicio la imparcialidad de la magistrada recusada.

Tal como se afirma de los defectos sustantivo, fáctico y orgánico, el defecto procedimental fue concebido por la Corte Constitucional desde la Sentencia T-231 de 1994 como una vía de hecho en una providencia judicial. Desde entonces, el defecto procedimental absoluto es entendido como aquél en el que el Juez Ordinario adelanta el asunto bajo una cuerda procesal equivocada u omite el curso de una etapa del trámite, en perjuicio del derecho al debido proceso.

A partir de la Sentencia T-1306 de 2001²³, empero, la Corte Constitucional consideró que este defecto no sólo podía ser absoluto, sino también presentarse por un exceso ritual manifiesto²⁴, producto de una indebida preferencia por las formas procesales en perjuicio del derecho al acceso a la administración de justicia, a la prevalencia del derecho sustancial y a la pretensión de corrección de las decisiones judiciales, en la consecución de la justicia material y la garantía de los derechos fundamentales²⁵.

Así lo reiteró en pronunciamiento más reciente²⁶:

«[...] El defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se genera cuando las normas procedimentales se erigen como un obstáculo para la protección del derecho sustancial y no en un medio para lograrlo. Puede presentarse por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales y la renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos. Los lineamientos de la ley no eximen la responsabilidad de valorar los elementos probatorios en conjunto, en procura de lograr la verdad material, lo contrario puede implicar fallos desproporcionados e incompatibles con los postulados constitucionales e, incluso, legales. [...]».

La procedencia de este defecto, en todo caso, exige que el afectado haya alegado el yerro a través de la instancia ordinaria, de haber estado en la posibilidad de hacerlo, que la violación tenga una entidad suficiente para afectar la decisión; y, que lesione bienes *ius fundamentales*²⁷.

Dado entonces la complejidad de la controversia a dilucidar, la Sala encuentra pertinente enfatizar en la importancia constitucional y convencional de la independencia e imparcialidad de los jueces, toda vez que la relevancia del asunto

²³ Línea que ha venido consolidándose, entre otras, a través de las Sentencias T-974 de 2003, T-973 de 2004, T-264 de 2009, T-599 de 2009, T-950 de 2011 y T-213 de 2012.

²⁴ Desde esta concepción del defecto es clara la tensión entre los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, tensión que debe abordarse desde la concepción de dichos bienes como mandatos de optimización, lo que permite su ponderación en cada caso en concreto para la satisfacción de los derechos fundamentales involucrados en cada caso en concreto.

²⁵ En esta decisión, el defecto se definió como: “[...] aquel que se deriva de un fallo en el cual haya una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales convirtiéndose así en una inaplicación de la justicia material [...]”.

²⁶ SU-573 de 2017.

²⁷ Al respecto, en la Sentencia T-213 de 2012, reiterando para el efecto la línea jurisprudencial consolidada sobre este aspecto, sostuvo que la prosperidad del defecto se sujetaba a: “[...]” (i) (Q)ue no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía, de acuerdo con el carácter subsidiario de la acción de tutela; (ii) que el defecto procesal tenga una incidencia directa en el fallo que se acusa de ser vulneratorio de los derechos fundamentales; (iii) que la irregularidad haya sido alegada al interior del proceso ordinario, salvo que ello hubiera sido imposible, de acuerdo con las circunstancias del caso específico; y (iv) que como consecuencia de lo anterior se presente una vulneración a los derechos fundamentales. [...]”.

a examinar estriba en el hecho de que la recusación se propone para garantizar precisamente esos principios estructurales del debido proceso tanto legal, como constitucional y convencional.

Corolario de ello es que, la imparcialidad judicial se concibe jurídica y axiológicamente para garantizar una limpia e igualitaria contienda procesal donde el juez desempeñe su papel por sobre los intereses de las partes, buscando como fin último la protección de la efectividad de todas las garantías que le son debidas a éstas. Por ello, la independencia del juez frente a las partes y al objeto litigioso delimita el significado del principio de imparcialidad, esto es, ausencia de todo interés para la resolución de la controversia.

Y si bien es cierto que la independencia y la imparcialidad están relacionadas, no es menos cierto que ambos principios tienen un contenido jurídico propio. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el poder judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles influencias o restricciones indebidas en el ejercicio de su función²⁸.

En este mismo sentido, la imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia. La imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio, y asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar cualquier duda que el justiciable o la comunidad puedan tener respecto de la ausencia de imparcialidad, ello puesto que el juez debe aparecer actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza, sino única y exclusivamente conforme a derecho.

En estas condiciones, la recusación no debe necesariamente ser vista como un enjuiciamiento de la rectitud moral del funcionario recusado sino más bien, como una herramienta que brinde confianza a quienes acuden al Estado solicitando la intervención de órganos que deben ser imparciales²⁹. En tal sentido, la recusación es un instrumento procesal destinado para proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial.

No obstante lo anterior, considera la Sala que cuando se formula una recusación el tribunal debe dar curso al trámite legal correspondiente dentro de las oportunidades señaladas legalmente con el fin de determinar si hay algún prejuicio

²⁸ Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

²⁹ Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

o parcialidad en la órbita subjetiva del juez frente a la solución del asunto y, además, si por virtud de las mismas circunstancias, el juez objetivamente no ofrece a las partes las garantías suficientes para eliminar cualquier asomo de duda en torno a su idoneidad para decidir sin reparo alguno el caso.

De este modo, las causales de impedimentos y recusaciones³⁰ y su trámite, por estar concebidas para brindar confianza a los sujetos procesales, deben ser atendidas conforme a los términos y condiciones legales que se establecen en las normas que las prevén. En este caso, con sujeción al artículo 142 del CGP aplicable por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, que frente a aspectos no regulados por éste se imponía su aplicación. El citado artículo reza:

«[...] **Artículo 142. Oportunidad y procedencia de la recusación.** Podrá formularse la recusación en cualquier momento del proceso, de la ejecución de la sentencia, de la complementación de la condena en concreto o de la actuación para practicar pruebas o medidas cautelares extraprocesales.

No podrá recusar quien sin formular la recusación haya hecho cualquier gestión en el proceso después de que el juez haya asumido su conocimiento, si la causal invocada fuere anterior a dicha gestión, ni quien haya actuado con posterioridad al hecho que motiva la recusación. En estos casos la recusación debe ser rechazada de plano. [...]».

«[...] **Artículo 143. Formulación y trámite de la recusación.** La recusación se propondrá ante el juez del conocimiento o el magistrado ponente, con expresión de

³⁰ **Artículo 141. Causales de recusación.** Son causales de recusación las siguientes:

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.
2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.
3. Ser cónyuge, compañero permanente o pariente de alguna de las partes o de su representante o apoderado, dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
4. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, curador, consejero o administrador de bienes de cualquiera de las partes.
5. Ser alguna de las partes, su representante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios.
6. Existir pleito pendiente entre el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, y cualquiera de las partes, su representante o apoderado.
7. Haber formulado alguna de las partes, su representante o apoderado, denuncia penal o disciplinaria contra el juez, su cónyuge o compañero permanente, o pariente en primer grado de consanguinidad o civil, antes de iniciarse el proceso o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia, y que el denunciado se halle vinculado a la investigación.
8. Haber formulado el juez, su cónyuge, compañero permanente o pariente en primer grado de consanguinidad o civil, denuncia penal o disciplinaria contra una de las partes o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil o víctima en el respectivo proceso penal.
9. Existir enemistad grave o amistad íntima entre el juez y alguna de las partes, su representante o apoderado.
10. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, o primero de afinidad, acreedor o deudor de alguna de las partes, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito, sociedad anónima o empresa de servicio público.
11. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las partes o su representante o apoderado en sociedad de personas.
12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en este como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo.
13. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las partes, antes de la iniciación del proceso.
14. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar.

la causal alegada, de los hechos en que se fundamente y de las pruebas que se pretenda hacer valer. [...]».

Así pues, respecto del trámite de las recusaciones, la norma en cita es clara en disponer que la misma podrá ser alegada ante el juez o magistrado de conocimiento del asunto en cualquier momento, siempre que no hubiere adelantado actuación alguna en el proceso previa a esta circunstancia; tal como lo consideró el Tribunal Administrativo del Chocó en auto 287 del 11 de diciembre de 2020, mediante el cual rechazó la recusación impetrada por la defensa del señor Copete Mosquera en contra de la magistrada Mirtha Abadía Serna, al considerar que:

«[...] La norma que se acaba de transcribir [artículo 142 del CGP] prohíbe recusar a quien haya hecho cualquier gestión en el proceso sin formular la recusación y además ordena que se rechace de plano la recusación, así formulada.

Del análisis del proceso de la referencia, se verifica que:

- El 13 de noviembre de 2020, el Tribunal expidió la Sentencia No. 235.
- El 20 de noviembre de 2020 el apoderado del demandado presentó escrito pidiendo la nulidad de la sentencia.
- El 9 de diciembre de 2020 presentó el escrito de recusación.

De lo anterior cronología tenemos que la recusación fue presentada contraviniendo lo establecido en el artículo 142 del Código General del Proceso, pues el Dr. Gilberto Rondón González ya había actuado en el proceso sin proponerla.

[...]

Significa que al menos el 20 de noviembre, fecha de presentación de la solicitud de nulidad, ya conocía la aludida causal de recusación, por lo que para la Sala no resulta admisible el argumento de que no se tenía conocimiento de los fundamentos de hechos para cuestionar la imparcialidad de la magistrada recusada, [...]».

Como se observa entonces, la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Chocó en providencia del 11 de diciembre de 2020 se ajusta a lo dispuesto en el artículo 142 del CGP; pues, quedó demostrado que el defensor del señor Copete Mosquera previo a presentar la recusación contra la magistrada Mirtha Abadía Serna, radicó una solicitud de nulidad de la sentencia, cuando, lo correcto, debió ser a la inversa.

Pero adicional a esto, si bien previamente se había presentado un escrito de nulidad de fecha 20 de noviembre de 2020, donde fundamentó el rechazo de la recusación, de cuyo contenido es posible advertir que, desde ese momento la defensa del hoy accionante puso de presente ante la magistrada conductora del proceso la presunta causal de impedimento en que podría estar incurso la doctora Abadía Serna, junto con las pruebas correspondientes; lo cierto es que al no sustraerse ésta al conocimiento del proceso, lo procedente era recusarla.

Esto en consideración a que el funcionario judicial en su fuero interno, por la autoridad moral que le da el conocimiento directo o indirecto de las circunstancias que se ponen a su consideración, puede tener criterios de evaluación de la supuesta situación impeditiva, diferentes a la del sujeto procesal que la pone a su consideración. Y como resultado de ello, puede no sólo no considerarlos relevantes para este propósito sino, además, que no constituyen un motivo que pueda generar objetivamente desconfianza en torno a que no obrará conforme a derecho.

En estas condiciones, no pueden ser de recibo planteamientos como el que se puso de presente en dicha oportunidad, en el sentido de que antes de emitir el Tribunal Administrativo del Chocó un pronunciamiento: «[...] le dé traslado del mismo a la H. Magistrada Mirtha Abadía Serna para que ella se pronuncie sobre lo aquí afirmado, que como digo se basa en información recientemente obtenida por mi cliente el señor Cristian Copete Mosquera y que oportunamente respaldaremos para acreditar la objetividad del planteamiento. [...]».

Así mismo no tiene cabida la tesis de que la magistrada Mirtha Abadía Serna por estar supuestamente incurso en una causal de impedimento, podía dar pábulo a la posterior solicitud de nulidad de la sentencia del 13 de noviembre de 2020, al considerar que fue «adoptada por un número inferior de Magistrados al previsto por la ley», toda vez que, conforme a la realidad procesal aquella no consideró que se encontraba impedida y, además, tampoco fue recusada.

En este orden de ideas, los argumentos esgrimidos por el Tribunal Administrativo del Chocó para rechazar la recusación fueron producto de una interpretación objetiva y razonable que escapa al control del juez constitucional, en tanto fue lograda como resultado del ejercicio de su autonomía funcional, en cuanto precisó que era menester que, si dicha funcionaria se consideraba incurso en una causal de impedimento, debía obligatoriamente declararse impedida oficiosa y unilateralmente, pero como no lo hizo, correspondía a la parte interesada recusarla en los términos y condiciones estipulados en el artículo 132 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Pero como no ejerció este deber procesal no le era dable posteriormente tratar de invalidar o desconocer una decisión adoptada con la intervención de aquella, en el marco del debido proceso y las garantías esenciales de carácter constitucional que rigen los procesos judiciales, como lo es el medio de control electoral.

Se trata entonces no de un punto de vista formalista del Tribunal Administrativo sino adecuado a los postulados de la justicia material que toma en consideración dentro de un marco de interpretación restrictiva de las causales de impedimentos y recusaciones, el respeto al fuero del funcionario judicial y el ejercicio de los deberes procesales de las partes, como eje para considerar si en efecto, aquel subjetivamente consideró que podía guardar algún prejuicio frente al caso o éstas, sí había objetivamente una circunstancia que por generar desconfianza, las habilitara para pedir la separación de aquel, del conocimiento de este preciso asunto.

Luego entonces, la solicitud de nulidad originada en la sentencia, bajo la causal de haber sido suscrita por un número inferior de magistrados establecido en la ley, no tiene cabida toda vez que la magistrada Mirtha Abadía Serna, si podía intervenir en el proceso y firmar la sentencia atacada dado que por consideración propia estimó no estar impedida y por cuenta de la parte demandada, tampoco fue recusada. De esta forma la decisión sí fue adoptada por el número mínimo de magistrados al previsto por la ley dado que dos de los tres magistrados estuvieron de acuerdo con ella.

A causa de lo anterior, el Tribunal Administrativo de Chocó cuando decidió rechazar la recusación contra la magistrada Mirtha Abadía Serna, actuó de acuerdo con el sentido y alcance del artículo 142 del CGP; mediante la realización de un análisis que consultó la existencia de medios de convicción y la situación procesal de las partes en contienda, que resultaban relevantes para resolver el asunto, en cuestión.

De acuerdo con lo expresado, la Sala considera que el Auto 287 del 11 de diciembre de 2020 no se encuentra incurso en defecto procedimental alguno por exceso ritual manifiesto pues, el Tribunal Administrativo del Chocó se reitera ajustó la citada decisión a los términos, condiciones y finalidad del artículo 142 del CGP., sin vulnerar los derechos fundamentales del señor Cristian Copete Mosquera, cuando rehusó tramitar una solicitud de recusación por extemporánea y negar la solicitud de nulidad de la sentencia por la causal “haber sido suscrita por un número inferior de magistrados a los determinados por la ley”, sin decidir, previamente, una recusación formulada contra la magistrada Mirtha Abadía Serna, que ya no podía ser alegada por haber actuado el recusante previamente sin haberla formulado.

Esta conclusión a la que se llega respecto del cargo estudiado, dicho sea de paso, descarta entonces la improcedencia de esta solicitud de amparo por causa de la existencia del recurso extraordinario de revisión a través de la causal de existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación (Art. 250, Nral. 5 CPACA). Y de contera, por cualquiera otra de las causales prevista en esta norma que, dicho sea de paso, no se configuran para habilitar este medio de control. En resumen, como no se vislumbra cualquier viso de subsidiariedad que le impidiese a esta tutela subsistir por negligencia, descuido o incuria o porque no han sido promovidos oportunamente, procede la Sala a continuación a estudiar el siguiente cargo.

2.4.3. Sentencia del 13 de noviembre de 2020:

En este cargo el accionante solicita dejar sin efecto la sentencia del 13 de noviembre de 2020. El reparo sobre el que se basa éste se plantea por encontrarse dicha providencia incurso en un defecto sustantivo «por la incorrecta lectura o interpretación que le dio a las normas jurídicas que fijan el marco funcional de los registradores municipales», y por la indebida aplicación del precedente contenido en la sentencia de unificación del 2019, establecida como jurisprudencia anunciada, que modificó la sentencia de la Sección Quinta de fecha 28 de julio de 2005, en cuanto a las aspiraciones de parientes de registradores municipales.

Uno y otro reparo aparejan desde la misma perspectiva del accionante una supuesta vulneración de sus derechos fundamentales ya especificados en el libelo correspondiente.

En este orden de ideas, ambos reproches se estudiarán conjuntamente, toda vez que, el cargo que los engloba apunta a señalar que dicha sentencia esta incurso en un defecto sustantivo por interpretación contraevidente o claramente irrazonable o desproporcionada desprendida de una indebida aplicación de un precedente que no casa en los hechos, en tanto, que el llamado a regir éstos no fue aplicado.

El precedente indebidamente aplicado es el contenido en la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 29 de enero de 2019 dentro del proceso identificado con el radicado número: 11001-03-28-000-2018-00031-00, establecido como jurisprudencia anunciada, que modificó el precedente judicial contenido en la sentencia de fecha 28 de julio de 2005 expedida por la Sección Quinta dentro del radicado No. 25000-23-24-000-2003-01122-01 y el dejado de aplicar es éste último.

¿Veamos por qué fue indebidamente aplicado el precedente de Sala Plena y por qué se dejó de aplicar el de la sección Quinta? En el 2005 la sección quinta del Consejo de Estado había determinado que cuando quisiera derivarse del desempeño del cargo de Registrador Municipal del Estado Civil la circunstancia inhabilitante que aquí se analiza, esto es, el ejercicio de autoridad civil y administrativa era necesario demostrar, en el caso concreto, que dicho funcionario cumplió las funciones que, de conformidad con la ley, implican el ejercicio de esa autoridad, pues, insistió en esa oportunidad que se trataba de situaciones periódicas en el desempeño de ese cargo.

Es decir, frente a este tópico había concluido que el ejercicio de autoridad civil y administrativa que se deriva del desempeño del cargo de Registrador Municipal del Estado Civil estaba circunscrito al efectivo cumplimiento de las funciones que llevan implícito el poder público en función de mando o imposición, en consideración a que, por virtud de la ley, tales funciones son transitorias, periódicas y, por tanto, no son de permanente cumplimiento.

Este criterio jurisprudencial fue revaluado por la Sala Plena del Consejo de Estado que frente a este caso específico en el 2019 observó que una interpretación de este tenor suponía un trato especial, aislado o exceptuado para el caso de los Registradores Especiales. Y en dichas condiciones resultaba por lo demás injustificado por contraponerse al concepto objetivo de autoridad acogido pacíficamente tanto por la Sala Electoral como por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, a partir del cual el ejercicio de autoridad civil o política no significa que para la configuración de la causal se requiera que el servidor público haya hecho uso de las atribuciones que le otorga la ley sino que basta con que tenga atribuidas estas funciones para afirmar que ejerció autoridad puesto que es la potencialidad de su ejercicio lo que pone en riesgo la democracia.

Para la Sala A quo, según lo expuesto en la sentencia impugnada, este argumento no es de recibo debido a que para la época en que el señor Copete Mosquera se inscribió como candidato a la alcaldía de Tadó, Chocó, el criterio jurisprudencial vigente no era el contenido en la sentencia del 28 de julio de 2005, toda vez que, para el 25 de julio de 2019 ya la sentencia de unificación llevaba un poco más de 5 meses de haber sido publicada.

Aunado a ello, agregó la Sala A quo que si bien la sentencia del 29 de enero de 2019 proferida por la Sala Plena de esta Corporación advirtió que las consideraciones allí expuestas tendrían “*aplicación desde las próximas elecciones de Senado y Cámara de Representantes*”, lo cierto es que fue específica y clara en determinar que ello operaba únicamente frente a la noción del factor temporal de la inhabilidad, es decir que los demás temas analizados en aquella ocasión surtirían efectos a partir de la notificación de la providencia, esto es, desde el 22 de febrero de 2019.

En oposición a este criterio hermenéutico, el apoderado del accionante en la impugnación incoada contra la decisión de primera instancia, reiteró que como la aludida sentencia de Sala Plena fue expedida el 29 de enero de 2019 y notificada el 14 de febrero del mismo año y el calendario electoral para las elecciones del 27 de octubre de 2019, había iniciado el 27 de octubre de 2018 y en correspondencia con estas fechas el periodo inhabilitante para los candidatos a las alcaldías también se había iniciado el 27 de octubre de 2018 y culminado el día de las elecciones, es decir el 27 de octubre de 2019, ya no era posible cumplir con la nueva regla de derecho establecida en ese fallo, porque el registrador no había renunciado antes del 27 de octubre del 2018.

Por tanto, sostiene que cuando su representado decide participar en las elecciones para la alcaldía de su pueblo, lo hace con el convencimiento de que la regla de derecho vigente para ese momento es la contemplada en la jurisprudencia contenida en la sentencia del año 2005, por tanto, no era necesario que su hermano el Registrador Municipal de Tadó, renunciara o se trasladara antes del 27 de octubre de 2018, esto es, un año antes de las elecciones.

2.4.4. Verificación de defectos y/o afectación a derechos fundamentales:

Así las cosas, entra la Sala a constatar si el Tribunal Administrativo del Chocó le confirió a la disposición legal consagradoria de la inhabilidad bajo examen, una interpretación que aunque en principio pudiendo resultar formalmente posible a partir de las varias opciones que ella ofrece; no obstante ello, contraviene postulados de rango constitucional o conduce a resultados desproporcionados, derivados necesariamente de la aplicación de la regla anunciada en la citada sentencia de unificación de 2019 sin conexidad material con la disposición aplicada.

Esta circunstancia se da cuando no encuadran, en todos sus aspectos, los hechos llamados a ser regulados por la disposición inhabilitante, de acuerdo con la nueva regla jurisprudencial adoptada en el nuevo precedente.

En estas condiciones la Sala revocará la decisión de primera instancia luego de advertir que en la sentencia atacada por medio de esta acción de tutela se aplicó indebidamente el precedente jurisprudencial de Sala Plena y, se dejó de aplicar el de 2005 de la sección quinta, con lo cual se le vulneraron de contera al accionante, en el proceso de nulidad electoral donde se anuló el acto de su elección como alcalde municipal, sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia, a la igualdad y a ser elegido, del accionante.

En efecto, la Sala considera equivocado el fundamento del fallo de primera instancia y por eso lo cambiará, dado que no se ajusta a la realidad procesal que el criterio jurisprudencial vigente para la época en que el accionante se inscribió como candidato a la alcaldía de Tadó, Chocó, fuera el contenido en la sentencia del 28 de julio de 2005 atendido el hecho de que para el 25 de julio de 2019, ya la sentencia de unificación llevaba un poco más de 5 meses de haber sido publicada.

Aunado a ello, considera la Sala que también es equivocado haber considerado que empecé a la advertencia contenida en esta sentencia de unificación, de que su aplicación se daría desde las próximas elecciones de Senado y Cámara de Representantes, ello operaba únicamente frente a la noción del factor temporal de la inhabilidad, en tanto que los demás temas analizados en aquella ocasión surtirían efectos a partir de la notificación de la providencia, esto es, desde el 22 de febrero de 2019.

En suma, ambos argumentos íntimamente imbricados parten del supuesto equivocado de que la aplicación de un precedente judicial está determinada únicamente por el tiempo transcurrido desde su creación, y por la advertencia, de a partir de cuando comienzan a aplicarse las nuevas reglas en él, adoptadas.

Ello no es cierto, menos cuando el precedente cumple la función, dentro del amplio margen hermenéutico que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, de hacer razonable, objetiva y proporcional la aplicación de una norma legal, como en este caso, de carácter restrictivo como es la que establece una inhabilidad donde se varían los criterios de interpretación de uno de sus elementos estructurales, cual es el ejercicio de autoridad.

En estos eventos, estima la Sala que también deben considerarse en sincronía, tanto la oportunidad a partir de la cual debe comenzar a regir el precedente con el texto normativo de la inhabilidad, en torno al cual se han provisto reglas de aplicación en condiciones razonables y proporcionadas de todos o de algunos de los elementos estructurales que lo componen y de igual forma, debe considerarse adicionalmente el carácter o naturaleza de las reglas que se adoptan, bien que su aplicación se anuncien o no expresamente a partir de una oportunidad cierta.

Esto último en consideración a que la naturaleza del asunto tratado en la generación del nuevo precedente, cuando no se trate de un cambio meramente adjetivo sino sustancial que varíe de forma restrictiva o desfavorable el criterio hermenéutico hasta ese momento imperante, como sucedió en este caso, impone la aplicación de aquel hacia el futuro y no a las situaciones en curso para no atentar contra el principio de confianza legítima.

De esta forma, si no hay correspondencia cronológica, como en este caso, entre el factor temporal de la inhabilidad establecido en dicha norma y la entrada en vigor del precedente judicial, de cara a unos hechos determinados o a un proceso en curso, aquel no puede tener cabida razonable y proporcionada en la aplicación de la norma a tales hechos o procesos; toda vez que, un período inhabilitante no puede aplicarse a medias a éstos, a través de una hermenéutica extensiva sin atentar contra el principio de legalidad y el de confianza legítima. Luego en estas condiciones sigue vigente para el caso específico el precedente anterior para gobernar la solución de éste.

En efecto, el funcionario judicial no sólo está en la obligación de considerar para la aplicación del precedente judicial en el tiempo, sí hay correspondencia entre su entrada en vigencia y la actualización de la norma que se va a aplicar en términos razonables y proporcionados a los hechos que ésta regula porque si no la hay, debe aplicar indiscutiblemente el anterior precedente. Pero además, para estos efectos, debe también considerar la naturaleza del precedente al margen de que se halle prevista fecha u oportunidad para su aplicación inmediata o hacia el futuro dado que sí es de carácter restrictivo o desfavorable, debe aplicarse a hechos ocurridos con posterioridad a su producción.

Como en este evento, cuando la sentencia del 29 de enero de 2019 proferida por la Sala Plena de esta Corporación fue notificada el 22 de febrero de 2019, ya el periodo inhabilitante para ser elegido alcalde, en este caso, del Municipio de Tadó había comenzado a correr desde el 27 de octubre de 2018 razón por la cual no podía aplicarse para estos hechos en curso. Es decir, la aplicación de este precedente era ya de imposible ocurrencia respecto de la nueva regla adoptada para el ejercicio de autoridad de los registradores. A esta conclusión se llega, se reitera, independientemente de que en esta sentencia de Sala Plena se hubiera determinado que operaba únicamente frente a la noción del factor temporal de la inhabilidad, dado que una advertencia de esta clase no puede prevalecer sobre la axiología constitucional y por ende, dar lugar a la aplicación de los restantes temas de forma inmediata a hechos en curso, a pesar de su carácter restrictivo.

En definitivas, también los otros temas tratados en esa sentencia, contrario a lo que sostiene la Sala A quo, tampoco podían tener aplicación a partir de la notificación de la citada providencia si cogían situaciones en curso, como sucedió con el periodo inhabilitante de ese proceso electoral, en relación con el cual ya habían transcurrido un poco más de cuatro meses, por respeto al principio de confianza legítima, dado que esos otros temas introducían variaciones restrictivas a las reglas imperantes para entonces en relación con el ejercicio de autoridad administrativa por los registradores municipales.

Así mismo lo ha analizado con suficiente claridad en reciente decisión de amparo³¹ la Subsección a, de esta Sección, donde concluyó que ...“no resulta jurídicamente viable decretar la nulidad de una elección con fundamento en la aplicación

³¹ Sentencia de tutela de fecha 9 de septiembre de 2021, radicado 11001-03-15-000-2021-05205-00, Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández, accionada Sección Quinta del Consejo de Estado.

retroactiva de interpretaciones jurisprudenciales que apenas vinieron a adoptarse después de realizada la conducta que se reprocha, pues así como las leyes restrictivas, prohibitivas y desfavorables solo pueden aplicarse hacia futuro, de igual modo las providencias judiciales que adoptan posturas igualmente restrictivas, prohibitivas y desfavorables, no pueden cobijar eventos ocurridos en el pasado, pues ello crearía un clima de incertidumbre e inseguridad jurídica que sería de suyo inadmisibles en un Estado social y democrático de derecho como el nuestro”...

...”En ese orden de ideas, la ausencia de una disposición legal que de manera previa y expresa consagrara esa interdicción y ante la inexistencia de precedentes jurisprudenciales que de forma concluyente señalaran la aplicabilidad de esa prohibición a los candidatos a cargos de elección popular, justifica el proceder de quienes en ese entonces hubieron apoyado a candidatos de partidos o movimientos políticos no pertenecientes a la coalición o recibido de ellos algún apoyo. Al fin y al cabo, en este tipo de casos aplica el brocardo según el cual, “lo que no está expresamente prohibido está tácitamente permitido” ...

Por eso la Sala ahora parafrasea otra importante argumentación de la providencia citada, donde advierte que la aplicación retroactiva de un precedente jurisprudencial adoptado en el año 2019 a procesos electorales que integralmente tuvieron inicio en el año 2018 defrauda la confianza legítima de aquellos candidatos, que como en el caso bajo examen, pudieron haber creído de buena fe exenta de culpa que no estaban incurriendo en conductas reprochables. En este caso, porque cuando entró en vigor el nuevo precedente ya había un proceso electoral en curso, donde se estaba contabilizando como parte del mismo, el período legal inhabilitante de doce meses antes de la elección y no de ocho, como resultaría de llegar a aplicarse la tesis de la Sala A quo.

Así las cosas, la Sala llega a la conclusión de que el Tribunal Administrativo del Chocó al expedir la sentencia atacada utilizó un criterio jurisprudencial creado en el 2019 para aplicar a las elecciones de Congreso a celebrarse en el 2022, a las elecciones territoriales que se celebraron el 27 de octubre de 2019, esto es después de que se había iniciado el período inhabilitante para ser elegido alcalde municipal en dichas elecciones, que data desde el 27 de octubre de 2018, dejando por el contrario de aplicar el anterior precedente previsto en la sentencia de 2005. Por esta causa, le vulneró al accionante, se reitera, el principio de confianza legítima como principio estructural del debido proceso y además los derechos fundamentales a la igualdad, a ser elegido y acceso a la administración de justicia.

En consecuencia, procede el amparo de estos derechos fundamentales, así como del principio de confianza legítima del accionante, por lo que se dejará sin efectos la sentencia del 13 de noviembre de 2020 por estar incurso en un defecto sustantivo por aplicación irrazonable de la causal de inhabilidad examinada atendiendo la utilización de un precedente judicial igualmente inaplicable al caso y por dejar de aplicar el que correspondía, por las razones que se han planteado en precedencia.

2.4.5. Restablecimiento del Derecho:

De igual forma a como fue considerado en la sentencia T-284 de 2006 la Sala ordenará a título de restablecimiento de los derechos fundamentales conculcados al accionante, su reintegro al cargo de Alcalde Municipal de Tadó, con el fin de que culmine el período constitucional para el cual fue elegido sin perjuicio de que se haya o no adelantado un nuevo proceso electoral para elegir nuevo alcalde municipal por el resto de éste.

O sea, a juicio de la Sala como consecuencia del amparo que se concede a Cristian Copete Mosquera, deben restablecerse materialmente esos derechos fundamentales particularmente el de ser elegido reintegrándolo al cargo de Alcalde de Tadó, sin importar, se repite, que en el curso del proceso se haya o no elegido el reemplazo para el cargo que ocupaba.

Lo anterior en consideración a que si no se provee en la práctica sobre este tópico podrían generarse más distorsiones a la validez y legitimidad del proceso democrático y a la voluntad popular expresada por medio de éste, que las causadas hasta ahora y este control constitucional no rebasaría los límites del control objetivo de legalidad que se realiza sobre el acto de elección, cuando es anulado.

Luego entonces, el medio indicado para resolver la tensión existente entre los derechos del inicialmente elegido cuya elección fue anulada y luego restablecida y la posteriormente elegida cuya elección sigue aún vigente, atendido el objeto de la acción de tutela, son las órdenes judiciales ajustadas al precedente de la jurisprudencia constitucional vigente o vinculante sobre el tema, cual es el contenido en las sentencias T-284 de 2006 y T-516 de 2008. Este precedente de cara a la axiología constitucional y a los principios generales del derecho determinan en su conjunto la razón de esta decisión, en el sentido de que hay un mejor derecho del accionante al cargo de Alcalde de Tadó.

Se cumple así con el objetivo de generar las condiciones para viabilizar los efectos del amparo que se va a conceder con este fallo en un escenario de tensión entre derechos fundamentales contrapuestos de dos titulares, donde debe preferirse la situación procesal del amparado; entre otras razones, porque de no hacerse así, la protección constitucional sería inane o inhibitoria sin considerar el origen ilegítimo de la nueva elección que se desprende de un hecho inconstitucional y el derecho de acceso a la administración de justicia que les asiste a los sujetos procesales.

A juicio de la Sala, de consuno con lo establecido en una de las salas de revisión de la Corte Constitucional en las sentencias T-284 de 2006 y T-516 de 2008, si bien, esta Corporación mediante las sentencias de unificación SU-640 de 1998 y SU-168 de 1999 estableció que los accionantes podían reasumir los sendos cargos de alcaldes para finalizar el período de ejercicio que le correspondía a condición de que no se hubiera elegido uno nuevo en cada caso; no obstante ello, debía considerarse este derecho extinto en el evento de que la elección ya se hubiera realizado, puesto que el nuevo alcalde gozaría con relación al anterior, de una legitimidad democrática reforzada que le habría sido concedida a través de una elección popular más reciente; sin embargo, siendo lo cierto que estas órdenes por

haber sido impartidas en los respectivos procesos de tutelas donde se debatía la extensión del período de ejercicio de los alcaldes y no sobre la elección misma de éstos, por constituir una manifestación circunstancial, no tenían el carácter de precedente jurisprudencial de obligatorio acatamiento.

Adicionalmente a estas consideraciones, que muestran que por conducto de la misma Corporación no nos encontramos ante una *ratio decidendi* sino ante un *obiter dicta*, cabe decir en gracia de discusión, que si no fuere así, con posterioridad a estas sentencias de unificación citadas sobrevino un cambio normativo que igualmente le quitó el carácter vinculante a ese precedente cuando mediante el acto legislativo No. 2 de 2002 se determinó que el periodo de los mandatarios territoriales era institucional y no individual.

Es decir, si bien previamente a esta reforma del texto superior, la Corte Constitucional ante los aparentes vacíos jurídicos existentes sobre la naturaleza del período de los alcaldes municipales había establecido, por vía de control abstracto que éste era personal y no institucional, particularmente por medio de las sentencias C-011 de 1994, C-586 de 1995 y C-448 de 1997, lo cierto es que luego a través de este cambio normativo se dispuso exactamente lo contrario y por ende, se le sustrajo a ese precedente contenido en las sentencias SU-640 de 1998 y SU-168 de 1999 citadas, todo el peso específico que hipotéticamente pudiera haber tenido.

De ahí que, como resultado de la aprobación de esta reforma a la Carta Política el carácter vinculante de las reglas establecidas en dichos pronunciamientos y en los que de éstos se derivaron para efectivizarlos por vía de tutela, desapareció dando aplicación al contenido en la sentencia T-284 de 2006 que fue replicado en la T-516 de 2008. Entre otras razones, porque ya no podía tener cabida la relación inescindible de pertenencia a que daba lugar el período personal con el elegido hasta el punto de que en muchos de los pronunciamientos de control abstracto y de tutela, se hizo referencia al período como propio del alcalde. Ejemplo de ello lo encontramos en la sentencia C-448 de 1997 donde se consignó que “no puede la ley alterar el origen de los alcaldes, que es por elección popular, ni su período, que es de tres años”.

En todo caso, la regulación normativa anterior a la reforma constitucional de 2002, fue igualmente la que permitió a la Corte Constitucional cuando concedió los amparos a través de los fallos de tutela SU-640 de 1998 y SU-168 de 1999, condicionar el regreso a los cargos de los accionantes para finalizar el período de ejercicio que les correspondía, a que no se hubiera elegido un nuevo alcalde en los respectivos municipios, pero que no obstante ello, este derecho debía considerarse extinto en el evento de que la elección ya se hubiera realizado, puesto que el nuevo alcalde gozaría con respecto al anterior de una legitimidad democrática reforzada, que le habría sido concedida a través de una elección popular más reciente.

Es decir, la legitimidad de la elección del nuevo alcalde la reforzaba el hecho de ser más reciente que la anterior, habida cuenta de que como la siguiente se hacía también por un período personal, cuando se decretaba la invalidación del fallo

anulatorio, entraban en disputa dos derechos cifrados en la existencia de sendos periodos individuales. Pero en ese entonces, de acuerdo con los citados fallos de unificación de la Corte Constitucional, la tensión se resolvía dando por extinguido el derecho del anterior para hacer prevalecer el derecho del elegido posteriormente sobre la base de la legitimidad democrática reforzada de que gozaba su elección por ser más reciente. Esto sin perjuicio de las acciones legales que a bien considerara utilizar el anterior alcalde con miras a obtener una indemnización patrimonial.

En resumen, sea que la referencia anotada en esas sentencias de unificación sobre el reintegro tuvieran carácter vinculante, que para esta Sala no lo tienen e inclusive, para la de revisión que los analizó tampoco, en caso de considerarse que no era así, lo cierto es que no podría eludirse que con el cambio de paradigma normativo a que hemos hecho mención sucedido en el 2002, se le sustrajo dicho carácter, toda vez que ya el período institucional imponía una relación diferente entre el tiempo de ejercicio del cargo con quien asumía éste, totalmente despersonalizada hasta el punto de que el nuevo elegido en ausencia de aquel, lo era por el resto del tiempo que hacía falta para culminar el periodo del inicialmente elegido y no por uno nuevo.

Luego entonces, contrario a lo que sucedía bajo la égida de los periodos personales, la legitimidad de una elección ya no está reforzada por su carácter reciente sino por su carácter primero, pero además porque se le devolvió su investidura por medio de un control de constitucionalidad efectuado a la decisión que lo despojó de ésta.

En sentido contrario, medido el asunto con el mismo rasero valorativo, cuando el control judicial no opera sujeto a las reglas jurídicas de evaluación de dicho proceso democrático y a consecuencia de ello, le es anulada su elección, cuando luego por esta clase de control constitucional es invalidada la correspondiente sentencia de nulidad electoral, se le debe restablecer a quien fue legitimamente elegido el derecho a reasumir el cargo. Porque en el marco del nuevo paradigma axiológico y normativo aquel tiene mejor derecho a ocuparlo no sólo por estas consideraciones medulares sino también porque ...“a partir de un hecho inconstitucional no se podía derivar una presunta legitimación reforzada³²”... razón por la cual se impone su reintegro al cargo ...“a título de restablecimiento de sus derechos fundamentales conculcados³³”,... “a fin de culminar su período constitucional, sin perjuicio de que se haya o no adelantado un nuevo proceso electoral para elegir”...” Es decir, para este propósito debe tenerse en cuenta que la Corte en la sentencia T-516 de 2008 concluyó que este efecto se desprendía de la *ratio decidendi* y del *decisum* de la sentencia T-284 de 2006 y que, adicionalmente consideró como inaceptable el argumento planteado en el sentido de que el restablecimiento del derecho nunca implicara el reintegro al cargo.

Por lo tanto, Cristian Copete Mosquera debe reasumir el cargo para terminar el período que le es anejo al mismo, entre otras razones, porque ya el derecho de quien lo sucedió en éste que se derivaba no de una relación de pertenencia con un

³² Sentencia T-516 de 2008

³³ Idem

nuevo período sino de una decisión judicial inconstitucional, debe extinguirse cuando el derecho de aquel sea restablecido. Esta determinación también toma en consideración el hecho de que cuando el pueblo elige autoridades no obra como constituyente primario que todo lo legitima con su intervención sino como sujeto colectivo sometido a unas reglas jurídicas que condicionan tanto instrumental como axiológicamente, su participación y la causa de ésta, de forma tal que cuando cualquiera de los actores en un proceso democrático desconoce esas reglas, o la causa de la participación no es legítima, debe darse al traste el resultado de éste.

Por esta razón, con el amparo de los derechos fundamentales de Copete Mosquera y su consecuente regreso al cargo se extingue el derecho de la señora Yocira Lozano Mosquera quien lo había reemplazado por vía de elección popular para el resto del periodo, subsistiendo en todo caso, en cabeza de ésta la facultad de que ejerza las acciones legales con miras a obtener una indemnización patrimonial por causa de los perjuicios que se le hayan podido ocasionar.

En este orden de ideas, la Sala estima que, bajo este nuevo esquema normativo, quien es elegido primero en el tiempo del período institucional tiene igualmente mejor derecho al cargo cuando habiendo sido anulada su elección se invalida luego la sentencia de nulidad que así lo dispuso, que quien llega al cargo después por la misma vía, como consecuencia de esa nulidad electoral, entre otras razones porque de un hecho inconstitucional expresado en un error judicial no se pueden crear derechos a terceros. Por lo tanto, como luego de efectuada esta corrección constitucional deben desaparecer los fundamentos jurídicos de la nueva elección, también debe desaparecer o extinguirse el acto de elección de la alcaldesa que lo sucedió en el cargo.

Como resultado de la anterior previsión, surge automáticamente a la vida jurídica el acto de elección del señor Cristian Copete Mosquera como Alcalde Municipal de Tadó y con ello, el derecho a ser considerado de forma inmediata como primera autoridad de dicho municipio sin solución de continuidad por todo el período constitucional para el cual fue elegido, para todos los efectos laborales, inclusive durante el tiempo en que fue privado de ocuparlo a raíz del fallo de nulidad electoral de única instancia proferido por el Tribunal del Chocó, tal como igualmente se dispuso respecto de un caso similar en la sentencia T-284 de 2006 y se avaló en la sentencia T-516 de 2008

2.4.6. En conclusión:

La Sala revocará la sentencia del 13 de mayo de 2021 proferida por la sección quinta del Consejo de Estado, que negó la solicitud de amparo en la acción de tutela de la referencia para, en su lugar ordenará:

- i).- Amparar los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, acceso a la administración de justicia y a elegir y ser elegido del señor Cristian Copete Mosquera.
- ii).- Como consecuencia de este amparo se procede a dejar sin efecto la sentencia de fecha 13 de noviembre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo del

Chocó y consecuentemente los **autos 483 del 10 de diciembre de 2020**, por medio del cual se negó la solicitud de nulidad de la sentencia, específicamente, en cuanto al cargo de haber sido suscrita por un número inferior de magistrados a los descritos en la ley, y, **287 del 11 de diciembre de 2020**, a través del cual se rechazó de plano la recusación formulada contra la magistrada Mirtha Abadía Serna.

iii).- De igual forma, como con la determinación aquí adoptada desaparece el fundamento jurídico de las elecciones llevadas a cabo el 23 de mayo de 2021, donde fue elegida la señora Yocira Lozano Mosquera como Alcaldesa de Tadó por el resto del periodo constitucional 2020-2023 se dispondrá la extinción de su acto de elección como tal, para el cual fue inicialmente elegido Cristian Copete Mosquera y se ordenará el reintegro inmediato de éste a dicho cargo con el derecho a ser considerado como Alcalde Municipal de Tadó sin solución de continuidad, para todos los efectos laborales a que haya lugar.

iv).- En todo caso, de consuno con la jurisprudencia constitucional³⁴ la Sala advierte que no se proferirá una orden para que se dicte nuevamente la providencia judicial correspondiente, debido a que por la especificidad de las situaciones examinadas no habría un margen de autonomía en la decisión judicial sino que por el contrario habría que ordenarle al Tribunal Administrativo del Chocó que dicte una sentencia en el sentido de negar la pretensión de nulidad electoral del acto de elección del señor Cristian Copete Mosquera como Alcalde de Tadó para el periodo 2020-2023, lo cual resultaría mucho más lesivo para su ámbito de competencias.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia y por autoridad de la ley,

III.- RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 13 de mayo de 2021, proferida por la sección quinta del Consejo de Estado, que negó la solicitud de amparo en la acción de tutela de la referencia. En su lugar:

SEGUNDO: AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, a elegir y ser elegido y acceso a la administración de justicia del señor Cristian Copete Mosquera, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DEJAR SIN EFECTO la sentencia de fecha 13 de noviembre de 2020 por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Chocó anuló el acto de su elección como Alcalde Municipal de Tadó para el periodo 2020- 2023 y consecuentemente los **autos 483 del 10 de diciembre de 2020**, por medio del cual se negó la solicitud de nulidad de la sentencia, específicamente, en cuanto al cargo de haber sido suscrita por un número inferior de magistrados a los descritos

³⁴ Sentencia SU- 424 de 2017 y reiterado en SU-474 de 2020.

en la ley, y, **287 del 11 de diciembre de 2020**, a través del cual se rechazó de plano la recusación formulada contra la magistrada Mirtha Abadía Serna.

CUARTO: DISPONER la extinción del acto de elección de la señora Yocira Lozano Mosquera como Alcaldesa Municipal de Tadó, por el resto del periodo constitucional para el cual fue inicialmente elegido Cristian Copete Mosquera, y en consecuencia ordenar el reintegro inmediato de éste a dicho cargo con el derecho a ser considerado como Alcalde Municipal de Tadó por el período constitucional 2020-2023, sin solución de continuidad, para todos los efectos laborales a que haya lugar.

QUINTO: LIBRAR las comunicaciones de que trata el artículo 30 de Decreto 2591 de 1991, para los fines ahí contemplados.

SEXTO. En acatamiento a las disposiciones del artículo 32 *ibídem*, dentro de los diez (10) días siguientes **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Firma electrónica
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Firma electrónica
CARLOS M. ISAZA SERRANO

Firma electrónica
CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Firma electrónica
CARMELO PERDOMO CUÉTER
Salva voto

Se deja constancia que esta providencia se firma de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad del presente documento en el link: <http://relatoria.consejodeestado.gov.co>: 8081/vistas/documento/validador.