

Sentencia T-284/06

Referencia: expediente T-1244552

Acción de tutela instaurada por Libardo José López Cabrales contra la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS
HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., cinco (05) de abril de dos mil seis (2006).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera- dentro de la acción de tutela instaurada por Libardo José López Cabrales contra la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo, del H. Consejo de Estado.

I. ANTECEDENTES

La Sala Número Doce (12) de la Corte Constitucional, mediante Auto del nueve (9) de diciembre de 2005, seleccionó la presente acción de tutela y la repartió a esta Sala para su revisión.

Por no haberse impartido aprobación al proyecto presentado por el ponente inicial, Magistrado Álvaro Tafur Galvis, el expediente fue asignado al despacho de la Magistrada que sigue en turno en orden alfabético.

1. La demanda de tutela

El señor Libardo José López Cabrales quien actúa mediante apoderado judicial, instauró acción de tutela contra la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo, del H. Consejo de Estado, para que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 C.P.), al “*ejercicio de funciones públicas*” y el “*poder político de elección popular*” (art. 40 C.P.) y se garantice el respeto del principio de la buena fe (art. 83 C.P.).

Solicita: *i*) que se deje sin efectos jurídicos la sentencia proferida por el ente accionado en única instancia el veinticuatro (24) de agosto de 2005 mediante la cual se declaró nulo el acto de su elección como Gobernador del Departamento de Córdoba para el período 2004-2007, y por consiguiente se mantenga en firme su designación como tal, *ii*) que se ordene al Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta-, proferir un nuevo pronunciamiento judicial ajustado a derecho de conformidad con lo previsto en el numeral 4° del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 y el inciso 2° del artículo 303 de la Constitución Política, y *iii*) que en su caso proceda la acción de tutela como mecanismo transitorio pues el mecanismo judicial ordinario al que debería acudir en este caso, esto es, el recurso de revisión por causal originada en la sentencia que puso fin al proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, no tendría la misma efectividad que la tutela en punto a la protección de los derechos fundamentales invocados.

1.1. Hechos

El actor fundamenta su demanda en los siguientes hechos:

1.1.1. El señor Libardo José López Cabrales fue elegido como Gobernador del Departamento de Córdoba para el período electoral 2004-2007, por lo que el Consejo Nacional Electoral mediante Acuerdo Número 003 del 17 de diciembre de 2002 declaró en firme la elección.

1.1.2. Los ciudadanos Carlos Mario Isaza Serrano, Carlos Alfonso Valera Pérez y Rodrigo Molina Cardozo demandaron ante el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta-, la elección del señor Libardo José López Cabrales como Gobernador del Departamento de Córdoba por considerar que estaba inhabilitado para ser elegido como tal, toda vez que había contratado con una entidad estatal, esto es la Cooperativa ECOGESTAR LTDA., dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de su elección motivo por el cual no podía ser inscrito como candidato y mucho menos ser elegido como Gobernador.

1.1.3. Mediante sentencia del veinticuatro (24) de agosto de 2005 la Corporación accionada declaró nula su elección como Gobernador del Departamento de Córdoba para el período 2004-2007, y para ello según expresa se fundamentó en que al no existir en el ordenamiento jurídico colombiano una definición legal de lo que ha de entenderse por entidades públicas, se debe acudir a la definición jurisprudencial y doctrinal para así entender que la Cooperativa ECOGESTAR LTDA., con la que había contratado el actor el año anterior a su elección es de naturaleza pública.

1.2. Causas de violación de los derechos fundamentales invocados

El actor fundamenta la supuesta configuración de una vía de hecho de la siguiente manera:

1.2.1. Vía de hecho por defecto orgánico

1.2.1.1. Exceso de las funciones interpretativas

El tutelante considera que en el proceso electoral que cursó en su contra el ente accionado se atribuyó una función constitucional que no le corresponde, esto es, interpretar cuál es el contenido y alcance que da la Ley Electoral al concepto de entidad pública, y con fundamento en dicha interpretación creó una inhabilidad para contratar, desconociendo que las inhabilidades se encuentran taxativamente establecidas en la Ley pues el Legislador cuenta con reserva exclusiva para señalarlas de conformidad con los artículos 303 y 304 de la Constitución Política, y por tanto no pueden ser aplicadas nunca en forma analógica.

En esos términos, al haberse creado judicialmente una inhabilidad que no existe legalmente no sólo se vulneró el derecho al debido proceso, sino que además se desconoció lo previsto en el artículo 152, literal c) de la Constitución Política y en la Ley 617 de 2000, así como la jurisprudencia misma del Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta- sobre el particular, concretamente las sentencias del 13 de mayo de 2005 –Exp. No. 3588-, del 10 de junio de 2004 –Exp. No.3334 y del 3 de marzo de 2005 –Exp. No. 3395-.

De otra parte, estima que los Magistrados María Nohemí Hernández y Filemón Jiménez Ochoa al manifestar su voto, transformaron interpretativamente la entidad privada -ECOGESTAR LTDA.- en una entidad de naturaleza pública, y en consecuencia crearon por vía de interpretación una inhabilidad electoral fundada también en una asimilación de una Cooperativa a una entidad pública, de forma tal que al tratarse de una elucidación de quien no se encontraba facultado constitucionalmente para interpretar, se actuó de hecho pues no solamente se usurpó una función interpretativa que no tenía el Consejo de Estado sino que además con ese actuar se vulneró la Constitución Política.

Así las cosas, “si la Ley 80 solo contempla asimilación de cooperativa (sic) para efectos contractuales, sin que indique, ni podía decirlo (porque no es Ley Estatutaria) (si) que tal asimilación implique también una extensión de la inhabilidad electoral, mal podía crearse por el Juez dicha inhabilidad. Y de la misma manera, si el numeral 4º del art. 30 de la Ley 617 de 2000 no consagra como inhabilidad a contrataciones con entidades diferentes a las públicas, tampoco puede crearse con base en ella una inhabilidad por analogía o asimilación, pero no sería interpretar sino crear la norma con la cual se juzga (sic) no con base en una norma preexistente (art. 29 C. Pol.) sino con base en una norma que se crea en el mismo fallo (sic).”

1.2.1.2. Exceso en las atribuciones jurisdiccionales

Advierte que el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta-, según lo previsto en el artículo 237 de la Constitución Política como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo sólo puede determinar las inhabilidades electorales para Gobernador fijadas en la Ley -inciso 2° del artículo 303 superior-, es decir, las legales y no las “*electorales judiciales*”, esto es, las creadas por los Jueces, por tanto al proceder de esa manera para fallar, se atribuyó una competencia que no tiene, y por consiguiente juzgó la elección de un Gobernador a partir de una inhabilidad judicial, desconociendo por demás que éstas tienen por mandato constitucional un carácter estricto que impide hacer interpretaciones analógicas.

1.2.1.3. Inexistencia real, constitucional y legal de fallo decisorio o mayoritario

Afirma que dos de los Magistrados fundaron su decisión en la existencia de una inhabilidad por haberse contratado directamente con una entidad de naturaleza pública, esto es, la Cooperativa ECOGESTAR LTDA., y a su vez otro Magistrado fundó su voto positivo -con aclaración- no en el hecho de haberse contratado con la entidad pública antes referida sino porque se contrató directamente con la entidad privada ECOGESTAR LTDA., e “*indirectamente*” con el Municipio de San Andrés –Sotavento-, siendo esa la razón por la que la Cooperativa aludida adquiere por asimilación naturaleza pública, sin que esta última circunstancia haya sido alegada en la demanda, por tanto debe concluirse que el Magistrado que aclaró voto si bien se opuso a la pretensión demandada, accedió a una no alegada.

Así las cosas, la decisión definitiva que se adoptó contó con dos votos congruentes con las pretensiones de la demanda, un voto contrario a dichas pretensiones y un voto negativo, de donde se puede concluir entonces que la decisión de declarar la nulidad de la elección como Gobernador del Departamento del Córdoba no contó con una decisión mayoritaria.

1.2.2. Vía de hecho por defecto fáctico

Explica que el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta-, con su actuación judicial de facto vulneró el derecho al debido proceso, en la medida en que asimiló la naturaleza privada de la Cooperativa ECOGESTAR LTDA., a la de una entidad de derecho público sin considerar si quiera que no existía la prueba única de la Cámara de Comercio a la que hace alusión el artículo 43 del Decreto 2150 de 1995.

Con ello en su criterio claramente se vulneró el derecho “*a ser elegido*”, pues en la medida en que no existía una inhabilidad legal en la contratación con Cooperativas las cuales de acuerdo con lo señalado en el artículo 30 de la Ley 617 de 2000 no son entidades públicas, no se podía por tanto crear por asimilación una “*inhabilidad judicial electoral*”, para declarar la nulidad de una elección popular, vulnerando además el derecho de elegido a actuar de

buena fe pues éste se encontraba legitimado para aspirar al cargo y ser elegido voluntariamente como Gobernador, siendo condenado como ya se dijo sin que existiera prueba legal que acreditara la calidad de “*público*” de la Cooperativa ECOGESTAR LTDA.

1.2.3. Vía de hecho por defecto sustantivo

A su juicio el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta-, en su decisión del veinticuatro (24) de agosto de 2005 desconoció el mandato constitucional previsto en el artículo 230 superior que ordena a los jueces someterse al imperio de la Ley para fundar sus decisiones, pues como ya se dijo no se acogió a las normas vigentes que determinan la naturaleza jurídica de las administraciones públicas en forma de Cooperativas –Decreto 1482 de 1989- como personas jurídicas de derecho privado, sino que adoptó su decisión con fundamento en la doctrina y la jurisprudencia –criterios auxiliares- para establecer su nueva naturaleza jurídica como entes públicos.

En ese entendido, el ente accionado modificó mediante la doctrina y la jurisprudencia la Ley, actuación que constituye *per se* una arbitrariedad que se traduce en una vía de hecho que vulnera los derechos fundamentales del tutelante.

1.3. Jurisprudencia invocada

El tutelante señala que como “precedente constitucional obligatorio” aplicable al caso *sub-examine* se encuentra la decisión adoptada en la sentencia T-870 del 29 de agosto de 2005 en el proceso de revisión del fallo proferido por el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera-, dentro del proceso de tutela iniciado por Raúl José Coronel Gil y Griceria del Carmen Robles Castillo contra el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta-. En dicha decisión se reiteró la jurisprudencia constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela contra las sentencias judiciales.

2. Intervención Empresa de Administración Pública Cooperativa de Gestión Territorial del Desarrollo –ECOGESTAR LTDA.-

El Gerente y Representante Legal de la Empresa de Administración Pública Cooperativa de Gestión Territorial del Desarrollo –ECOGESTAR LTDA.-, intervino en sede de tutela como litis consorte con el fin de coadyuvar a las pretensiones formuladas en la demanda de tutela.

Afirma que en el proceso electoral que fue promovido por Carlos Mario Isaza contra el tutelante al cual se acumularon posteriormente otros procesos por la misma causa, no fue citada la Cooperativa ECOGESTAR LTDA., con el fin de que interviniera en sede de tutela como parte interesada y posiblemente afectada en sus derechos fundamentales.

En esos términos, señala que el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta-, el veinticuatro (24) de agosto de 2005 profirió una sentencia cuya parte motiva y resolutive no solamente perjudicó al tutelante sino en igual medida a la Cooperativa ECOGESTAR LTDA., toda vez que a pesar de que ésta no intervino en el proceso y por tanto no pudo hacer ejercicio de su derecho de defensa, los efectos jurídicos de la sentencia de todas formas la cobijaron.

De otra parte, advierte que uno de los presupuestos fácticos que sirvieron de fundamento a la decisión judicial referida, fue inexacto pues no es cierto “... *lo que aparece registrado a folios 44 y 45 (2. Origen del capital de Ecogestar Ltda.), ‘puesto que entidades territoriales como el Municipio de San Antero, el Municipio de San Pelayo y el Departamento de Sucre, sin titulares del 92.785% del capital, en tanto que las personas jurídicas de derecho privado que forman parte de la misma son titulares del restante 7.215%. Tal aseveración no corresponde a la verdad...*”.

Señala que si el hecho antes referido fue relevante como aparentemente lo fue para efectos de modificar la naturaleza jurídica de ECOGESTAR LTDA., el daño que se ocasionó a ésta no pudo ser más grave pues se le consideró como un ente de naturaleza privada y de allí el fundamento para adoptar la decisión judicial en contra de los intereses de la Cooperativa al obligarla a someterse en consecuencia al régimen jurídico que cobija a las entidades públicas.

Aclara que contra la sentencia proferida el veinticuatro (24) de agosto de 2005 por el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta-, no existe un medio de defensa judicial eficaz, toda vez que si bien procede el recurso extraordinario de revisión, éste no alcanza a prevenir y a evitar la ejecución inmediata de los efectos de la aludida sentencia.

Hace énfasis en que “...*La sentencia del 24 de agosto, expedida por la Sección Quinta demandada, acarrea un perjuicio irremediable a la empresa cooperativa ECOGESTAR LTDA., en la medida en que dicha sentencia le modificó arbitrariamente su naturaleza jurídica, a instancias suyas, es decir, sin que fuera llamada al proceso y ejerciera su derecho de defensa a fin de demostrar que no era una entidad pública sino privada (sic)...*”.

En ese orden de ideas, explica que el cambio arbitrario de naturaleza, esto es, por vía de decisión judicial, al que se vio sometida la Cooperativa ECOGESTAR LTDA., implica que ésta debe proceder a realizar una reforma estatutaria que se ajusta a su nueva naturaleza jurídica, además de establecer un nuevo régimen laboral con el fin de señalar que trabajadores son oficiales y cuáles son empleados públicos, implementar el régimen jurídico de responsabilidad estatal, entre muchos otras modificaciones, desconociendo así que la voluntad de los fundadores de la citada Cooperativa no fue la de crear una persona jurídica de derecho público sino una de derecho privado, situación que conllevará probablemente a que éstos decidan su extinción.

Señala además que el perjuicio irremediable causado a ECOGESTAR LTDA., se ve reflejado igualmente en la circunstancia que dicha Cooperativa no tendrá claridad sobre su naturaleza jurídica hasta tanto no se interponga y resuelva el correspondiente recurso de revisión contra la sentencia proferida el veinticuatro (24) de agosto de 2005 por el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta-, y por tanto mientras dicha providencia produzca sus efectos jurídicos normalmente la Cooperativa no podrá tomar las decisiones a que haya lugar en cuanto a sus propias actividades y su existencia misma.

Concluye entonces que los efectos jurídicos de la sentencia aludida vulneraron los derechos fundamentales de la Cooperativa al debido proceso (art. 29 C.P.), a la asociación –como Entidad Solidaria distinta de las entidades públicas y por tanto sujeta al régimen de derecho privado- (art. 285 y s.s. C.P.) y a *la existencia y conservación de la personalidad jurídica* (art. 38 C.P.).

3. Argumentos de la Defensa

3.1. Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta-

La parte accionada, actuando a través de la Honorable Consejera de Estado Dra. María Nohemí Hernández Pinzón intervino dentro del proceso, con el fin de controvertir los argumentos expuestos por el actor en la demanda.

Advierte que la acción de tutela formulada por el tutelante debe ser rechazada por improcedente, toda vez que dicho mecanismo como lo ha señalado de manera reiterada la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado no puede ser utilizado para controvertir decisiones judiciales pues cuando ello ocurre “...*es evidente que el proceso dentro del cual fue proferida la decisión atacada constituye otro medio judicial de defensa que fue agotado por las partes...*”.

Señala que no es cierta la afirmación hecha por el tutelante según la cual por vía de interpretación se creó una inhabilidad, toda vez que los demandantes en el proceso electoral atacaron el acto de elección del tutelante como Gobernador del Departamento de Córdoba para el período 2004-2007, con fundamento en que éste se encontraba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4° del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, toda vez que el año anterior a su elección había intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas.

En esos términos, advierte que el simple hecho que la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la valoración del material probatorio recaudado en el expediente haya concluido que ECOGESTAR LTDA., es una entidad de naturaleza pública “...*no puede ser tomado como la creación de una inhabilidad, pues si se observa con detenimiento, en la hermenéutica desplegada en el fallo cuestionado se hizo*

un examen de adecuación típica, se determinó si por sí sus características esa entidad podía ser catalogada como una entidad pública, hallándose plenamente demostrado que sí lo era (sic)...”.

De otra parte, explica que en lo atinente a la configuración de la inhabilidad en el caso del tutelante, existe una norma expresa, esto es, el parágrafo del artículo 2° de la Ley 80 de 1993 según la cual las administraciones públicas en forma de Cooperativas asumen la calidad de entidades estatales o públicas cuando acuden a la celebración de contratos estatales.

Así mismo, aclara que no es cierto que por vía jurisprudencial se haya cambiado o mutado el carácter privado de una entidad por uno de naturaleza pública, puesto que de una parte, el objeto de la acción electoral se centró en el acto administrativo mediante el cual se declaró la elección del tutelante como Gobernador del Departamento del Cauca y por tanto sobre el análisis de su legalidad, y por otra parte, se debe tener en cuenta que el carácter público o privado de una entidad no lo definen los particulares y mucho menos la voluntad societaria de sus fundadores o gestores, toda vez que dicha naturaleza está reglada expresamente en el ordenamiento jurídico y es allí donde se señala en qué casos una entidad asume el carácter privado y cuando actúa como un ente público.

Aduce que en lo atinente al argumento expuesto por el tutelante, según el cual la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta- del Consejo de Estado adoptó la decisión plasmada en la sentencia del veinticuatro (24) de agosto de 2005 sin la mayoría reglamentaria, éste carece de validez en la medida en que la Sección Quinta del Consejo de Estado está integrada por cuatro (4) Consejeros, de los cuales tres (3) votaron afirmativamente el proyecto, y el Consejero restante salvó su voto, y en consecuencia *“...si uno de quienes votó afirmativamente el proyecto aclaró su voto, ello no puede ser entendido de manera distinta a que aprobó la decisión, así hubiera encontrado razones adicionales para arribar a la misma conclusión...”*.

Por otra parte, explica que no es cierta la afirmación hecha por el tutelante en el sentido que la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta- del Consejo de Estado haya actuado *“de espaldas”* a las disposiciones jurídicas que reconocen el carácter privado de las Cooperativas, pues ello *“... no es más que un manejo acomodado de las normas jurídicas que regulan el régimen del sector cooperativo en Colombia”*, toda vez que si bien es cierto que de conformidad con lo previsto en el artículo 3° de la Ley 79 de 1988 se entiende como acuerdo cooperativo el contrato que se celebra por un número determinado de personas con el objetivo de crear y organizar una persona jurídica de derecho privado denominada cooperativa, ello no significa que la citada Ley les haya dado categoría de cooperativas de derecho privado, pues de ser así no habrían sido de alguna manera exceptuadas en su tratamiento en el artículo 130 ibídem al señalar que *“...serán consideradas como formas asociativas para los efectos de este título y podrán constituirse con un mínimo de cinco entidades”*, y es que el título a que se alude corresponde al Título II *“DEL SECTOR COOPERATIVO”*, cuyas normas allí contenidas

(sic) no reconocen un carácter privado a las administraciones públicas cooperativas, como sí ocurre en el Título I de la misma Ley, donde se consigna el artículo 3º que reconoce carácter privado a las cooperativas... ”.

Finalmente, señala que de conformidad con lo previsto en el artículo 131 de la Ley 79 de 1988, es claro que la aplicación de dicha Ley era apenas subsidiaria y transitoria mientras se expedía el correspondiente Estatuto que regulara lo relativo entre otras, a las administraciones públicas en forma de cooperativas, de forma tal que el Gobierno Nacional precisamente dando cumplimiento a dicha norma transitoria expidió el Decreto 1482 de 1989 en virtud del cual “...dejaron de aplicarse en forma subsidiaria las disposiciones pertinentes de la Ley 79 de 1988, quedando por supuesto cerrada la posibilidad de asignarles un carácter privado a las administraciones públicas cooperativas, sobre todo porque en el Decreto 1482 de 1989 no se les reconoció esa naturaleza privada...”.

Concluye entonces que el fallo proferido por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta- del Consejo de Estado, en ningún momento desconoció la normatividad vigente en lo atinente a las administraciones públicas en forma de Cooperativas, pues la Ley nunca les ha conferido expresamente carácter privado a dichas empresas y prueba de ello es que las ha denominado “*Administraciones Públicas Cooperativas*”, no ocultando así su naturaleza pública pues de no ser así no tendría ningún sentido el nombre que les fue asignado.

4. Decisión judicial objeto de revisión

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado, mediante fallo del veinte (20) de octubre del año dos mil cinco (2005), decidió negar por improcedente el amparo constitucional solicitado.

Advierte que dicha Sección con fundamento precisamente en la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, en particular la sentencia C-543 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo en la que se declararon inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto Ley 2591 de 1991, ha señalado de manera reiterada que la acción de tutela no procede contra providencias judiciales en aplicación de los principios de la intangibilidad de la cosa juzgada y la autonomía de los jueces, salvo en los casos en que se desconozcan “*ritualidades*” que por constituir una garantía del derecho de defensa convierten la decisión adoptada en una vía de hecho.

Explica que la posición jurisprudencial referida fue desarrollada por la misma Sección, en sentencia del 9 de julio de 2004 proferida dentro de la acción de tutela radicada bajo el número 2004-00308 –Actora: Inés Velásquez de Velásquez, M. P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta)-, con fundamento además en el pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado dentro del proceso de pérdida de investidura del señor Edgar José Perea Arias en sentencia del 29 de junio de

2004 –Exp. No. AC-102031, M. P. Nicolás Pájaro Peñaranda- en la que se reiteró que la acción de tutela es improcedente contra providencias judiciales que pongan fin a un proceso o actuación.

Concluye entonces que en el caso de la acción de tutela promovida por el tutelante “... Como quiera que se trata de un asunto similar, pues lo que se controvierte en el sub lite es una providencia judicial, cual es la sentencia de 24 de agosto de 2005 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado dentro del proceso electoral radicado bajo el núm. 2004-00010, 2004-00011 y 2004-00013, promovido por los señores Carlos Mario Isaza Serrano, Carlos Alfonso Valera Pérez y Rodrigo Molina Cardozo, a través de la cual se decretó la nulidad de la elección como Gobernador del Departamento de Córdoba para el período 2004-2007...” y en ese sentido, se pretende que ésta no produzca efectos jurídicos, se deben reiterar las consideraciones y fundamentos expuestos en los antecedentes jurisprudenciales citados, de acuerdo con los cuales la acción de tutela es improcedente frente a decisiones judiciales adoptadas conforme a derecho.

5. Actividad Probatoria

5.1. Pruebas documentales aportadas por el demandante con el escrito de tutela:

a. Copia del Salvamento de Voto del Honorable Consejero de Estado Dr. Reinaldo Chavarro a la sentencia del veinticuatro (24) de agosto de 2005 mediante la cual se declaró nulo el acto de elección del tutelante como Gobernador del Departamento de Córdoba para el período 2004-2007. (Folios 12 a 19 del Expediente).

b. Copia de la aclaración de Voto del Honorable Consejero de Estado Dr. Darío Quiñones Pinilla a la sentencia del veinticuatro (24) de agosto de 2005 mediante la cual se declaró nulo el acto de elección del tutelante como Gobernador del Departamento de Córdoba para el período 2004-2007. (Folios 20 a 27 del Expediente).

c. Copia del Certificado de Existencia y Representación Legal de la Cooperativa ECOGESTAR LTDA., expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá –Sede Norte-. (Folios 28 a 33 del Expediente).

d. Copia de los Contratos celebrados entre ECOGESTAR LTDA. y la Sociedad LOPECA LTDA. (Folios 34 a 40 del Expediente).

e. Copia de la Sentencia del veinticuatro (24) de agosto de 2005 proferida por el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta-, mediante la cual se declaró nulo el acto de elección del tutelante como Gobernador del Departamento de Córdoba para el período 2004-2007. (Folios 41 a 95 del Expediente).

5.2. Pruebas documentales aportadas por ECOGESTAR LTDA.-:

- a. Certificado de Existencia y Representación Legal de la Cooperativa ECOGESTAR LTDA expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá –Sede Norte-. (Folios 107 a 109 del Expediente).
- b. Copia de las certificaciones de los Balances y Cambio de Patrimonio correspondientes a los años 2000 a 2005. (Folios 110 a 114 del Expediente).
- c. Copia del Acta de Reunión del Consejo de Administración de la Empresa de Administración Pública Cooperativo de Gestión Territorial del Desarrollo –ECOGESTAR LTDA.-, celebrada del 3 de marzo de 2003. (Folios 115 a 118 del Expediente).
- d. Copia del Acta No. 7 de la Asamblea General Ordinaria de Asociados de la Empresa de Administración Pública Cooperativo de Gestión Territorial del Desarrollo –ECOGESTAR LTDA.-, celebrada del 28 de marzo de 2003. (Folios 120 a 130 del Expediente).

5.3. Pruebas decretadas por el Juez de Instancia.

Mediante Auto de septiembre 20 de 2005 (folio 98 del expediente), el Juez de Instancia ordenó se allegara copia de los documentos obrantes en el proceso de nulidad electoral (en el proceso de tutela forma el cuaderno N° 3 con 339 folios), entre los cuales se destacan:

- a. Copia del Certificado de Cámara de Comercio de la Sociedad LOPECA LTDA. (folios 49 52).
- b. Copia de los Contratos celebrados entre ECOGESTAR LTDA. y LOPECA LTDA. objeto de esta acción (folios 53 a 61).
- c. Copia de las demandas de nulidad electoral (folios 62 92).
- d. Copia de los Convenios Interadministrativos celebrados entre ECOGESTAR LTDA. y diferentes entidades territoriales (folios 107 a 159).
- e. Copia del Fallo de agosto 24 de 2005, por medio de la cual la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró la nulidad de la elección del señor Libardo José López C. (folios 261 a 315)

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseñada, con base en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 (arts. 33 al 36), así como en el Auto de fecha nueve

(9) de diciembre de 2005 proferido por la Sala de Selección Número Doce (12) de esta Corporación.

2. Materia sometida a revisión

El actor instauró acción de tutela contra la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo, del H. Consejo de Estado, para que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 C.P.), al “*ejercicio de funciones públicas*” y el “*poder político de elección popular*” (art. 40 C.P.) y se garantice el respeto del principio de la buena fe (art. 83 C.P.). Concretamente solicitó que se dejara sin efectos jurídicos la sentencia proferida por el ente accionado en única instancia el veinticuatro (24) de agosto de 2005 mediante la cual se declaró nulo el acto de su elección como Gobernador del Departamento de Córdoba para el período 2004-2007, y se ordenara proferir un nuevo pronunciamiento judicial ajustado a derecho.

El actor invocó la supuesta configuración en el presente caso de una vía de hecho por haberse incurrido -en su criterio- en dicha sentencia en i) un defecto *orgánico* -en tanto afirma que por vía de interpretación se creó judicialmente una inhabilidad no prevista en la ley y por cuanto la sentencia que decretó la nulidad no tuvo la mayoría requerida para ser aprobada; ii) un defecto *fáctico* en cuanto se le dio la naturaleza de entidad pública a la Cooperativa ECOGESTAR LTDA., sin considerar la prueba de su naturaleza privada según el Registro de la Cámara de Comercio; iii) un defecto *sustantivo* pues a su juicio se desconoció el artículo 230 superior que ordena a los jueces someterse al imperio de la Ley para fundar sus decisiones, ya que en el presente caso la autoridad judicial no se acogió a las normas vigentes que determinan la naturaleza jurídica de las administraciones públicas en forma de Cooperativas -Decreto 1482 de 1989- como personas jurídicas de derecho privado, sino que adoptó su decisión con fundamento en la doctrina y la jurisprudencia -criterios auxiliares- para establecer su nueva naturaleza jurídica como entes públicos.

El juez de instancia -en este caso la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado- decidió negar por improcedente el amparo constitucional solicitado, para lo cual señaló que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esa Corporación la acción de tutela no procede contra providencias judiciales en firme.

Corresponde entonces a la Sala examinar si asistió o no razón al juez de instancia cuando negó por improcedente el amparo constitucional solicitado por el actor y concretamente si en el presente caso se configuró o no una vía de hecho judicial como éste lo pretende.

3. Consideraciones preliminares

Previamente la Sala considera necesario efectuar las siguientes precisiones en torno a i) el carácter excepcional de la intervención del juez de tutela en las decisiones judiciales y los presupuestos establecidos por la jurisprudencia

para que pueda afirmarse que se ha incurrido en una vía de hecho; **ii)** el debido proceso en materia sancionatoria, el respeto del principio de legalidad en materia de inhabilidades y la aplicabilidad del principio *pro homine*, y **iii)** el alcance de la inhabilidad señalada en el numeral 4 del artículo 30 de la ley 617 de 2000.

El desarrollo de los anteriores temas resulta pertinente para el examen que corresponde efectuar a la Sala de decisión en el presente caso.

3.1 El carácter excepcional de la intervención del juez de tutela en las decisiones judiciales y los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para que pueda afirmarse que se ha incurrido en una vía de hecho.

Esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha considerado que, en principio, contra las decisiones judiciales no procede la acción de tutela y que de éstas se predica su obligatoriedad incondicional, como quiera que cuando el órgano judicial aplica la voluntad abstracta de la ley a un caso concreto se supone que lo hace con sujeción estricta a la Constitución Política, porque a los jueces y a los tribunales les compete acatar la Carta, y lograr su aplicación en los hechos, las relaciones sociales y las acciones de los poderes públicos¹.

Desde esta perspectiva, la protección constitucional por vía de tutela frente a decisiones judiciales solo resulta posible cuando la actuación de la autoridad judicial se ha dado en abierta contra vía de los valores, principios y demás garantías constitucionales y con el objetivo básico de recobrar la plena vigencia del orden jurídico quebrantado y la restitución a los titulares en el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales afectados.

Respecto de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales en firme, vale recordar que mediante sentencia C-543 de 1992² esta Corte declaró inexecutable los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, normas éstas que regulaban su ejercicio contra sentencias judiciales, por considerar que desconocían las reglas de competencia fijadas por la Constitución Política y afectaban el principio de seguridad jurídica³, al tiempo que dispuso que “(...) *nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo*”

¹ Ver, entre otras, la sentencia C-739 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

² M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

³ Sobre el particular la sentencia citada señaló que “(...) *nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como éstas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.*”

que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable (..)”.

Ahora bien, en decisión reciente, esta Corporación, al resolver sobre la conformidad con la Carta Política de una disposición que limitaba la protección de los derechos fundamentales de los asociados en el ámbito del recurso de casación⁴, reiteró la jurisprudencia de esta Corte en materia de procedencia de la acción de tutela cualquiera fuere la autoridad que vulnere o amenace los derechos fundamentales, a la vez que recordó que la doctrina constitucional en la materia *“no sólo se encuentra respaldada en el artículo 86 de la Carta sino también en los artículos 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos incorporados a la Constitución por vía del artículo 93 de la Carta⁵”*, en cuanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos obliga a los Estados partes de la comunidad internacional a establecer un recurso sencillo, efectivo y breve de protección cierta de los derechos fundamentales de los asociados siempre que se los amenace o desconozca.

Se refirió esta Corte, en la sentencia de constitucionalidad en comento, a los distintos cuestionamientos que se formulan contra la acción de tutela contra decisiones judiciales en firme y pudo concluir i) que no es de recibo argumentar que en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente se resolvió restringir la protección constitucional al ámbito de las actuaciones administrativas, porque esta propuesta, luego de haber sido debatida *“resultó amplia y expresamente derrotada por la mayoría con el argumento, claramente expuesto en el debate, según el cual impedir la tutela contra decisiones judiciales podría crear un ámbito de impunidad constitucional y reduciría la eficacia de los derechos fundamentales a su simple consagración escrita⁶”*; y ii) que no es dable admitir que la acción de tutela contraría la naturaleza de la protección de los derechos fundamentales, en cuanto desconoce las decisiones de las autoridades judiciales instituidas para protegerlos, *“porque la doctrina constitucional comparada parece coincidir de manera unánime en que la tutela -amparo o acción de constitucionalidad- contra las sentencias es un corolario lógico del modelo de control mixto de constitucionalidad (..) necesario para garantizar, simultáneamente, la*

⁴ Sentencia C-590 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño. En esta oportunidad esta Corte declaró inexecutable la expresión *“ni acción”*, contenida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, como quiera que *“la acción de tutela procede contra decisiones judiciales en los casos en que esta Corporación ha establecido y con cumplimiento de los presupuestos generales y específicos ya indicados”*.

⁵ Al respecto Cfr entre otros, los autos 220A/02, 149A/03, 010/04 y la sentencia SU-1158/03.

⁶ En este aparte se hace referencia a la propuesta sustitutiva presentada por los honorables constituyentes Hernando Yepes Arcila, Rodrigo Llorente Martínez, Carlos Rodado Noriega, Mariano Ospina Hernández y MaríaTeresa Garcés Lloreda. Gaceta Constitucional No. 142 p.182 en la cual se propone restringir el ámbito de aplicación de la tutela y los debates consecuentes hasta la votación definitiva del texto del hoy artículo 86 de la Constitución. Dicha propuesta fue votada y negada por la Asamblea.

primacía de la Constitución y de los derechos fundamentales”. Indica la decisión:

“Los desacuerdos en la doctrina y la jurisprudencia más especializada se producen más bien en torno al alcance de esta figura y al tipo y grado de eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito judicial. No obstante, a estas alturas de la evolución de la doctrina constitucional, parece que nadie niega la importancia de que exista un último control de constitucionalidad de aquellas sentencias que hubieren podido vulnerar los derechos fundamentales de las partes y, en particular, el derecho de acceso a la administración de justicia.

No puede perderse de vista que la más importante transformación del derecho constitucional en la segunda mitad del siglo XX fue la consagración de la Constitución como una verdadera norma jurídica. En otras palabras, en el nuevo Estado constitucional, las constituciones -y en particular los derechos fundamentales- dejaron de ser normas formalmente prevalentes pero jurídicamente irrelevantes para convertirse en las normas jurídicas de mayor eficacia o poder vinculante dentro del ordenamiento. Para lograr esta transformación, los distintos sistemas jurídicos incorporaron al texto constitucional poderosos sistemas de garantía tendientes a asegurar la sujeción de todos los órganos del Estado a las disposiciones constitucionales y, muy en particular, a los derechos fundamentales.

En este novedoso y potente sistema de protección de la Constitución, la tutela contra sentencias juega un papel fundamental: el control de constitucionalidad de las sentencias sirve para desplegar con fuerza la eficacia normativa de los derechos fundamentales en todos los ámbitos de aplicación del derecho. En otras palabras, de lo que se trata es de asegurar el llamado “efecto irradiación” de los derechos fundamentales en jurisdicciones acostumbradas a seguir fielmente los mandatos del derecho legislado sin atender a las normas constitucionales que podrían resultar relevantes para resolver la respectiva cuestión.

Entonces, la acción de tutela -o el llamado recurso de amparo o recurso de constitucionalidad- contra sentencias constituye uno de los ejes centrales de todo el sistema de garantía de los derechos fundamentales. Este instrumento se convierte no sólo en la última garantía de los derechos fundamentales, cuando quiera que ellos han sido vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad judicial, sino que sirve como instrumento para introducir la perspectiva de los derechos fundamentales a juicios tradicionalmente tramitados y definidos, exclusivamente, desde la perspectiva del derecho legislado. En otras palabras, la tutela contra sentencias es el mecanismo máspreciado para actualizar el derecho y nutrirlo de los valores, principios y derechos del Estado social y democrático de derecho.”

También destacó la Corte, en la oportunidad a que se hace referencia, la acción de tutela como mecanismo de unificación de la jurisprudencia constitucional, diseñado por el constituyente con el propósito de que un órgano único determine el alcance de los derechos fundamentales asegurando de esta manera unidad y seguridad en la aplicación e interpretación *“del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales por parte de todos los jueces de la República -con independencia de la causa que se encuentren juzgando-”*.

Ahora bien no sobra recordar que la protección constitucional por vía de tutela frente a decisiones judiciales solo resulta posible cuando la actuación de la autoridad judicial se ha dado en abierta contrariedad con los valores, principios y demás garantías constitucionales y con el objetivo básico de recobrar la plena vigencia del orden jurídico quebrantado y la restitución a los titulares en el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales afectados.

En ese orden de ideas, considerando que esta posibilidad tiene un alcance excepcional y restrictivo, la Corte Constitucional ha venido construyendo a partir de la Sentencia C-543 de 1992 una nutrida doctrina en torno al catálogo de requisitos que se deben cumplir para que ésta resulte procedente; doctrina cuyos primeros desarrollos aparecen contenidos en las Sentencias T-079 de 1993 y T-231 de 1994 y que luego se ha enriquecido en múltiples decisiones posteriores.

Según la doctrina constitucional⁷, para que pueda proceder una tutela contra una sentencia judicial resulta necesario que se cumplan a cabalidad todos y cada uno de los siguientes requisitos de procedibilidad: (1) La cuestión que se pretende discutir a través de la acción de tutela debe ser una cuestión de evidente relevancia constitucional. (2) Sólo procede si han sido agotados todos los mecanismos ordinarios de defensa judicial salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable. (3) La acción no procede cuando el actor ha dejado de acudir a los medios ordinarios de defensa judicial. (4) La tutela sólo procede cuando la presunta violación del derecho fundamental en el proceso judicial tiene un efecto directo y determinante en la decisión de fondo adoptada por el juez. (5) En la tutela contra sentencias corresponde al actor identificar con claridad la acción u omisión judicial que pudo dar lugar a la vulneración, así como el derecho vulnerado y las razones de la violación. (6) El juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. (7) La tutela contra una decisión judicial debe interponerse ante el superior funcional del juez que profirió la decisión impugnada. Si se dirige contra la Fiscalía General de la Nación, se repartirá al superior funcional del Juez al que esté adscrito el Fiscal. Lo accionado contra la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, será repartido a la misma corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, Sección o Subsección que corresponda. (8) No procede la acción

⁷ Ver entre muchas otras las sentencia T-336 de 2004 M.P. Dra Clara Inés Vargas Hernández, SU-189 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil y SU-901/05 M.P. Jaime Córdoba Triviño

de tutela contra sentencias de tutela. (9) La acción de tutela contra sentencias solo procede en los casos en que se pueda calificar la actuación del juez como una vía de hecho. 10) Que la vía de hecho sea alegada por el actor dentro de un término razonable al de su ocurrencia.

La sistematización de los criterios o causales a partir de los cuales es posible justificar el advenimiento de una tutela contra una decisión judicial, ha generado que la Corte advierta dentro de ellos la obligación del operador de respetar los precedentes y de guardar respeto y armonía entre su discrecionalidad interpretativa y los derechos fundamentales previstos en la Constitución⁸. En este punto es necesario prevenir que la Corporación ha definido e identificado dentro del ejercicio jurisdiccional, la obligación de argumentar suficientemente cada una de sus decisiones y también de ponderar con claridad los derechos fundamentales que se encuentren en disputa. El principio de eficacia de los derechos fundamentales y el valor normativo de la Constitución obligan al juez a acatar, emplear e interpretar explícitamente las normas legales aplicables a un caso concreto, pero también a justificar y ponderar las pugnas que se llegaren a presentar frente a la Carta Política⁹ y los derechos fundamentales¹⁰.

Pues bien, conforme a los anteriores presupuestos y como recapitulación de las diferentes decisiones adoptadas, la Corte ha identificado y congregado a los *criterios* en seis apartados que ha definido de la siguiente manera¹¹:

- i) *Defecto sustantivo, orgánico o procedimental: La acción de tutela procede, cuando puede probarse que una decisión judicial desconoce normas de rango legal, ya sea por aplicación indebida, error grave en su interpretación, desconocimiento de sentencias con efectos erga omnes, o cuando se actúa por fuera del procedimiento establecido*¹².
- ii) *Defecto fáctico: Cuando en el curso de un proceso se omite la práctica o decreto de pruebas o estas no son valoradas*

⁸ Sentencia T-1031 de 2001, argumento jurídico número 6.

⁹ Al respecto, en la sentencia T-461 de 2003, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett, Sala Séptima de Revisión, en un caso en el que se estudió la tutela contra la pérdida de investidura del señor Jose Jattin Safar, la Corte estimó lo siguiente: “(...) resulta claro que la tutela contra providencias judiciales no procede por incurrir el funcionario en vía de hecho (en el sentido administrativo del concepto), sino por violación de la Constitución. En sentencia T-441 de 2003 la Corte recogió y sistematizó estos argumentos fijando parámetros para la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, que respondieran a claros criterios constitucionales. Así, se indicó que la tutela procede contra decisiones judiciales cuando se presenta violación directa o indirecta de la Constitución. Es decir, frente a providencias judiciales inconstitucionales.(...)”.

¹⁰ Sobre el papel actual que juega el juez en un Estado Social de Derecho véanse las sentencias C-037 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-366 de 2000 y SU-846 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹¹ Véanse entre otras, sentencias T-441 de 2003, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett; T-200 y T-684 de 2004 y T-658 y T-939 de 2005 M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

¹² Sobre defecto sustantivo pueden consultarse las sentencias T-260/99, T-814/99, T-784/00, T-1334/01, SU.159/02, T-405/02, T-408/02, T-546/02, T-868/02, T-901/02, entre otras.

- debidamente, con lo cual variaría drásticamente el sentido del fallo proferido*¹³.
- iii) *Error inducido o por consecuencia: En la cual, si bien el defecto no es atribuible al funcionario judicial, este actuó equivocadamente como consecuencia de la actividad inconstitucional de un órgano estatal generalmente vinculado a la estructura de la administración de justicia*¹⁴.
 - iv) *Decisión sin motivación: Cuando la autoridad judicial profiere su decisión sin sustento argumentativo o los motivos para dictar la sentencia no son relevantes en el caso concreto, de suerte que puede predicarse que la decisión no tiene fundamentos jurídicos o fácticos*¹⁵.
 - v) *Desconocimiento del precedente: En aquellos casos en los cuales la autoridad judicial se aparta de los precedentes jurisprudenciales, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, de forma tal que la decisión tomada variaría, si hubiera atendido a la jurisprudencia*¹⁶.
 - vi) *Vulneración directa de la Constitución: Cuando una decisión judicial desconoce el contenido de los derechos fundamentales de alguna de las partes, realiza interpretaciones inconstitucionales o no utiliza la excepción de inconstitucionalidad ante vulneraciones protuberantes de la Carta, siempre y cuando haya sido presentada solicitud expresa al respecto*¹⁷.

3.2. El debido proceso en materia sancionatoria, el respeto del principio de legalidad en materia de inhabilidades y la aplicación del principio *pro homine*.

3.2.1. El debido proceso aplicable a todos los procedimientos administrativos y judiciales conforme al artículo 29 de nuestra Constitución, tiene también amplia y generosa consagración internacional. Por ejemplo, en los artículos 8 y 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos –Pacto de San José– se indican los principales supuestos que comportan las *garantías judiciales* a manera de *condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo*

¹³ Sobre defecto fáctico, pueden consultarse las siguientes sentencias: T-260/99, T-488/99, T-814/99, T-408/02, T-550/02, T-054/03

¹⁴ Al respecto, las sentencias SU-014/01, T-407/01, T-759/01, T-1180/01, T-349/02, T-852/02, T-705/02

¹⁵ Sobre defecto sustantivo, pueden consultarse las sentencias: T-260/99, T-814/99, T-784/00, T-1334/01, SU.159/02, T-405/02, T-408/02, T-546/02, T-868/02, T-901/02

¹⁶ En la sentencia T – 123 de 1995, esta Corporación señaló: *"Es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art.13). A través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la Constitución"*. Sobre este tema, también la sentencia T – 949 de 2003.

¹⁷ Sentencias T – 522 de 2001 y T – 462 de 2003.

*consideración judicial*¹⁸. Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 14 y 15) reitera este conjunto de pautas protectoras de donde sobresale el principio de legalidad de la pena¹⁹.

Pues bien, la Carta Política colombiana establece en el artículo 29 que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y que, *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”*. Esta norma, como se puede observar, comporta la exigencia para el legislador de: (i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas, (ii) señalar anticipadamente las respectivas sanciones, así como (iii) la determinación de las autoridades competentes y (iv) el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo ello en aras de garantizar un debido proceso. Y, a los operadores judiciales y administrativos juzgar conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, y observar la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En torno a cada uno de los aspectos enunciados, la jurisprudencia ha precisado el entendimiento que en el ordenamiento jurídico colombiano debe darse al artículo 29 constitucional²⁰, haciendo énfasis -entre otros temas- a los principios de reserva legal, tipicidad o taxatividad de las sanciones²¹ y favorabilidad en la aplicación de la ley sancionadora²². Sobre este asunto ha dicho particularmente la Corte lo siguiente:

“Como ya lo ha determinado la Corte Constitucional, el principio de legalidad es inherente al Estado Social de Derecho, representa una de las conquistas del constitucionalismo democrático, protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial, asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal y actúa regulando el poder sancionatorio del Estado a través de la imposición de límites “al ejercicio de dicha potestad punitiva”²³. Así, ha señalado que en virtud de este principio las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa ”²⁴ (Negrilla fuera de texto original).

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87, *“Garantías judiciales en estados de emergencia”*, párrs. 27-28. En la última de las disposiciones citadas se definen los principios de legalidad y retroactividad como presupuestos esenciales del poder punitivo del Estado.

¹⁹ El numeral 1 del artículo 15 dice: *“1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”*.

²⁰ Ver, entre otras, las sentencias C-127 de 1993, C-344 de 1996 y C-559 de 1999.

²¹ Ver la Sentencia C-1080/02 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

²² Cfr. sentencia T-1087 de 2005, citada.

²³ Ver entre otras sentencias la C-710 de 2001 y la C-099 de 2003.

²⁴ Ver la Sentencia C-597 de 1996.

“Cabe recordar entonces, que el principio de legalidad está integrado a su vez por el principio de reserva legal y por el principio de tipicidad, que por supuesto guardan entre sí una estrecha relación. Por lo tanto, sólo el legislador está constitucionalmente autorizado para consagrar conductas infractoras de carácter delictivo, contravencional o correccional, establecer penas restrictivas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario, y fijar los procedimientos penales o administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición. De acuerdo con el segundo, el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible, de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho, la omisión o la prohibición que da lugar a sanción de carácter penal o disciplinario. Igualmente, debe predeterminedar la sanción indicando todos aquellos aspectos relativos a ella, esto es, la clase, el término, la cuantía, o el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición”²⁵,²⁶.

Conforme a lo anterior podemos deducir que para poder aplicar sanciones legítimas por parte del Estado²⁷, y como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, deben respetarse las garantías fundamentales del debido proceso, destinadas a *“proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal”*²⁸.

Una de estas garantías, a saber la legalidad y tipicidad de la infracción y la sanción, constituye –además– una de las pautas básicas de cualquier tipo de responsabilidad. Al respecto basta con recordar lo que el principio fundamental previsto en el artículo 6° de la Constitución Política ordena: *“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”*.

Así mismo, cabe precisar que la Corte ha hecho particular énfasis en que en el Estado de Derecho el principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder. Al respecto ha dicho esta Corporación: *“no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley”*²⁹. Esta premisa, sin duda, es el principal fundamento de la función

²⁵ Ver la Sentencia C-921 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentarías.

²⁶ Sentencia C-406/04 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁷ Al respecto debe recordarse que dichos principios se aplican de manera general en el derecho sancionador. Ver Sentencia C-708/99, MP. Alvaro Tafur Galvis.

²⁸ Ver Sentencia C-653/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁹ Ver Sentencia C-710/01 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Al respecto, no sobra recordar que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 15-1, como la Convención Americana de Derechos Humanos en los artículos 8 y 9, se refieren en forma particular y explícita al respeto del principio de legalidad.

pública en cualquiera de sus manifestaciones y, por supuesto, constituye referente básico al ejercicio del poder judicial. Por ejemplo, en lo que tiene que ver con la razonabilidad de las interpretaciones normativas realizadas por los jueces, esta Corporación ha establecido que ella depende de (i) su compatibilidad con la Constitución, lo que implica descartar resultados que sean contrarios a la Carta, y (ii) su convivencia con los principios propios aplicables a las diferentes ramas del derecho³⁰. Sobre el particular, en la sentencia T-1031 de 2001 se explicó:

“Así las cosas, resulta evidente que la labor de los jueces al interpretar el derecho para aplicarlo al caso concreto, si bien supone que sea realizada de manera autónoma, no puede convertirse en patente de corzo para aplicar cualquier interpretación posible. El sistema jurídico, en sus distintos niveles, impone restricciones a las interpretaciones posibles, de suerte que resulta relativamente sencillo distinguir entre las correctas y aquellas que no satisfacen dicho requerimiento.

(...)

“En estas condiciones, no puede sostenerse que la autonomía judicial equivalga a libertad absoluta de los jueces para interpretar el derecho. Por el contrario, de la Constitución surgen tres restricciones igualmente fuertes: el respeto por la corrección dentro del sistema jurídico y la realización de los principios, derechos y deberes constitucionales; la jurisprudencia de unificación dictada por las altas Cortes y la jurisprudencia de la Corte Constitucional^(...).

(...)

“10. De conformidad con el principio de ponderación, las decisiones restrictivas de los derechos de los asociados han de responder a razones objetivas. Este principio rige igualmente en materia de interpretación judicial”³¹.

Así las cosas, el principio de legalidad es connatural a cualquier tipo de responsabilidad y un parámetro esencial del debido proceso judicial.

3.2.2. Conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación es necesario indicar que el régimen jurídico aplicable a los servidores públicos se encuentra definido en la Constitución y la Ley. Al legislador, de acuerdo a la Carta Política, en aquellas materias que no exista previsión constitucional, es a quien compete establecer las obligaciones, condiciones de ejercicio y sanciones que les son aplicables (arts. 6, 122, 123, 124, 150-23 C.P.)³², sin que los operadores jurídicos puedan crearlas, máxime cuando la interpretación para estos eventos es restrictiva.

³⁰ Sala Séptima de Revisión, sentencia T-1086 de 2003, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

³¹ Sala Séptima de Revisión, sentencia T-1031 de 2001, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

³² Ver entre otras las sentencias C-708/99, C-233/02 y C-1080/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis, y C-406/04 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Cabe recordar que en el sistema jurídico colombiano la responsabilidad del servidor público tiene diferentes manifestaciones que se derivan de la necesidad de proteger de manera específica diversos bienes jurídicos. Así, ha de tomarse en cuenta que el universo del derecho sancionador no se limita al derecho disciplinario y al derecho penal a los que generalmente se hace referencia. Mas bien, como lo ha señalado la jurisprudencia³³, este derecho comprende un sistema complejo de situaciones que recubre diferentes ámbitos con características específicas, pero siempre sometido a unos principios de configuración claros, destinados a proteger las garantías constitucionales ligadas al debido proceso.

Por regla general, los principios comunes a todos los procedimientos que evidencian el ius puniendi del Estado (legalidad, tipicidad, prescripción, culpabilidad, proporcionalidad, non bis in idem) resultan aplicables a los diferentes procedimientos sancionatorios –penal, disciplinario, fiscal, civil, administrativo no disciplinario- que establezca el legislador para proteger los diversos bienes jurídicos ligados al cumplimiento de los fines del Estado y el ejercicio de las funciones públicas³⁴. Sin embargo, la Corte ha precisado que debido a las particularidades de cada uno de los regímenes sancionatorios, que difieren entre sí por las consecuencias derivadas en su aplicación y por los efectos sobre los asociados, dichos principios adquieren matices dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate, siendo en todo caso dentro del escenario penal en donde estos presupuestos resultan más estrictos³⁵. Sobre este tema, la sentencia C-597 de 1996³⁶ indicó:

“Ahora bien, lo anterior no significa que los principios del derecho penal se aplican exactamente de la misma forma en todos los ámbitos en donde se manifiesta el poder sancionador del Estado, ya que entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial -como los servidores públicos- o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal”.

³³ Ver la Sentencia C-827/01 M.P. Alvaro Tafur Galvis. Así mismo ver la Sentencia 51 de la Corte Suprema de Justicia, del 14 de abril de 1983, MP Manuel Gaona Cruz, citada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-214 de 1994, MP Antonio Barrera Carbonell.

³⁴ Ver al respecto la sentencia C-233/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³⁵ Ver Sentencia C-406/04 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

³⁶ M.P.: Alejandro Martínez Caballero. En esta sentencia se declararon exequibles algunas facultades sancionatorias de la administración dispuestas en algunas normas tributarias (Ley 6 de 1992).

Los matices que aplican a los diferentes regímenes sancionatorios tienen como principal referente el bien jurídico que se pretende tutelar con el correctivo. Así, por ejemplo, a través de las garantías del sistema penal, que como se dijo gozan de los más estrictos requerimientos, se resguarda la libertad personal como prototipo de la sanción más drástica que puede aplicar el Estado a uno de sus asociados. Al respecto la Corte explicó:

“La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías - quedando a salvo su núcleo esencial - en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido”³⁷.

3.2.3. Ahora bien, uno de los instrumentos legales previstos para sancionar una situación irregular en la que puede incurrir un cierto tipo de funcionarios públicos que están inhabilitados para ocupar un cargo de elección popular, es el proceso de nulidad electoral. Como tal, este procedimiento goza de todas las garantías del debido proceso sancionador, bajo las especificidades que le son propias de acuerdo a su naturaleza y finalidad.

Cabe recordar, que en los procesos electorales se limitan o reducen algunos derechos fundamentales previstos en la Constitución como el de *elegir o ser elegido*, respecto de los cuales la doctrina extranjera y la jurisprudencia nacional han proferido importantes pronunciamientos. Para el efecto, basta con recordar que el artículo 40 numerales 1, 2 y 7 en concordancia con el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁸, incluyen este derecho como categoría básica del ejercicio de la ciudadanía, el cual no puede ser sometido a *restricciones indebidas*³⁹. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁴⁰ en la Observación General número 25 indicó, que el derecho a elegir y ser elegido puede ser objeto de limitación siempre y cuando se cumpla con parámetros de legalidad, objetividad, razonabilidad y proporcionalidad. Expresamente dijo:

³⁷ Sala Tercera de Revisión, sentencia T-145 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁸ Aprobado mediante Ley 74 de 1968.

³⁹ Dice la disposición en cuestión: “*Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:*

a) *Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;*

b) *Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;*

c) *Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.*

⁴⁰ Creado conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículos 28 y siguientes.

“4. Cualesquiera condiciones que se impongan al ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25 deberán basarse en criterios objetivos y razonables. Por ejemplo, puede ser razonable exigir que, a fin de ser elegido o nombrado para determinados cargos, se tenga más edad que para ejercer el derecho de voto, que deben poder ejercerlo todos los ciudadanos adultos. El ejercicio de estos derechos por los ciudadanos no puede suspenderse ni negarse, salvo por los motivos previstos en la legislación y que sean razonables y objetivos. Por ejemplo, la incapacidad mental verificada puede ser motivo para negar a una persona el derecho a votar o a ocupar un cargo público.

(...)

“16. Las condiciones relacionadas con la fecha, el pago de derechos o la realización de un depósito para la presentación de candidaturas deberán ser razonables y no tener carácter discriminatorio. Si hay motivos razonables para considerar que ciertos cargos electivos son incompatibles con determinados puestos [por ejemplo, los de judicatura, los militares de alta graduación y los funcionarios públicos], las medidas que se adopten para evitar todo conflicto de interés no deberán limitar indebidamente los derechos amparados por el apartado b). Las razones para la destitución de los titulares de cargos electivos deberán preverse en disposiciones legales basadas en criterios objetivos y razonables y que comporten procedimientos justos y equitativos⁴¹” (Negrilla fuera de texto original).

Por su parte, esta Corporación ha considerado en abundante jurisprudencia sobre la importancia de estos derechos en la medida que se involucran directamente con la estabilidad y realización del régimen democrático. En la sentencia C-142 de 2001 la Corte señaló:

“5. El voto constituye, sin lugar a dudas, uno de los elementos centrales de la democracia. No podría comprenderse la democracia sin la existencia de elecciones, en las cuales se eligen los gobernantes a través del voto de los ciudadanos. El ejercicio del voto constituye una manifestación de la libertad individual, en la medida en que la persona selecciona el candidato de su preferencia. Así mismo, constituye base de la legitimidad del sistema. Desde el punto de vista del voto como derecho y manifestación de la libertad individual, la Corte ha señalado que se trata de un derecho complejo, que comporta la elección individual y supone la existencia de una organización prestadora. Además tiene una función organizacional, lo cual no le resta su carácter de derecho fundamental, de aplicación inmediata...

⁴².

⁴¹ Observación formulada con respecto a: “El derecho a participar en los asuntos públicos, derecho a votar y derecho al acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas”, párrs. 1 y 25.

⁴² M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Adicionalmente la Corte ha establecido los elementos que componen el núcleo esencial del derecho a elegir, siendo uno de ellos la posibilidad de escoger y elegir libremente el candidato que satisface los requerimientos individuales del elector. En la sentencia T-324 de 1994⁴³ la Sala Tercera de Revisión estableció lo siguiente:

“5.3 De acuerdo con lo dicho, el núcleo esencial del derecho al sufragio comprende tres elementos. El primero de ellos hace alusión a la libertad política de escoger un candidato. El segundo se refiere al derecho que tienen los ciudadanos a obtener del Estado los medios logísticos e informativos para que la elección pueda llevarse a término de manera adecuada y libre. Finalmente, el tercer elemento hace relación al aspecto deontológico del derecho, esto es, al deber ciudadano de contribuir con su voto a la configuración democrática y pluralista de las instituciones estatales”.

3.2.4. En armonía con lo anterior, y dado que el derecho a “*participar en la conformación, ejercicio y control del poder político*”, específicamente el de elegir y ser elegido que consagra el artículo 40 de la Constitución Política y el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁴, obliga a los operadores jurídicos a que en toda interpretación que se haga referente al ejercicio de este derecho se aplique el principio *pro homine*⁴⁵, es decir, aquella que signifique la menor restricción del mismo.

El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, *estar siempre a favor del hombre*.

⁴³ M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 25: “*Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: (...) b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores*”.

⁴⁵ El principio Pro Homine está reconocido en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece: “*1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado*”.

Esta Corporación en varias oportunidades⁴⁶ se ha pronunciado sobre la aplicabilidad de este principio en materia de interpretación de los derechos fundamentales y los derechos humanos. Así por ejemplo en la Sentencia C-1056 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, se señaló:

*“De otra parte es necesario tener en cuenta además que de acuerdo con el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁷, siempre habrá de preferirse la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos a que aluden los tratados de derechos humanos⁴⁸ conocida también como **principio pro homine**, que tanto la jurisprudencia de la Comisión Interamericana⁴⁹ como de la Corte Constitucional ha aplicado en repetidas ocasiones⁵⁰.”*

La Corte Constitucional ha hecho referencia en efecto a dicha cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos en relación con la interpretación de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y su aplicación frente a

⁴⁶ Ver por ejemplo las Sentencias C-551 de 2003, C-817 y C-1056 de 2004, C-148 de 2005 y C-187 de 2006.

⁴⁷ “Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

⁴⁸ Así, por ejemplo, el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala lo siguiente: “Artículo 5: 1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

⁴⁹ Cuando la Corte Interamericana ha explicitado el alcance del principio pro homine en relación con las restricciones de los derechos humanos, ha expresado que "entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo" Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, "La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)", del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n° 5, párrafo 46.

⁵⁰ Ver, entre otras, las sentencias C-408 de 1996 y C-251 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-251/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynnnett y Clara Inés Vargas Hernández S.V. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra.

los mandatos constitucionales y ha señalado que frente a aquellos prevalecen las normas contenidas en la Constitución cuando ellas ofrecen mayores garantías de protección de los derechos de las personas.

Así por ejemplo en la Sentencia C-251 de 1997 en la que la Corte hizo la revisión constitucional del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, y de la Ley aprobatoria No. 319 del 20 de septiembre de 1996, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo, se señaló lo siguiente:

“14- El artículo 4º consagran una regla hermenéutica que es de fundamental importancia, pues señala que no podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, invocando como pretexto que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado. Esta regla interpretativa ha sido denominada por la doctrina como la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan estos derechos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. Esta regla, cuya constitucionalidad y carácter vinculante en el ordenamiento colombiano ya ha sido reconocida por esta Corte en relación con otros convenios de derechos humanos⁵¹, muestra además que el objeto del presente Protocolo no es disminuir sino aumentar las protecciones brindadas a los derechos económicos, sociales y culturales.

15- En ese mismo orden de ideas, la Corte coincide con algunos de los intervinientes que señalan que, en virtud de la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, el artículo 5º no puede ser entendido como una norma que autoriza restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, si en otros instrumentos internacionales, o en la propia Constitución, tales derechos no tienen restricciones. Por ello, esta Corporación considera que este artículo está consagrando garantías suplementarias en relación con la eventual limitación de los derechos previstos en el Protocolo, puesto que señala que ésta sólo podrá efectuarse por normas legales, que tengan una finalidad particular, como es preservar el bienestar general dentro una sociedad democrática, y siempre y cuando se respete el contenido esencial de esos derechos. En tal entendido, la Corte considera que estas normas son exequibles.”⁵²

⁵¹ Ver, por ejemplo, la sentencia C-408/96, fundamento jurídico No 14.

⁵² Sentencia C- 251/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

En este orden de ideas, los jueces deben propender por la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos, pues se trata de garantizar que, en cada caso, la interpretación de las disposiciones jurídicas en materia sancionatoria o anulatoria se lleve a cabo sin acudir a criterios extensivos o analógicos, y tome en cuenta el principio de legalidad, y en últimas, de acuerdo con los criterios "pro-homine", derivados de la filosofía humanista que inspira el constitucionalismo colombiano.

3.3. El alcance de la inhabilidad señalada en el numeral 4° del artículo 30 de la ley 617 de 2000 en materia de contratación.

3.3.1. Cabe recordar que la Constitución Nacional dejó exclusivamente al legislador la tarea de determinar las inhabilidades para los Gobernadores, es así como en el inciso 2° del artículo 303 se señala:

“La ley fijará las calidades, requisitos, inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores; reglamentará su elección; determinará sus faltas absolutas y temporales y forma de llenarlas; y dictará las demás disposiciones necesarias para el normal desempeño de los cargos”.

En esta medida, el Legislador en la Ley 617 de 2000 “*por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional*” en el Capítulo V sobre “*Reglas para la transparencia de la gestión departamental, municipal y distrital*”, estableció para el caso de los Gobernadores en los artículos 30 a 32 las causales de inhabilidad e incompatibilidad⁵³.

⁵³ Artículo 30. *De las inhabilidades de los Gobernadores.* No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador:

1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.
2. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.
3. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.
4. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental o en la *celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.* Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.
5. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que

Para efectos de la presente providencia, resulta pertinente recordar que concretamente en el numeral 4 del artículo 30 de la referida Ley 617 de 2000 el legislador estableció que *“No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador (...) 4. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento”*.

En relación con la inhabilidad así establecida cabe resaltar que no podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.

Así las cosas se desprende de dicha norma una inhabilidad que cabe predicar de quien i) dentro del año anterior a la elección; ii) haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel; iii) en interés propio o de terceros; iv) siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento. Así mismo que la elección como

administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.

6. Quien haya desempeñado el cargo de contralor departamental o procurador delegado en el respectivo departamento durante un período de doce (12) meses antes de la elección de gobernador.

7. Quien haya desempeñado los cargos a que se refiere el artículo 197 de la Constitución Nacional.

Artículo 31. *De las incompatibilidades de los Gobernadores.* Los Gobernadores, así como quienes sean designados en su reemplazo no podrán:

1. Celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo departamento, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo.

2. Tomar parte en las actividades de los partidos o movimientos políticos, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio.

3. Intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.

4. Intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el departamento o sus entidades descentralizadas.

5. Ser apoderado o gestor ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales del respectivo departamento, o que administren tributos, tasas o contribuciones del mismo.

6. Desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado.

7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular durante el período para el cual fue elegido.

Artículo 32. *Duración de las incompatibilidades de los gobernadores.* Las incompatibilidades de los gobernadores a que se refieren los numerales 1 y 4 tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta por doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.

Quien fuere designado como Gobernador, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.

Parágrafo. Para estos efectos, la circunscripción nacional, coincide con cada una de las circunscripciones territoriales.

Gobernador de una persona en quien se reúnan esos cuatro elementos, podrá ser anulada.

A partir de los anteriores presupuestos corresponde a la Sala de Revisión efectuar el análisis del caso concreto planteado, no sin antes establecer lo relativo a la procedibilidad de la acción.

4. La procedibilidad de la acción.

Esta Corporación ha señalado de manera reiterada que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Al respecto, la Corte ha hecho énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección que no debe superponerse ni suplantar los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico⁵⁴.

En ese orden de ideas corresponde examinar si en el presente caso existe o no otro mecanismo judicial para la defensa judicial del derecho invocado por el actor.

El actor reconoce en su escrito que tiene la posibilidad de acudir al recurso de revisión de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998. Empero manifiesta que como lo ha señalado esta Corporación -para lo cual invoca la sentencia T-960 de 2003- el referido recurso no tendría la misma efectividad que la tutela en punto a la protección de los derechos fundamentales invocados por cuanto al momento de ser resuelto muy posiblemente el periodo constitucional para el que fue elegido habrá concluido.

Al respecto la Sala de Revisión señala que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corporación efectivamente resulta posible acudir a la acción de tutela en circunstancias como a las que alude el actor para la protección de los derechos fundamentales ligados al ejercicio de los derechos

⁵⁴ Así ha dicho esta Corporación en relación con el contenido del inciso 3o del artículo 86 de la Constitución que:

"El sentido de la norma es el de subrayar el carácter supletorio del mecanismo, es decir, que la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico" Sentencia T-106 /93 M.P. Antonio Barrera Carbonell

políticos a ser elegido y a desempeñar cargos públicos (art. 40 C.P.) a pesar de la posibilidad que se tiene para acudir al recurso extraordinario aludido⁵⁵.

Ahora bien, en la medida en que el Juez de instancia -en este caso la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado- señaló simplemente que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esa Corporación⁵⁶ la acción de tutela es improcedente contra providencias judiciales que pongan fin a un proceso o actuación dictadas conforme a derecho, la Sala considera pertinente reiterar que como se puso de presente en los apartes preliminares de esta providencia no cabe descartar de manera absoluta la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por cuanto debe verificarse en cada caso concreto si ella es procedente, observando si reúne los estrictos requisitos precisados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para que se configure una vía de hecho judicial⁵⁷.

En ese orden de ideas para la Sala de revisión lo que corresponde examinar entonces es si los presupuestos que ha señalado la jurisprudencia para que se configure una vía de hecho judicial se reúnen, pues solo de ser así resultaría posible que mediante tutela se acceda a la protección constitucional solicitada; en caso contrario procederá negar la acción de tutela instaurada por improcedente ante la ausencia de los elementos que con base en la Constitución la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado como constitutivos de una vía de hecho.

5. El análisis del caso concreto.

5.1. Como se ha señalado, en el presente caso se trata de establecer si se incurrió o no por parte de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en una vía de hecho con la decisión proferida el veinticuatro (24) de agosto del año dos mil cinco (2005), mediante la cual se decretó la nulidad de la elección del actor en el proceso de tutela como Gobernador del Departamento de Córdoba para el periodo 2004- 2007⁵⁸.

En dicha providencia la Sección Quinta encontró probado que:

⁵⁵ Ver entre otras la Sentencia T-870/05 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁶ Alude esencialmente al pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado dentro del proceso de pérdida de investidura del señor Edgar José Perea Arias en sentencia del 29 de junio de 2004 –Exp. No. AC-102031, M. P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

⁵⁷ Ver entre otras la Sentencia T-870/05 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁸ En el aparte pertinente de la parte resolutive de dicha providencia se señaló:

“Cuarto.- Declárase la NULIDAD del acto de elección del señor LIBARDO JOSÉ LÓPEZ CABRALES como Gobernador del Departamento de Córdoba, para el período constitucional 2004-2007, contenido en el Acuerdo No. 003 del 17 de diciembre de 2002, expedido por el Consejo Nacional Electoral.

Quinto.- CANCELASE la credencial expedida por la Organización Electoral al señor LIBARDO JOSÉ LÓPEZ CABRALES, para actuar como Gobernador del Departamento de Córdoba por el período constitucional 2004-2007”.

“(E)el señor LIBARDO JOSÉ LÓPEZ CABRALES, actuando en interés propio y de terceros, pues además de ser socio de LOPECA LTDA., era su representante legal, dentro del año anterior a su elección, celebró contratos con la entidad pública denominada EMPRESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COOPERATIVA PARA LA GESTIÓN TERRITORIAL DEL DESARROLLO LIMITADA “ECOGESTAR LTDA”, cuya ejecución o cumplimiento debía cumplirse dentro del departamento de Córdoba, mismo por el cual resultó electo como su Gobernador para el período constitucional 2004-2007. Esta circunstancia configura en él la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, y al resultar elegido pesando sobre él dicha inelegibilidad, el acto administrativo por medio del cual se declaró de elección resulta viciado de nulidad, según la causal de nulidad prevista en el numeral 5º del artículo 223 del C.C.A., decisión que adoptará en esta providencia la Sala.”

5.2. Para fundamentar su decisión de decretar la referida nulidad la Sección Quinta de la Sala de los Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado señaló i) que en relación con el actor -LIBARDO JOSÉ LÓPEZ CABRALES- resultaban reunidos los presupuestos a que alude el numeral 4 del artículo 30 de la ley 617 de 2000 por haber contratado durante el año anterior a la elección con una entidad pública en interés propio o de terceros para la ejecución de actividades en el departamento de Córdoba ii) que del análisis de la naturaleza jurídica de la Empresa de Administración Pública Cooperativa para la gestión territorial del desarrollo “ECOGESTAR LTDA” con la cual contrató el actor como representante legal y socio de la firma LOPECA Limitada, se desprende claramente su carácter público iii) que resultaba en ese caso igualmente aplicable el parágrafo del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 en cuanto al carácter de entidades estatales que en materia de contratación cabe dar a las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades.

Los apartes pertinentes de la decisión sobre estos aspectos son los siguientes:

En relación con la configuración en su caso de los elementos constitutivos de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 señaló:

“(E)estando demostrado que el señor LIBARDO JOSÉ LÓPEZ CABRALES resultó electo Gobernador del Departamento de Córdoba para el período constitucional 2004-2007⁵⁹, y que actuando como representante legal de la firma LOPECA LIMITADA⁶⁰, de la que además es uno de sus socios, celebró, dentro del año anterior a su

⁵⁹ Consúltese el acápite de Pruebas Relevantes numeral 1.

⁶⁰ Consúltese el acápite de Pruebas Relevantes numerales 2 y 3.

elección, los contratos de dirección técnica, administrativa y financiera Nos. 05-102-2002 y 01-123-2002, fechados el 25 de noviembre de 2002 y el 21 de marzo de 2003 respectivamente⁶¹, y que el objeto de éstos contratos debía ejecutarse o cumplirse en municipios que forman parte del departamento de Córdoba, sólo resta examinar si la EMPRESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COOPERATIVA PARA LA GESTIÓN TERRITORIAL DEL DESARROLLO LIMITADA “ECOGESTAR LTDA”, tiene el carácter de una entidad pública, lo cual se desarrollará en el siguiente capítulo. (...)”

En relación con la naturaleza jurídica pública que la Sección identificó en el caso de la Empresa de Administración Pública Cooperativa para la gestión territorial del desarrollo limitada “ECOGESTAR LTDA” expuso entre otros los siguientes argumentos:

“De las Entidades Públicas y la Naturaleza Jurídica de ECOGESTAR LTDA

Al no existir en el ordenamiento jurídico Colombiano una definición legal de lo que ha de entenderse por “entidades públicas”, corresponde a la Sala acudir a lo que Doctrinal y Jurisprudencialmente se ha dicho sobre el particular.

(...)

En síntesis, la identificación de una entidad pública se logra a través de criterios tales como: 1.- Forma de Creación; 2.- Origen del Capital; 3.- Forma de adhesión o vinculación a ellas; 4.- Objeto a desarrollar; 5.- Prerrogativas, y 6.- Inspección, Vigilancia y Control Fiscal. Por consiguiente, se ocupará la Sala de establecer, con fundamento en la prueba legal y oportunamente aportada al plenario, si todos los ingredientes anteriores se cumplen respecto de la empresa denominada “ECOGESTAR LTDA”.

(...)

Pues bien, el compendio normativo que antecede despeja toda duda en torno a la forma de creación de las empresas de Administración Pública Cooperativa, cuyo origen es reglado, dado que el legislador autoriza a la Nación y a las entidades territoriales para que por su iniciativa se diera creación a este tipo de asociaciones cooperativas. Aunque su acto de constitución puede hacerse por “documento privado”, esa circunstancia no le imprime el carácter privado a esas entidades, pues como se ha venido explicando, antes de ello se advierte la presencia de la Ley dando cabida a esa forma asociativa entre esfuerzos públicos y privados, que se pueden concretar “mediante leyes, ordenanzas o acuerdos”, con lo que sin temor a equívoco se puede asegurar que se trata de entidades autorizadas por la ley o por aquellos actos administrativos salidos del seno de las Asambleas

⁶¹ Consúltese el acápite de Pruebas Relevantes numerales 6 y 7.

Departamentales o los Concejos Municipales. En el caso de ECOGESTAR LTDA., no obstante la participación de personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, su origen es público, por gozar de una naturaleza jurídica regulada en la ley y autorizada por ordenanzas y acuerdos, complementado por el hecho de que su creación estuvo auspiciada por entes territoriales como el Municipio de San Antero y el Municipio de San Pelayo, recibiendo dentro de sus socios últimamente al Departamento de Sucre. Por tanto, encuentra la Sala que está demostrado el origen público de ECOGESTAR LTDA.

(...)

Según los Estatutos Generales de ECOGESTAR LTDA., modificados por la Asamblea General realizada el 29 de junio de 2001, la composición de su capital es mixto⁶², puesto que entidades territoriales como el Municipio de San Antero, el Municipio de San Pelayo y el Departamento de Sucre, son titulares del 92.785% del capital suscrito y pagado, en tanto que las personas jurídicas de derecho privado que forman parte de la misma son titulares del restante 7.215%. Es decir, el capital es mayoritariamente público y por lo mismo se puede colegir que el origen del capital es público, pese a esa participación exigua de capital privado.

(...)

(E)l objeto legalmente asignado a las Administraciones Públicas Cooperativas, caracterizadas por la prestación de servicios a sus asociados, tiene gran afinidad con los fines esenciales del Estado Colombiano, como el de “servir a la comunidad” (C.N. Art. 2), del que participan no solo los Departamentos a través de sus Asambleas⁶³, sino también los Municipios por medio de sus Concejos⁶⁴. De modo que el objeto de entidades como la estudiada, no se dirige a la satisfacción de intereses particulares, pues comparte la necesidad de promocionar el interés general y la satisfacción de necesidades públicas, que son motivos suficientes para justificar este tipo de figuras jurídicas. Por consiguiente, por su objeto social se puede tener a dicha empresa como una entidad pública.

(...)

Al ser ECOGESTAR LTDA., una Empresa de Administración Pública Cooperativa, donde existe una importante participación de capital público, el legislador previó para ese tipo de personas jurídicas las mismas prerrogativas existentes para las entidades que las conforman, circunstancia que así se estableció en el artículo 41 del Decreto 1482 del 7 de julio de 1989, al disponer: “Las administraciones cooperativas, como entidades de interés común e integrantes del sector cooperativo, serán beneficiarias de las medidas de promoción y fomento, de los privilegios, prerrogativas y exenciones establecidas y

⁶² Consúltese el literal b) del numeral 5 del acápite Pruebas Relevantes.

⁶³ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 300 de la C.N., modificado por el A.L. No. 01 de 1996 artículo 2, dentro de las funciones de las Asambleas Departamentales está la de “Reglamentar el ejercicio de las funciones y la prestación de los servicios a cargo del departamento” (num.1).

⁶⁴ Según el artículo 313 de la C.N., corresponde a los Concejos Municipales “Reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio”(num. 1).

que se establezcan a favor de las instituciones que lo constituyen”. Por consiguiente, este elemento de las entidades públicas también identifica a las empresas de administración pública cooperativa.

(...)

El examen de los componentes anteriores da cuenta de que todos y cada uno de ellos se cumple, lo que conduce a la ineludible conclusión de que la EMPRESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COOPERATIVA PARA LA GESTIÓN TERRITORIAL DEL DESARROLLO LIMITADA “ECOGESTAR LTDA”, tiene la calidad de entidad pública, aserto que ya había sido advertido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, al emitir un concepto relacionado con estas figuras asociativas.

“Lo anterior indica el origen presupuestal de los recursos utilizados para cumplir con los aportes ordinarios o extraordinarios de las entidades asociadas y con los cuales se forma el patrimonio de las administraciones públicas-cooperativas.

De tal manera que no ofrece duda alguna la naturaleza pública de tales recursos (art. 25 Decreto 1482/89) y su afectación a la prestación de servicios públicos (art. 1º ibídem), independientemente del régimen especial de funcionamiento, integrado por elementos de derecho público y de derecho privado, al que están sujetas dichas entidades.

Por consiguiente, son entidades públicas creadas por la Nación o las entidades territoriales, a las que por su naturaleza cooperativa se les aplica la legislación cooperativa, en lo que fuere pertinente (art. 8º Ley 79 de 1988), y por lo mismo están sujetas a la inspección y vigilancia del DANCOOP (arts. 39 y 40 del Decreto 1482 de 1989). Dicha naturaleza especial de cooperativas es compatible con el carácter público de los aportes que conforman su patrimonio, circunstancia en la cual se fundamenta el ejercicio de las funciones de control fiscal por parte de la Contraloría”⁶⁵ (Resalta la Sala)

Sobre la aplicación, en este caso, del párrafo del artículo 2º de la Ley 80 de 1993 señaló:

“Insistió la defensa, a lo largo de sus diversas intervenciones, que ECOGESTAR LTDA., es una entidad estatal asimilada, según los términos del párrafo del artículo 2º de la Ley 80 del 28 de octubre de 1993, y que esa asimilación solamente puede admitirse para los fines de la contratación estatal. Sin embargo, contrario a lo sostenido por la defensa, para la Sala esta es una razón adicional a favor de la tesis de que las administraciones públicas cooperativas sí tienen la

⁶⁵ Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de junio de 1996. Radicación: 809. Consejero Ponente: Dr. César Hoyos Salazar.

calidad de entidades públicas, puesto que el legislador ha querido que ellas se sujeten, de alguna manera, a los principios del régimen de la contratación pública, merced al influjo de capital proveniente del Estado, que por supuesto no puede ser manejado de una manera discrecional sino regulada.

La norma citada en el párrafo anterior aporta mayores luces sobre el carácter público de las entidades denominadas Administraciones Públicas Cooperativas, al prescribir sobre el particular.

“Artículo 2º.- De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

PARÁGRAFO.- Para los solos efectos de esta ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades” (Resalta la Sala).

La participación pública mayoritaria en la conformación del capital de las Administraciones Públicas Cooperativas es una razón que determina el carácter público o estatal de esa entidad, lo cual ya fue objeto de análisis.

Igualmente, por lo dicho en el párrafo del precepto antecedente, resulta innegable la configuración de la causal de inhabilidad endilgada al Gobernador demandado, dado que ella se presenta en el contexto de la “celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel”, y es precisamente en ese escenario que el legislador asimila a las Administraciones Públicas Cooperativas a entidades públicas o estatales, no solo cuando ellas celebran convenios interadministrativos con entidades territoriales sino también cuando celebran contratos en desarrollo de los mismos convenios, puesto que esa es la correcta interpretación del párrafo cuando acepta esa asimilación “especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas

entidades”. Además, lo anterior conservó su vigencia y alcance pese a la expedición del Decreto 2170 del 30 de septiembre de 2002 “Por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993, se modifica el Decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999”, dictado por el Presidente de la República, puesto que en su artículo 14 se dijo: **“De los contratos interadministrativos con cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales. De conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 2° de la Ley 80 de 1993, los contratos que se celebren en desarrollo de los convenios interadministrativos estarán sujetos a dicha ley...”**.

Ahora bien, los contratos celebrados por el señor LIBARDO JOSÉ LÓPEZ CABRALES en representación de la firma LOPECA LTDA., con ECOGESTAR LTDA., fueron en desarrollo de convenios interadministrativos que ésta última había celebrado con algunas entidades territoriales, circunstancia que se aprecia con facilidad al dar una lectura al Contrato de Dirección Técnica, Administrativa y Financiera No. 01-123-2002 del 21 de marzo de 2003, donde se dijo: “..., hemos celebrado el presente contrato para la Dirección Técnica, Administrativa y Financiera del Convenio Interadministrativo No. 123 de 2002 cuyo objeto es...”, lo que igualmente acontece en el Contrato de Dirección Técnica, Administrativa y Financiera No. 05-102-2002 del 25 de noviembre de 2002, donde se adujo: “..., hemos celebrado la presente Orden para la Dirección Técnica, Administrativa y Financiera del Convenio Interadministrativo No. 102-2002 cuyo objeto es...”.

Por tanto, no cabe duda que los contratos citados en el párrafo anterior fueron celebrados por ECOGESTAR LTDA., en desarrollo de convenios interadministrativos y que por lo mismo, en aplicación del parágrafo del artículo 2° de la Ley 80 de 1993, y por referirse la inhabilidad invocada a la celebración de contratos con entidades públicas, la naturaleza pública de la Administración Pública Cooperativa denominada ECOGESTAR LTDA., emerge con toda claridad, como así lo concluyó la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación al conceptuar:

“1.- A partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, las administraciones públicas cooperativas deben observar integralmente el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los contratos que celebren.

2.- No se aplica el régimen de contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado, **por cuanto las administraciones públicas cooperativas constituyen una especie de entidades públicas asociativas**, las cuales se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993).

3.- *Los contratos que celebren las administraciones públicas cooperativas con particulares, en desarrollo de convenios o contratos interadministrativos suscritos con sus asociados, vale decir, con las entidades territoriales, están sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el cual dispone que la escogencia del contratista se efectúa a través de licitación o concurso públicos, salvo los casos allí previstos*”⁶⁶

De otro lado, a las administraciones públicas cooperativas se les asigna un régimen de contratación de derecho público o privado, dependiendo de la participación que en sus arcas haya de capital público, tal como lo prescribe el Decreto 1482 del 7 de julio de 1989 en su artículo 43.

“Artículo 43.- Contratación. *Los contratos de las administraciones cooperativas tendrán un tratamiento similar al establecido para los contratos de las sociedades de economía mixta, teniendo en cuenta el monto de los aportes sociales individuales provenientes de las entidades públicas asociadas a la misma. Cuando en la administración cooperativa estos aportes conformen el noventa por ciento (90%) o más de la totalidad de los aportes sociales, los contratos se someterán a las reglas previstas para los contratos de las empresas industriales o comerciales del Estado de acuerdo con las normas legales vigentes.*

Los contratos de las administraciones cooperativas en que el total de los aportes sociales de las entidades públicas asociadas sea inferior al noventa por ciento (90%) mencionado se someterán a las reglas del derecho privado salvo las excepciones que consagre la ley”

De nuevo el legislador al expedir la Ley 454 del 4 de agosto de 1998, puntualizó en su artículo 66 la necesidad de que tales entidades observaran los principios rectores de la contratación estatal, como el de la transparencia, igualdad, imparcialidad, publicidad, economía, celeridad, moralidad, eficiencia y responsabilidad. Por tanto, aquello de la asimilación de las administraciones públicas cooperativas a entidades estatales, no desdibuja la calidad de entidad pública que corresponde a entidades como ECOGESTAR LTDA., donde la participación del capital público, proveniente de dos municipios y un departamento, es verdaderamente dominante (92.785%).

5.3. El Magistrado Darío Quiñónez Pinilla aclaró su voto en el sentido de señalar que si bien compartía la decisión de declarar la nulidad de la elección

⁶⁶ Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 26 de julio de 1996. Radicación: 849. Consejero Ponente: Dr. Luis Camilo Osorio.

del Señor Libardo José López Cabrales como Gobernador del Departamento de Córdoba para el periodo 2004-2007 por configurarse la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 30 de la ley 617 de 2000, en relación con las razones que pueden aducirse para la configuración de dicha causal debía precisar que en tanto consideraba la Empresa Ecogestar Limitada como una persona jurídica de derecho privado la razón para declarar la nulidad era que dicha empresa en cuanto Cooperativa conformada por entidades territoriales, se asimila en aplicación del parágrafo del artículo 2 de la ley 80 a una entidad estatal para efectos contractuales, y que, en consecuencia, para lo relativo a la inhabilidad establecida en el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, es, entonces, en los términos de esta norma, una entidad pública, pues, precisamente, la inhabilidad está referida a la intervención en la celebración de contratos.

Por su parte, el Magistrado Reinaldo Chavarro Buriticá salvó su voto por considerar que no asistía razón a los demás miembros de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la calificación como entidad pública de la Empresa de Administración Pública Cooperativa para la gestión territorial del desarrollo limitada “ECOGESTAR LTDA”, ni en la aplicación en ese caso del parágrafo del artículo 2º de la Ley 80 de 1993.

5.4. Frente a la sentencia -cuyos elementos esenciales se han transcrito-, el actor invoca la existencia de una vía de hecho que puede considerarse estructurada, en tres aspectos principales a saber **i)** haberse incurrido en un defecto orgánico por a) atribuirse la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado una función constitucional que no le corresponde al interpretar las normas electorales y crear judicialmente una inhabilidad no prevista en la ley; b) por cuanto la sentencia que decretó la nulidad no tuvo la mayoría requerida para ser aprobada pues uno de los magistrados salvó su voto y otro lo aclaró, con lo que en su criterio *“la decisión definitiva que se adoptó contó con dos votos congruentes con las pretensiones de la demanda, un voto contrario a dichas pretensiones y un voto negativo”*; **ii)** por configurarse en la sentencia atacada un defecto fáctico en la medida en que se le dio la naturaleza de entidad pública a la Empresa de Administración Pública Cooperativa para la gestión territorial del desarrollo limitada “ECOGESTAR LTDA”, sin considerar la prueba de su naturaleza privada según el Registro de Cámara de la Comercio; **iii)** por configurarse en la sentencia atacada un defecto sustantivo pues a su juicio se desconoció el artículo 230 superior que ordena a los jueces someterse al imperio de la Ley para fundar sus decisiones, ya que en el presente caso la autoridad judicial no se acogió a las normas vigentes que determinan la naturaleza jurídica de las administraciones públicas en forma de Cooperativas -Decreto 1482 de 1989- como personas jurídicas de derecho privado, sino que adoptó su decisión con fundamento en la doctrina y la jurisprudencia -criterios auxiliares- para establecer su nueva naturaleza jurídica como entes públicos.

A continuación la Sala adelantará el examen de los defectos que el actor reprocha a la sentencia proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado mediante la cual se declaró la nulidad de la elección del actor como Gobernador del departamento de Córdoba para el periodo 2004-2007.

Análisis respecto de la configuración de una vía de hecho por haberse incurrido en un defecto orgánico consistente en la ausencia de mayoría para proferir la sentencia atacada.

5.5. Para el actor en el presente caso se incurrió en un defecto orgánico constitutivo de una vía de hecho por cuanto la sentencia no obtuvo la mayoría requerida para ser aprobada. Al respecto precisa que la decisión que se adoptó *“contó con dos votos congruentes con las pretensiones de la demanda, un voto contrario a dichas pretensiones y un voto negativo, de donde se puede concluir entonces que la decisión de declarar la nulidad de la elección como Gobernador del Departamento del Córdoba no contó con una decisión mayoritaria”*.

La Sala constata que contrario a lo afirmado por el actor es claro que en el presente caso ningún defecto cabe endilgar a la sentencia proferida por el hecho de que la misma haya sido aprobada por tres miembros de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso del H. Consejo de Estado -uno de los cuales aclaró su voto-, mientras que otro de los magistrados se apartó de la decisión y salvó su voto.

Al respecto basta advertir que el Magistrado Darío Quiñónez Pinilla aclaró su voto en el sentido de señalar que si bien compartía la decisión de declarar la nulidad de la elección del Señor Libardo José López Cabrales como Gobernador del Departamento de Córdoba para el periodo 2004-2007 por configurarse la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4° del artículo 30 de la ley 617 de 2000 por haber éste contratado con una entidad pública en el año anterior a la elección en interés propio y de terceros en relación con actividades que debían realizarse en el mismo departamento -asunto que era el objeto de la solicitud de nulidad- solamente respecto de las razones que podían aducirse para la configuración de dicha causal debía precisar que en tanto consideraba la Empresa Ecogestar Limitada como una persona jurídica de derecho privado, la razón para declarar la nulidad por él compartida era que dicha empresa en cuanto Cooperativa conformada por entidades territoriales, se asimila en aplicación del parágrafo del artículo 2° de la ley 80 a una entidad estatal para efectos contractuales, y que en consecuencia para lo relativo a la inhabilidad establecida en el numeral 4° del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, es, entonces, en los términos de esta norma, una entidad pública, pues, precisamente, la inhabilidad está referida a la intervención en la celebración de contratos.

Es decir que no solamente se afirma que la causal de inhabilidad se encuentra configurada sino que ella esta claramente demostrada. Aduce concretamente que resulta aplicable en ese caso el parágrafo del artículo 2° de

la Ley 80 de 1993, fundamento de la decisión que igualmente se señala en el texto de la misma y que comparten los magistrados que aprobaron la decisión sin ningún tipo de aclaración.

Así las cosas, en manera alguna puede afirmarse que en relación con la configuración de la inhabilidad señalada en el numeral 4° del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 no haya existido la mayoría requerida para declarar la nulidad solicitada y proferir la sentencia respectiva.

A ello cabe agregar que como pasa a explicarse en el siguiente acápite de esta sentencia es precisamente el criterio común señalado por los tres magistrados que aprobaron la sentencia del veinticuatro (24) de agosto de 2005 el que resulta pertinente tomar en cuenta para efectos de si se configura o no en este caso una vía de hecho como la que alega el actor.

Análisis respecto a la configuración de una vía de hecho al atribuirse el carácter de entidad pública a la Cooperativa ‘ECOGESTAR LTDA’ para efectos de la inhabilidad del num. 4° del art. 30 de la Ley 617 /00.

5.6. Para el actor la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa del H. Consejo de Estado al atribuir el carácter de entidad pública a la Empresa de Administración Pública Cooperativa para la gestión territorial del desarrollo limitada “ECOGESTAR LTDA”, para dar por configurada la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4° del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, incurrió en un triple defecto -orgánico, fáctico y sustantivo- por cuanto i) dicha Sección se atribuyó una función constitucional que no le corresponde al crear judicialmente una inhabilidad no prevista en la ley; ii) no se tomó en cuenta la prueba del carácter privado de la misma consistente en el respectivo registro de Cámara de Comercio; iii) se desconocieron las normas cooperativas vigentes de las que se desprende dicha naturaleza jurídica privada.

5.7. La inhabilidad en que aparentemente incurrió el actor para ser elegido Gobernador, se configura por la *“intervención en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento”* (num. 4° art. 30 Ley 617 de 2000). Esta inhabilidad exige que la intervención en la celebración de contratos se haga con entidades públicas de cualquier nivel, por tal razón el quid central de controversia en el proceso contencioso fue el relativo a la definición de si los contratos señalados por los demandantes como celebrados por el Gobernador demandado, realmente lo fueron con una entidad pública, ya que solo de esta forma se puede establecer la estructuración de la mencionada inhabilidad.

En la medida de que los contratos indicados por los demandantes en el proceso de nulidad electoral fueron celebrados por la firma ‘*Lopeca Ltda.*’, representada por el ahora actor López Cabrales, con la Cooperativa ‘*Ecogestar Ltda.*’, es pertinente determinar si esta Cooperativa, creada con base en la Ley 79 de 1988 y el Decreto 1482 de 1989, como empresa de

servicios en la forma de administración pública cooperativa, es o no una entidad estatal.

La providencia cuestionada llegó a la conclusión de que tal Cooperativa, por su naturaleza jurídica, es realmente una entidad pública, pues es una de las “... *personas jurídicas creadas por disposición de la ley o con respaldo en las mismas, donde el Estado hace aportes de capital, las cuales son vigiladas y controladas por el mismo Estado, merced a la presencia de capital público dentro de sus arcas*”, y en esa medida corresponde a las reguladas en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 en cuanto establece “*que las entidades estatales, sin importar su naturaleza y orden administrativo pueden asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo de conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley*”.

En el mismo sentido, la sentencia de la Sección Quinta señala que ‘Ecogestar Ltda.’ es Administración Pública Cooperativa de las reguladas en el artículo 130 de la ley 79 de 1998 y el decreto 1482 de 1989, pero que dada la iniciativa de su creación que es reglada, por su capital público mayoritario, por estar sometida a la vigilancia del Dancoop y al control fiscal en cuanto el capital de origen público, es una entidad estatal.

Esta Sala de Revisión no comparte la anterior postura, pues es notoria su naturaleza de persona jurídica de derecho privado, como lo establece expresamente la Ley.

Evidentemente, la Ley 79 de 1998 (“Por la cual se actualiza la legislación cooperativa”) en su artículo 3° consagra que “*Es acuerdo cooperativo el contrato que se celebra por un número determinado de personas, con el objetivo de crear y organizar una persona jurídica de derecho privado denominada cooperativa, cuyas actividades deben cumplirse con fines de interés social y sin ánimo de lucro*”. Del mismo modo, el artículo 4° dispone que es Cooperativa la empresa asociativa sin ánimo de lucro, que según el artículo 13 de la misma ley, “*en desarrollo del acuerdo cooperativo, las cooperativas **se constituirán por documento privado** y su personería será reconocida por el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas*”. Igualmente, esta Ley en su artículo 130⁶⁷ estableció que la creación de empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas, establecidas por la Nación, los Departamentos, los Municipios o Distritos Municipales, mediante leyes, ordenanzas o acuerdos, serán consideradas como formas asociativas para efectos de determinar los componentes del sector cooperativo. Lo anterior por cuanto, según la misma

⁶⁷ Ley 79 de 1988. “*ARTICULO 130. Las empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas, establecidas por la Nación, los departamentos, intendencias y comisarías y los municipios o distritos municipales, mediante leyes, ordenanzas o acuerdos, será consideradas como formas asociativas para los efectos de este título y podrán constituirse con un mínimo de cinco entidades*”.

ley (art. 21), las personas jurídicas de derecho público podrán ser asociados de las Cooperativas⁶⁸.

Así entonces, por expresa definición legal, las Cooperativas, entre las que se cuentan las empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas establecidas por la Nación y los entes territoriales, aunque estén conformadas por personas jurídicas de derecho público, ostentan la naturaleza de personas jurídicas de derecho privado, encontrándose regidas por la reglamentación propia de las cooperativas, y en particular, para el caso de la forma asociativa especial (cooperativas de entidades territoriales) a las reglas especiales de la Ley 79 de 1988 y el Decreto 1482 de 1989 (*“Por el cual se determinan la naturaleza, características, constitución, regímenes interno, de responsabilidad y sanciones y se dictan medidas para el fomento de las empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas”*).⁶⁹

En este orden de ideas y en lo tocante a la materia de este asunto, se tiene que la *“Empresa de Administración Pública Cooperativa de Gestión Territorial del Desarrollo – Ecogestar Ltda.”*, de acuerdo al certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá (a folio 107 del expediente), conforme a sus estatutos (art. 1º): *“...es una Persona Jurídica de Derecho Privado, empresa de servicios en lo forma de administración pública cooperativa, de responsabilidad limitada, de número de asociados y patrimonio variable e ilimitado, con fines de interés social y vigilada por el Departamento Administrativo de Economía Solidaria ‘Dansocial’, regida por la Ley, los Principios Universales y la doctrina del Cooperativismo, la Ley Colombiana y el presente Estatuto ...”*.

De las actividades que desarrolla ‘Ecogestar Ltda.’ de acuerdo a sus Estatutos, plasmados en el Certificado de la Cámara de Comercio, no son equiparables a las que se encarga el propio Estado a través de sus dependencias de la rama

⁶⁸ Ley 79 de 1988. *“Art. 21. Podrán ser asociados de las cooperativas: (...) 2o. Las personas jurídicas de derecho público. (...)”*.

⁶⁹ El artículo 3º de este Decreto establece que esas administraciones públicas cooperativas se constituirán por documento privado y su personería jurídica será reconocida por el hoy Departamento Administrativo de la Economía Solidaria: Decreto 1482 de 1989: *“Artículo 3 CONSTITUCION. De conformidad y en desarrollo de la iniciativa a que se refiere el numeral 1 del artículo 2 del presente Decreto, las administraciones cooperativas se constituirán por documento privado y su personería jurídica será reconocida por el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas.*

La constitución de toda administración cooperativa se hará en asamblea de constitución, en la cual serán aprobados los estatutos y nombrados en propiedad los órganos de administración y vigilancia.

El Consejo de Administración allí designado nombrará el representante legal de la entidad, quien será el responsable de tramitar el reconocimiento de la personería jurídica.

El acta de asamblea de constitución será firmada por los representantes legales de las entidades asociadas fundadoras, o sus delegados, indicando la denominación de tales entidades, la ley ordenanza o acuerdo mediante el cual se otorgó la iniciativa para la creación de la administración cooperativa, la autorización conferida a las entidades privadas sin ánimo de lucro para la suscripción del acta de constitución, el documento de identificación legal de los representantes, y el valor de los aportes iniciales.

El número mínimo de entidades fundadoras será de cinco”.

ejecutiva, como son el ejercicio de funciones administrativas o la prestación de servicios a cargo del Estado, sino las propias del objeto de las cooperativas, es decir, “... *producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general*”, como lo expresa el art. 4° de la Ley 79 de 1988. Lo anterior se confirma de las propias disposiciones de los estatutos de ‘Ecogestar’ en cuanto disponen su objeto y actividades, así:

“La administración cooperativa –3- que se regula mediante los presentes estatutos tendrá como objeto: negociar, gestionar y ejecutar todo lo concerniente a proyectos y a la prestación de servicios en construcciones, consultorías, proveedurías; compra, venta, arriendo de bienes muebles e inmuebles a sus asociados y al público en general con el fin de fomentar y propender por el fortalecimiento y consolidación de la integración cooperativa en sus diferentes manifestaciones para apoyar la ejecución de los planes y programas de desarrollo económico...”

(...)

Actividades: En desarrollo de lo anterior Ecogestar podrá ejecutar actividades, contratos, actos, operaciones, convenios, negocios y acuerdos que fueren necesarios y convenientes para el cabal cumplimiento de su objeto social, en las siguientes actividades:

- a) Formar parte de otras entidades, siempre que el objeto se asimile al de la cooperativa.*
- b) En el área de construcción: diseño, gestión, control, proveeduría, interventoría, investigación, estudio de planeación, demolición, modificación, mantenimiento, desmonte de obras civiles, obras hidráulicas, obras sanitarias y ambientales, sistemas de comunicación y obras complementarias, sistemas y servicios industriales, obras para minería e hidrocarburos, obras de transporte y complementarias, obras urbanas, suburbanas y rurales.*
- c) (...)*
- d) En el área de la proveeduría: de los animales vivos y productos vegetales, animales y minerales, de la industria química y conexas, materias plásticas y manufacturas de estas materias, madera, carbón vegetal y manufacturas de madera, materiales textiles y sus manufacturas, máquinas y aparatos, material eléctrico y sus partes, partes para la grabación y reproducción de sonidos, aparatos para la grabación y reproducción de imágenes y sonido en televisión y sus partes y accesorios, material de transporte, armas, sus partes y accesorios y mercancías y productos diversos.*
(...)”

Es entonces evidente, que las actividades brevemente mencionadas coinciden o se ajustan al objeto legal de las cooperativas creadas para prestar servicios a sus asociados, a los no afiliados y a personas jurídicas de derecho privado, en razón del interés social. Estas actividades en parte alguna pueden corresponder al objeto constitucional o legal de los entes públicos, establecidos para desarrollar funciones o prestar servicios que le corresponden al Estado.

Una razón de más para reforzar esta diferencia, es que el mismo legislador entendió que las mencionadas Cooperativas son personas jurídicas de derecho privado, pues a otra conclusión no podía llegarse cuando en el parágrafo del artículo 2° de la Ley 80 de 1993, señaló que “para los efectos de esa ley” se denominan entidades estatales, lo cual significa que si verdaderamente, por su sola naturaleza jurídica, las cooperativas de entidades territoriales se clasificaran de estatales, la ley no hubiera establecido dicha asimilación.

La Sección Quinta del Consejo de Estado con la serie de disquisiciones que la llevaron a concluir que ‘Ecogestar Ltda.’ es una entidad pública, no hizo sino justificar su distanciamiento de las expresas definiciones legales. El sólo hecho de poner de presente la forma de creación, el capital mayoritario de las entidades públicas que conforman la Cooperativa, la forma de vinculación, el objeto que desarrolla, la vigilancia que sobre ella ejerce la Superintendencia de la Economía Solidaria, así como el control fiscal de la Contraloría General de la República, no determina por si misma la naturaleza de entidad estatal de ‘Ecogestar’, pues como se dijo, la Ley 79 de 1988 y el Decreto Ley 1482 de 1989 en cuanto a las cooperativas en todas sus formas asociativas, se definieron como personas jurídicas de derecho privado.

5.8. Ahora bien, en busca de respaldar los argumentos expuestos en la providencia cuestionada, la Sección Quinta afirma que la disposición del parágrafo del art. 2° de la Ley 80 de 1993 que establece: *“Para los solos efectos de esta ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto. Especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades”* el legislador asimiló *“... a las Administraciones Públicas Cooperativas a entidades públicas o estatales, no solo cuando ellas celebran convenios interadministrativos con entidades territoriales sino también cuando celebran contratos en desarrollo de esos mismos convenios...”*.

No obstante, para esta Sala de Revisión el parágrafo aludido dispone de manera clara que las empresas de servicios bajo la forma de Administraciones Públicas Cooperativas ‘para los solos efectos de esa ley’ se rigen por el Estatuto de Contratación Estatal en cuanto sean parte contractual en la celebración de convenios interadministrativos o en los contratos que celebre derivados de los anteriores, sin que de las palabras del mismo parágrafo se pueda desprender otros efectos, como el cambio de su naturaleza jurídica para de allí derivar diferentes consecuencias, o la aplicación de la

Ley 80 de 1993 en relación con las causales de inhabilidad para ser elegido Gobernador, en razón de que en tal ley no aparece regulado dicho tema, pues obviamente esa no es su finalidad.

Las palabras de la ley son la frontera que no se puede traspasar en el ejercicio hermenéutico de las mismas, más aún si se trata de aplicar inhabilidades que exige una interpretación restrictiva. Aunque para otros casos la exigencia de una interpretación sistemática con el fin de superar vacíos de la ley remitiéndose a la aplicación de principios y valores superiores para alcanzar el propósito teleológico de las reglas de derecho, permitan al operador jurídico pronunciarse con precisión sobre los conflictos jurídicos que sean sometidos a su conocimiento.

Sin embargo, en el asunto sometido a revisión, es clara la Ley 80 de 1993 cuando sólo asimila a entidades estatales a las Cooperativas para efectos únicamente contractuales, esto es, que deben regirse para esta finalidad a las reglas, principios y procedimientos consagrados en el estatuto de contratación, pero sin que esto derive en la estructuración de una inhabilidad electoral para terceros, pues sobrepasaría “los efectos” que el legislador dio a la ley de contratación estatal.

La Sección Quinta del Consejo de Estado en esta ocasión, tratando de armonizar la inhabilidad del numeral 4° del art. 30 de la Ley 617 de 2000 con el párrafo del art. 2° de la Ley 80 de 1993, efectuó una interpretación extensiva no permitida para esta clase de procesos sancionatorios violando en consecuencia el principio de legalidad que los rige.

La asimilación de Ecogestar Ltda. a una entidad estatal es “*sólo para los efectos de esta ley*” (Ley 80 de 1993), es decir, para fines exclusivamente contractuales sin que implique consecuencias de carácter electoral para los efectos de las causales de inhabilidad para ejercer cargos de elección popular. Así como sería un despropósito que alguien pretendiera utilizar la asimilación del art. 2° de la Ley 80 de 1993, no obstante su advertencia y las implicaciones que de su aplicación se derivan, para resolver aspectos de carácter laboral administrativo, se hiciera lo mismo para establecer de allí inhabilidades electorales, cuando resulta evidente que dicha ley única y exclusivamente persigue establecer unas reglas y principios a los cuales deben someterse las “entidades estatales” en el ejercicio de la actividad contractual.

5.9. Corolario de todo lo anterior, el que la Sección Quinta se haya apartado de la definición que la Ley 79 de 1988 y el Decreto-Ley 1482 de 1989 dio a las Cooperativas y su naturaleza de persona jurídica de derecho privado, y se haya remitido al párrafo del art. 2° de la Ley 80 de 1993 para concluir que la asimilación de las mismas a entidades estatales, además de los solos efectos contractuales, también implicaba inhabilidades electorales, como la contenida en el numeral 4° del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, la hizo incurrir en una violación al principio de legalidad que prohíbe para este tipo de casos la analogía o las interpretaciones extensivas, lo que se traduce en

concreto a una vía de hecho por defecto sustantivo.

Esta clase de defecto, como se reseñó en la parte dogmática de esta decisión, se configura cuando la providencia cuestionada se basa en una disposición ostensiblemente inaplicable para el caso, bien porque perdió vigencia, porque es inconstitucional, o porque no guarda conexidad material con los supuestos de hecho que originaron la controversia. Así entonces, cuando los jueces desbordan las normas aplicables a los casos concretos, sus decisiones son susceptibles de ser excepcionalmente atacadas en sede de tutela, pues no constituyen más que una violación al debido proceso.

Ciertamente, en materia de interpretación de normas legales existen diferentes variables que configuran el defecto sustantivo, entre ellas, cuando el operador jurídico funda su decisión en una disposición evidentemente inaplicable al asunto sometido a su examen, o desde otra perspectiva, cuando inaplica la norma pertinente al caso bajo estudio, dando uso a la que no corresponde, o en todo caso, cuando cambia el sentido de la ley.

Al respecto esta Corte precisó, en anterior ocasión, los eventos en los que se presenta el mencionado defecto sustantivo. Se dijo entonces:

“La Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que el defecto sustantivo que convierte en vía de hecho una sentencia judicial, opera cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto⁷⁰, bien sea, por ejemplo (i.) porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, (ii.) porque ella es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, (iii.) porque su aplicación al caso concreto es inconstitucional⁷¹, (iv.) porque ha sido declarada inexecutable por la propia Corte Constitucional⁷² o, (v.) porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador.⁷³

La jurisprudencia constitucional también ha sido enfática en sostener que, en todo caso, la competencia asignada a las autoridades judiciales para *interpretar y aplicar* las normas jurídicas, fundada en el principio de

⁷⁰ Sobre el particular, además de la ya citada sentencia C-231 de 1994, pueden consultarse, entre varias, las sentencias T-008 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-984 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁷¹ Cfr. sentencia SU-1722 de 2000 M.P. Jairo Charry Rivas Tal es el caso por ejemplo de todas las decisiones judiciales en las que se viola el principio de “no reformatio in pejus”.

⁷² Cfr., la sentencia C-984 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁷³ Sentencia SU-159/02 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa S.V. Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil.

autonomía e independencia judicial, no es en ningún caso absoluta. Por tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho.

Así entonces, pese a la autonomía de los jueces para elegir las normas jurídicas pertinentes al caso en concreto, para determinar su forma de aplicación, y para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, en esta labor no les es dable apartarse de las disposiciones de la constitución o la ley. Recuérdese que la justicia se administra con sujeción a los contenidos, postulados y principios constitucionales de forzosa aplicación, tales como, de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, de favorabilidad, *pro homine*, entre otros (artículos 6°, 29, 228 y 230 de la Constitución Política).

5.10. El desconocimiento en este asunto del principio de legalidad implicó la consecuente transgresión al actor del derecho fundamental a ser elegido. Ciertamente, dentro del proceso de nulidad electoral la Sección Quinta del Consejo de Estado optó por la posición más restrictiva al ejercicio del derecho a ser elegido (art. 40 C.N.), al remitirse e interpretar el parágrafo del art. 2° de Ley 80 de 1993, sin considerar la vigencia para estos casos del principio *pro homine*.

Acorde con dicho principio, explicado en la parte dogmática de esta providencia, ante la tendencia del operador jurídico de interpretar un dispositivo legal, este debe optar por la que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Vale decir, que el principio *pro homine* impone que, en lugar de asumir una interpretación restrictiva, en el presente caso, de derivar inhabilidad electoral del parágrafo del art. 2° de la Ley 80 de 1993, y así impedir el ejercicio del derecho fundamental a ser elegido (Art. 40 C.N.), se adopte la tesis que posibilite que el particular pueda ejercer su derecho.

La tesis interpretativa que posibilita esto último es justamente la que advierte esta Sala de Revisión, según la cual las cooperativas de entidades territoriales se asimilan a entidades estatales única y exclusivamente para efectos de la aplicación del régimen de contratación estatal y no para derivar consecuencias de inhabilidad electoral a terceros.

Así pues, la Sección Quinta utilizando la ficción legal del parágrafo del art. 2° de la Ley 80 de 1993, de asimilar las cooperativas de entidades territoriales a entidades públicas sólo a efectos contratación estatal, y concordándola de manera forzada con las causales de inhabilidad del numeral 4° del art. 30 de la Ley 617 de 2000, derivó con desconocimiento del principio de legalidad, una inhabilidad electoral que conllevó a la violación del derecho a ser elegido en cabeza del actor.

5.11. Por todo lo anterior, teniendo en cuenta que la conducta imputada al actor no conllevaba, por virtud de las normas aplicadas a su caso, a la declaratoria de nulidad de su elección como Gobernador, con lo cual se presenta una violación del principio de legalidad como del debido proceso y con ello un defecto sustantivo, la Sala revocará la sentencia de tutela proferida por el H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del veinte (20) de octubre del año dos mil cinco (2005), que decidió negar el amparo de los derechos constitucionales fundamentales al señor Libardo José López Cabrales y en su lugar concederá el amparo solicitado en cuanto a los derechos al debido proceso, acceso a cargos y funciones públicas y elegir y ser elegido. En consecuencia dejará sin efectos la sentencia del 24 de agosto de 2005, proferida por la Sección Quinta del H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, que declaró la nulidad del acto de elección del señor Libardo José López Cabrales como Gobernador del Departamento de Córdoba, para el periodo constitucional 2004-2007 y canceló su credencial para actuar como Gobernador expedida por la Organización Electoral.

Asimismo, a título de restablecimiento de los derechos fundamentales conculcados al actor, se ordenará su reintegro al cargo de Gobernador del Departamento de Córdoba, a fin de culminar su período constitucional, sin perjuicio de que se haya o no adelantado un nuevo proceso electoral para elegir gobernador. Es de aclarar que esta decisión difiere de lo tratado en las sentencias SU-640 de 1998 y SU-168 de 1999, puesto que para decidir la protección que el señor López Cabrales reclama no se requirió confrontar una decisión judicial proferida en violación de un precedente judicial sobre el periodo de alcaldes y gobernadores, tema allí tratado, sino que refirió sobre su derecho al debido proceso ante el desconocimiento del principio de legalidad en materia de inhabilidades electorales y su derecho fundamental a ser elegido, que deben garantizarse sin importar que en el curso del proceso se haya o no designado el reemplazo para el cargo que ocupaba el actor. Si bien en las sentencias de unificación quedó resuelto que los alcaldes de las poblaciones que allí se mencionan serían reintegrados a sus cargos *“en el caso de que aún no se haya realizado la elección popular de nuevo alcalde para dicho municipio”*, esto último no fue planteado en los proceso, de lo que se sigue que se trató de una manifestación circunstancial, y por ende sin carácter de precedente jurisprudencial de obligatorio acatamiento.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia de tutela proferida por la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo- del H. Consejo de Estado, el veinte (20) de octubre del año dos mil cinco (2005), que decidió negar el amparo de los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso (art. 29 C.P.), a ser elegido y a ejercer cargos públicos (art. 40 C.P.) invocados por el ciudadano Libardo José López Cabrales, y en su lugar **CONCEDER** el amparo solicitado.

Segundo.- Como consecuencia de lo anterior, **DEJAR SIN EFECTOS** la sentencia del 24 de agosto de 2005, proferida por la Sección Quinta -Sala de lo Contencioso Administrativo- del H. Consejo de Estado, que declaró la nulidad del acto de elección del señor Libardo José López Cabrales como Gobernador del Departamento de Córdoba, para el periodo constitucional 2004-2007 y canceló su credencial para actuar como Gobernador expedida por la Organización Electoral.

Tercero.- ORDENAR a título de restablecimiento de los derechos fundamentales conculcados al ciudadano Libardo José López Cabrales, sea reintegrado a su cargo de Gobernador del Departamento de Córdoba, a fin de culminar su período constitucional, sin perjuicio de que se haya o no adelantado un nuevo proceso electoral para elegir gobernador. Para estos efectos infórmese a la Organización Nacional Electoral.

Cuarto.- Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ
Magistrada Ponente

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado
CON SALVAMENTO DE VOTO

JAIME ARAUJO RENTERIA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVARO TAFUR GALVIS A LA SENTENCIA T-284/2006

Referencia: expediente T-1244552

Acción de tutela instaurada por Libardo José López Cabrales contra la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado

Magistrada Ponente:
Dra. CLARA INES VARGAS
HERNANDEZ

Con el respeto acostumbrado manifiesto que no comparto la decisión de la Sala de Revisión en el proceso de la referencia, por las mismas razones que fueron expuestas en la ponencia que presenté a consideración de la misma y que no fue aceptada.

En dicha ponencia cuyos considerandos se transcriben a continuación en su integridad, se señaló lo siguiente:

“II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

(...)

2. Materia sometida a revisión

El actor instauró acción de tutela contra la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo, del H. Consejo de Estado, para que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 C.P.), al “*ejercicio de funciones públicas*” y el “*poder político de elección popular*” (art. 40 C.P.) y se garantice el respeto del principio de la buena fe (art. 83 C.P.). Concretamente solicitó que se dejara sin efectos jurídicos la sentencia proferida por el ente accionado en única instancia el veinticuatro (24) de agosto de 2005 mediante la cual se declaró nulo el acto de su elección como Gobernador del Departamento de Córdoba para el período 2004-2007, y se ordenara proferir un nuevo pronunciamiento judicial ajustado a derecho.

El actor invocó la supuesta configuración en el presente caso de una vía de hecho por haberse incurrido -en su criterio- en dicha sentencia en i) un defecto *orgánico* -en tanto afirma que por vía de interpretación se creó judicialmente una inhabilidad no prevista en la ley y por cuanto la sentencia que decretó la nulidad no tuvo la mayoría requerida para ser aprobada; ii) un

defecto *fáctico* en cuanto se le dio la naturaleza de entidad pública a la Cooperativa ECOGESTAR LTDA., sin considerar la prueba de su naturaleza privada según el Registro de la Cámara de Comercio; iii) un defecto *sustantivo* pues a su juicio se desconoció el artículo 230 superior que ordena a los jueces someterse al imperio de la Ley para fundar sus decisiones, ya que en el presente caso la autoridad judicial no se acogió a las normas vigentes que determinan la naturaleza jurídica de las administraciones públicas en forma de Cooperativas -Decreto 1482 de 1989- como personas jurídicas de derecho privado, sino que adoptó su decisión con fundamento en la doctrina y la jurisprudencia -criterios auxiliares- para establecer su nueva naturaleza jurídica como entes públicos.

El juez de instancia -en este caso la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado- decidió negar por improcedente el amparo constitucional solicitado, para lo cual señaló que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esa Corporación la acción de tutela no procede contra providencias judiciales en firme.

Corresponde entonces a la Sala examinar si asistió o no razón al juez de instancia cuando negó por improcedente el amparo constitucional solicitado por el actor y concretamente si en el presente caso se configuró o no una vía de hecho judicial como éste lo pretende.

3. Consideraciones preliminares

Previamente la Sala considera necesario efectuar las siguientes precisiones en torno a i) el carácter excepcional de la intervención del juez de tutela en las decisiones judiciales y los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para que pueda afirmarse que se ha incurrido en una vía de hecho; ii) el debido proceso en materia sancionatoria y en particular el necesario respeto del principio de legalidad en materia de inhabilidades, y iii) el alcance de la inhabilidad señalada en el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 y su concordancia con el párrafo del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 que resultan pertinentes para el examen que corresponde efectuar a la Sala de decisión en el presente caso.

3.1 El carácter excepcional de la intervención del juez de tutela en las decisiones judiciales y los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para que pueda afirmarse que se ha incurrido en una vía de hecho

Esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha considerado que, en principio, contra las decisiones judiciales no procede la acción de tutela y que de éstas se predica su obligatoriedad incondicional, como quiera que cuando el órgano judicial aplica la voluntad abstracta de la ley a un caso concreto se supone que lo hace con sujeción estricta a la Constitución Política, porque a

los jueces y a los tribunales les compete acatar la Carta, y lograr su aplicación en los hechos, las relaciones sociales y las acciones de los poderes públicos⁷⁴.

Desde esta perspectiva, la protección constitucional por vía de tutela frente a decisiones judiciales solo resulta posible cuando la actuación de la autoridad judicial se ha dado en abierta contravía de los valores, principios y demás garantías constitucionales y con el objetivo básico de recobrar la plena vigencia del orden jurídico quebrantado y la restitución a los titulares en el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales afectados.

Respecto de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales en firme, vale recordar que mediante sentencia C-543 de 1992⁷⁵ esta Corte declaró inexecutable los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, normas éstas que regulaban su ejercicio contra sentencias judiciales, por considerar que desconocían las reglas de competencia fijadas por la Constitución Política y afectaban el principio de seguridad jurídica⁷⁶, al tiempo que dispuso que “(...) *nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable (..)*”.

Ahora bien, en decisión reciente, esta Corporación, al resolver sobre la conformidad con la Carta Política de una disposición que limitaba la protección de los derechos fundamentales de los asociados en el ámbito del recurso de casación⁷⁷, reiteró la jurisprudencia de esta Corte en materia de procedencia de la acción de tutela cualquiera fuere la autoridad que vulnere o amenace los derechos fundamentales, a la vez que recordó que la doctrina constitucional en la materia “*no sólo se encuentra respaldada en el artículo 86 de la Carta sino también en los artículos 2 del Pacto Internacional de*

⁷⁴ Ver, entre otras, la sentencia C-739 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

⁷⁵ M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁷⁶ Sobre el particular la sentencia citada señaló que “(...) *nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como éstas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.*”

⁷⁷ Sentencia C-590 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño. En esta oportunidad esta Corte declaró inexecutable la expresión “*ni acción*”, contenida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, como quiera que “*la acción de tutela procede contra decisiones judiciales en los casos en que esta Corporación ha establecido y con cumplimiento de los presupuestos generales y específicos ya indicados*”.

Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos incorporados a la Constitución por vía del artículo 93 de la Carta⁷⁸”, en cuanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos obliga a los Estados partes de la comunidad internacional a establecer un recurso sencillo, efectivo y breve de protección cierta de los derechos fundamentales de los asociados siempre que se los amenace o desconozca.

Se refirió esta Corte, en la sentencia de constitucionalidad en comento, a los distintos cuestionamientos que se formulan contra la acción de tutela contra decisiones judiciales en firme y pudo concluir i) que no es de recibo argumentar que en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente se resolvió restringir la protección constitucional al ámbito de las actuaciones administrativas, porque esta propuesta, luego de haber sido debatida *“resultó amplia y expresamente derrotada por la mayoría con el argumento, claramente expuesto en el debate, según el cual impedir la tutela contra decisiones judiciales podría crear un ámbito de impunidad constitucional y reduciría la eficacia de los derechos fundamentales a su simple consagración escrita⁷⁹”*; y ii) que no es dable admitir que la acción de tutela contraría la naturaleza de la protección de los derechos fundamentales, en cuanto desconoce las decisiones de las autoridades judiciales instituidas para protegerlos, *“porque la doctrina constitucional comparada parece coincidir de manera unánime en que la tutela -amparo o acción de constitucionalidad- contra las sentencias es un corolario lógico del modelo de control mixto de constitucionalidad (..) necesario para garantizar, simultáneamente, la primacía de la Constitución y de los derechos fundamentales”*. Indica la decisión:

“Los desacuerdos en la doctrina y la jurisprudencia más especializada se producen más bien en torno al alcance de esta figura y al tipo y grado de eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito judicial. No obstante, a estas alturas de la evolución de la doctrina constitucional, parece que nadie niega la importancia de que exista un último control de constitucionalidad de aquellas sentencias que hubieren podido vulnerar los derechos fundamentales de las partes y, en particular, el derecho de acceso a la administración de justicia.

No puede perderse de vista que la más importante transformación del derecho constitucional en la segunda mitad del siglo XX fue la consagración de la Constitución como una verdadera norma jurídica. En otras palabras, en el nuevo Estado constitucional, las constituciones -y en particular los derechos fundamentales-

⁷⁸ Al respecto Cfr entre otros, los autos 220A/02, 149A/03, 010/04 y la sentencia SU-1158/03.

⁷⁹ En este aparte se hace referencia a la propuesta sustitutiva presentada por los honorables constituyentes Hernando Yepes Arcila, Rodrigo Llorente Martínez, Carlos Rodado Noriega, Mariano Ospina Hernández y María Teresa Garcés Lloreda. Gaceta Constitucional No. 142 p.182 en la cual se propone restringir el ámbito de aplicación de la tutela y los debates consecuentes hasta la votación definitiva del texto del hoy artículo 86 de la Constitución. Dicha propuesta fue votada y negada por la Asamblea.

dejaron de ser normas formalmente prevalentes pero jurídicamente irrelevantes para convertirse en las normas jurídicas de mayor eficacia o poder vinculante dentro del ordenamiento. Para lograr esta transformación, los distintos sistemas jurídicos incorporaron al texto constitucional poderosos sistemas de garantía tendientes a asegurar la sujeción de todos los órganos del Estado a las disposiciones constitucionales y, muy en particular, a los derechos fundamentales.

En este novedoso y potente sistema de protección de la Constitución, la tutela contra sentencias juega un papel fundamental: el control de constitucionalidad de las sentencias sirve para desplegar con fuerza la eficacia normativa de los derechos fundamentales en todos los ámbitos de aplicación del derecho. En otras palabras, de lo que se trata es de asegurar el llamado “efecto irradiación” de los derechos fundamentales en jurisdicciones acostumbradas a seguir fielmente los mandatos del derecho legislado sin atender a las normas constitucionales que podrían resultar relevantes para resolver la respectiva cuestión.

Entonces, la acción de tutela -o el llamado recurso de amparo o recurso de constitucionalidad- contra sentencias constituye uno de los ejes centrales de todo el sistema de garantía de los derechos fundamentales. Este instrumento se convierte no sólo en la última garantía de los derechos fundamentales, cuando quiera que ellos han sido vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad judicial, sino que sirve como instrumento para introducir la perspectiva de los derechos fundamentales a juicios tradicionalmente tramitados y definidos, exclusivamente, desde la perspectiva del derecho legislado. En otras palabras, la tutela contra sentencias es el mecanismo máspreciado para actualizar el derecho y nutrirlo de los valores, principios y derechos del Estado social y democrático de derecho.”

También destacó la Corte, en la oportunidad a que se hace referencia, la acción de tutela como mecanismo de unificación de la jurisprudencia constitucional, diseñado por el constituyente con el propósito de que un órgano único determine el alcance de los derechos fundamentales asegurando de esta manera unidad y seguridad en la aplicación e interpretación “*del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales por parte de todos los jueces de la República -con independencia de la causa que se encuentren juzgando-*”.

Ahora bien no sobra recordar que la protección constitucional por vía de tutela frente a decisiones judiciales solo resulta posible cuando la actuación de la autoridad judicial se ha dado en abierta contrariedad con los valores, principios y demás garantías constitucionales y con el objetivo básico de

recobrar la plena vigencia del orden jurídico quebrantado y la restitución a los titulares en el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales afectados.

En ese orden de ideas, considerando que esta posibilidad tiene un alcance excepcional y restrictivo, la Corte Constitucional ha venido construyendo a partir de la Sentencia C-543 de 1992 una nutrida doctrina en torno al catálogo de requisitos que se deben cumplir para que ésta resulte procedente; doctrina cuyos primeros desarrollos aparecen contenidos en las Sentencias T-079 de 1993 y T-231 de 1994 y que luego se ha enriquecido en múltiples decisiones posteriores.

Según la doctrina constitucional⁸⁰, para que pueda proceder una tutela contra una sentencia judicial resulta necesario que se cumplan a cabalidad todos y cada uno de los siguientes requisitos de procedibilidad: (1) La cuestión que se pretende discutir a través de la acción de tutela debe ser una cuestión de evidente relevancia constitucional. (2) Sólo procede si han sido agotados todos los mecanismos ordinarios de defensa judicial salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable. (3) La acción no procede cuando el actor ha dejado de acudir a los medios ordinarios de defensa judicial. (4) La tutela sólo procede cuando la presunta violación del derecho fundamental en el proceso judicial tiene un efecto directo y determinante en la decisión de fondo adoptada por el juez. (5) En la tutela contra sentencias corresponde al actor identificar con claridad la acción u omisión judicial que pudo dar lugar a la vulneración, así como el derecho vulnerado y las razones de la violación. (6) El juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. (7) La tutela contra una decisión judicial debe interponerse ante el superior funcional del juez que profirió la decisión impugnada. Si se dirige contra la Fiscalía General de la Nación, se repartirá al superior funcional del Juez al que esté adscrito el Fiscal. Lo accionado contra la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, será repartido a la misma corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, Sección o Subsección que corresponda. (8) No procede la acción de tutela contra sentencias de tutela. (9) La acción de tutela contra sentencias solo procede en los casos en que se pueda calificar la actuación del juez como una vía de hecho. (10) Que la vía de hecho sea alegada por el actor dentro de un término razonable al de su ocurrencia.

En ese sentido la jurisprudencia constitucional⁸¹ ha identificado claros presupuestos para establecer la ocurrencia de una vía de hecho judicial, precisando que esta última tiene lugar cuando se advierte en la actuación

⁸⁰ Ver entre muchas otras las sentencia T-336 de 2004 M.P. Dra Clara Inés Vargas Hernández, SU-189 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil y SU-901/05 M.P. Jaime Córdoba Triviño

⁸¹ Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las siguientes Sentencias: T-327 de 1994, SU-014 de 2001, T-1001 de 2001, T-852 de 2002, T- 088, T-639 y T-996 de 2003, T-336 de 2004 y T-701 de 2004. Así como la sentencia SU-120 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis..

judicial acusada un defecto orgánico⁸², sustantivo⁸³, fáctico⁸⁴, procedimental⁸⁵ o por consecuencia⁸⁶.

3.2 El debido proceso en materia sancionatoria y el necesario respeto del principio de legalidad en materia de inhabilidades

3.2.1. Como lo ha explicado la Corte de manera reiterada es al Legislador a quien corresponde fijar el régimen aplicable al ejercicio de funciones públicas por los servidores públicos y por los particulares en los casos que la

⁸² Tiene establecido la Corte que el defecto orgánico se configura en los eventos en que la decisión cuestionada ha sido proferida por un operador jurídico que carecía de competencia para ello, esto es, cuando el funcionario es claramente incompetente para dictar la providencia.

⁸³ En cuanto al defecto sustantivo o material, éste se presenta cuando la decisión judicial se sustenta en una disposición claramente inaplicable al caso concreto, situación que tiene lugar en los siguientes casos: 1) tratándose de la aplicación de una norma inexistente, 2) que haya sido derogada o declarada inexecutable, 3) que estando vigente su aplicación resulta inconstitucional frente al caso concreto, o 4) que estando vigente y siendo constitucional, la misma es incompatible con la materia objeto de definición judicial. Dentro del defecto sustantivo pueden enmarcarse también aquellas providencias que desconocen el precedente judicial, en especial el que es fijado por la Corte Constitucional respecto de la materia debatida o con efectos *erga omnes*.

⁸⁴ El defecto fáctico se entiende estructurado siempre que existan fallas estructurales en la decisión que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. En ese orden, tales deficiencias pueden generarse como consecuencia de una omisión judicial, como puede ser la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido -insuficiencia probatoria-, o por vía de una acción positiva, como puede ser la errada interpretación de las pruebas allegadas al proceso -interpretación errónea- o la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto -ineptitud e ilegalidad de la prueba-.

⁸⁵ Sobre los defectos procedimentales, ha dicho este Tribunal que los mismos tienen ocurrencia cuando la autoridad judicial se aparta abiertamente y sin justificación válida de la normatividad procesal aplicable al caso concreto. En estos casos, para que exista un desconocimiento del procedimiento previsto en la ley, la jurisprudencia ha señalado que éste debe cumplir dos requisitos: 1) que obedezca a un error manifiesto que contraría el debido proceso y se proyecte sobre la decisión final y 2) que en ningún caso el mismo resulte atribuible al afectado.

⁸⁶ En relación con el defecto o vía de hecho por consecuencia, ha dicho la corte que esta tiene lugar en los casos en los que la providencia judicial se soporta en hechos o situaciones jurídicas realizadas por una autoridad diferente a quien la dicta, y cuyo manejo irregular afecta de manera grave e injusta derechos o garantías fundamentales. En estos eventos, sucede que, aun cuando la decisión es adoptada con pleno acatamiento de la ley aplicable, se genera una vía de hecho como consecuencia de la negligencia de otros funcionarios públicos, que obligados a colaborar con la administración de justicia, actúan en forma negligente induciendo en error al funcionario judicial competente y afectando en forma grave los derechos y garantías constitucionales de quienes intervienen en la actuación judicial. En la Sentencia T-705 de 2002, la Corte precisó que la vía de hecho por consecuencia se configura siempre y cuando la decisión judicial “*se base en la apreciación de hechos o situaciones jurídicas, en cuya determinación los órganos competentes hayan violado derechos constitucionales, y (ii) que tenga como consecuencia un perjuicio iusfundamental*”.

misma ley señale y es a este a quien compete establecer las sanciones que les son aplicables (arts. 123, 124, 150-23)⁸⁷.

Ahora bien, cabe recordar que en el sistema jurídico colombiano la responsabilidad del servidor público tiene diferentes manifestaciones que se derivan de la necesidad de proteger de manera específica diferentes bienes jurídicos. Así ha de tomarse en cuenta que el universo del derecho sancionador no se limita al derecho disciplinario y al derecho penal a los que generalmente se hace referencia. Como lo ha señalado la jurisprudencia⁸⁸, este derecho es una disciplina compleja que recubre diferentes regímenes sancionatorios con características específicas, pero sometidos todos a unos principios de configuración claros destinados a proteger las garantías constitucionales ligadas al debido proceso.

Al respecto a título de ejemplo resulta pertinente recordar el análisis efectuado por la Corte en relación con el régimen sancionatorio en materia administrativa. Así al examinar algunas competencias atribuidas al Banco de la República esta Corporación señaló lo siguiente:

“5.1.2. En la doctrina⁸⁹ se postula, así mismo, sin discusión que la administración o las autoridades titulares de funciones administrativas lo sean de potestad sancionadora y que ésta en cuanto manifestación del ius puniendi del Estado está sometida a claros principios generalmente aceptados, y en la mayoría de los casos proclamados de manera explícita en los textos constitucionales. Así, a los principios de configuración del sistema sancionador como los de legalidad (toda sanción debe tener fundamento en la ley), tipicidad (exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras) y de prescripción (los particulares no pueden quedar sujetos de manera indefinida a la puesta en marcha de los instrumentos sancionatorios), se suman los propios de aplicación del sistema sancionador, como los de culpabilidad o responsabilidad según el caso – régimen disciplinario o régimen de sanciones administrativas no disciplinarias- (juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor de un delito o falta⁹⁰), de proporcionalidad o el denominado non bis in ídem”⁹¹.

⁸⁷ Ver entre otras las sentencias C-708/99, C-233/02 y C-1080/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis, y C-406/04 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁸⁸ Ver la Sentencia C-827/01 M.P. Alvaro Tafur Galvis. Así mismo ver la Sentencia 51 de la Corte Suprema de Justicia, del 14 de abril de 1983, MP Manuel Gaona Cruz, citada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-214 de 1994, MP Antonio Barrera Carbonell.

⁸⁹ Juan Alfonso Santamaría Pastor. Principios de Derecho Administrativo. Volumen II. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. Tomo II. Segunda Edición. 2000.

⁹⁰ Ver Ramón Parada Vásquez. Derecho Administrativo. Tomo I Marcial Pons. Madrid 1996. Luis Morell Ocaña. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II “La actividad de las administraciones públicas. Su control administrativo y jurisdiccional”. Arandazi. Madrid. 1996.

Estos principios comunes a todos los procedimientos que evidencian el *ius puniendi* del Estado -legalidad, tipicidad, prescripción, culpabilidad, proporcionalidad, non bis in idem-, resultan aplicables a los diferentes regímenes sancionatorios establecidos –penal, disciplinario, fiscal, civil, administrativo no disciplinario -, o que se establezcan por el legislador para proteger los diferentes bienes jurídicos ligados al cumplimiento de los fines del Estado y el ejercicio de las funciones públicas⁹².

La Corte ha precisado que debido a las particularidades de cada uno de los regímenes sancionatorios, que difieren entre sí por las consecuencias derivadas en su aplicación y por los efectos sobre los asociados, dichos principios adquiere matices dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate, siendo en todo caso en materia penal que los presupuestos son los más estrictos⁹³.

3.2.2 Ahora bien, cabe precisar que la Corte ha hecho particular énfasis en que en el Estado de derecho el principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder. En este sentido ha dicho esta Corporación “no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley”⁹⁴.

Al respecto, no sobra recordar que tanto el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos en su artículo 15-1⁹⁵, como la Convención Americana de Derechos Humanos en los artículos 8 y 9⁹⁶, se refieren en forma particular y explícita al respeto del principio de legalidad.

La Carta Política colombiana, por su parte en el artículo 29 establece que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, exigiendo al legislador (i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas, (ii) señalar anticipadamente las respectivas sanciones, así como (iii) la determinación de

⁹¹ Sentencia C-827/01 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

⁹² Ver al respecto la sentencia C-233/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁹³ Ver Sentencia C-406/04 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹⁴ Ver Sentencia C-710/01 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁹⁵ "Artículo 15-1 Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello." (subrayas fuera de texto)

⁹⁶ "Principio de legalidad y de retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas, según el derecho aplicable. Tampoco puede imponerse pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello." (subrayas fuera de texto).

las autoridades competentes y (iv) el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo ello en aras de garantizar un debido proceso.

En torno de cada uno de los aspectos enunciados, la jurisprudencia ha precisado el entendimiento que en el ordenamiento jurídico colombiano debe darse al artículo 29 constitucional⁹⁷, haciendo énfasis entre otros temas en los principios de reserva legal y de tipicidad o taxatividad de las sanciones⁹⁸.

Sobre el particular ha dicho particularmente la Corte lo siguiente:

“Como ya lo ha determinado la Corte Constitucional, el principio de legalidad es inherente al Estado Social de Derecho, representa una de las conquistas del constitucionalismo democrático, protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial, asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal y actúa regulando el poder sancionatorio del Estado a través de la imposición de límites "al ejercicio de dicha potestad punitiva"⁹⁹. Así, ha señalado que en virtud de este principio las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa”¹⁰⁰.

Cabe recordar entonces, que el principio de legalidad está integrado a su vez por el principio de reserva legal y por el principio de tipicidad, que por supuesto guardan entre sí una estrecha relación. Por lo tanto, sólo el legislador está constitucionalmente autorizado para consagrar conductas infractoras de carácter delictivo, contravencional o correccional, establecer penas restrictivas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario, y fijar los procedimientos penales o administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición. De acuerdo con el segundo, el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible, de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho, la omisión o la prohibición que da lugar a sanción de carácter penal o disciplinario. Igualmente, debe predeterminar la sanción indicando todos aquellos aspectos relativos a ella, esto es, la clase, el término, la cuantía, o el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición¹⁰¹.”¹⁰²

⁹⁷ Ver, entre otras, las sentencias C-127 de 1993, C-344 de 1996 y C-559 de 1999.

⁹⁸ Ver la Sentencia C-1080/02 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

⁹⁹ Ver entre otras sentencias la C-710 de 2001 y la C-099 de 2003.

¹⁰⁰ Ver la Sentencia C-597 de 1996.

¹⁰¹ Ver la Sentencia C-921 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁰² Sentencia C-406/04 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Esto quiere decir que la legítima aplicación de sanciones por parte del Estado¹⁰³ impone, como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, el respeto de dicha garantía fundamental del debido proceso destinada a “proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal”.¹⁰⁴

3.3 El alcance de la inhabilidad señalada en el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 en materia de contratación y su concordancia con el párrafo del artículo 2 de la Ley 80 de 1993

3.3.1 Cabe recordar que el Legislador en la Ley 617 de 2000 “*por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional*” en el Capítulo V sobre “*Reglas para la transparencia de la gestión departamental, municipal y distrital*”, estableció para el caso de los Gobernadores en los artículos 30 a 32 las causales de inhabilidad e incompatibilidad¹⁰⁵.

¹⁰³ Al respecto debe recordarse que dichos principios se aplican de manera general en el derecho sancionador. Ver Sentencia C-708/99, MP. Alvaro Tafur Galvis.

¹⁰⁴ Ver Sentencia C-653/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰⁵ Artículo 30. *De las inhabilidades de los Gobernadores.* No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador:

1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.
2. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.
3. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.
4. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental o en la *celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.* Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.
5. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.
6. Quien haya desempeñado el cargo de contralor departamental o procurador delegado en el respectivo departamento durante un período de doce (12) meses antes de la elección de gobernador.
7. Quien haya desempeñado los cargos a que se refiere el artículo 197 de la Constitución Nacional.

Artículo 31. *De las incompatibilidades de los Gobernadores.* Los Gobernadores, así como quienes sean designados en su reemplazo no podrán:

1. Celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo departamento, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo.
2. Tomar parte en las actividades de los partidos o movimientos políticos, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio.
3. Intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.
4. Intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el departamento o sus entidades descentralizadas.

Para efectos de la presente providencia resulta pertinente recordar que concretamente en el numeral 4 del artículo 30 de la referida Ley 617 de 2000 el legislador estableció que *“No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador (...) 4. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento”*.

En relación con la inhabilidad así establecida cabe resaltar concretamente que no podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.

Así las cosas se desprende de dicha norma una inhabilidad que cabe predicar de quien i) dentro del año anterior a la elección; ii) haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel; iii) en interés propio o de terceros; iv) siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento. Así mismo que la elección como Gobernador de una persona en quien se reúnan esos cuatro elementos, podrá ser anulada.

3.3.2 Resulta pertinente precisar igualmente que de acuerdo con el párrafo del artículo 2 de la Ley 80 de 1993¹⁰⁶ para los solos efectos de la referida Ley

5. Ser apoderado o gestor ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales del respectivo departamento, o que administren tributos, tasas o contribuciones del mismo.

6. Desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado.

7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular durante el período para el cual fue elegido.

Artículo 32. *Duración de las incompatibilidades de los gobernadores.* Las incompatibilidades de los gobernadores a que se refieren los numerales 1 y 4 tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta por doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.

Quien fuere designado como Gobernador, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.

Parágrafo. Para estos efectos, la circunscripción nacional, coincide con cada una de las circunscripciones territoriales.

¹⁰⁶ ARTICULO 2. DE LA DEFINICION DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PUBLICOS.

Para los solos efectos de esta ley:

lo. Se denominan entidades estatales:

a) La nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás

80, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del referido estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades.

No sobra precisar que en relación con dicho párrafo la Corte se pronunció en la sentencia C-040 de 2000 en la cual frente a un cargo por la supuesta vulneración el principio de igualdad la Corte declaró la exequibilidad del mismo.

Señaló la Corporación lo siguiente:

“La Corte constata que el cuestionado párrafo del artículo 2º. de la Ley 80 se limita a señalar que, para los efectos de la definición del régimen aplicable a su contratación, también tienen el carácter de entidades estatales, las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales las que, de consiguiente, quedan sometidas al régimen contractual previsto para las entidades estatales, que actualmente está contemplado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993).

A juicio de la Corte, al someter a las cooperativas y a las asociaciones que conformen las entidades territoriales al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, lejos de contrariar la Constitución Política, la disposición en comento la desarrolla fehacientemente pues, es bien sabido que este último, propende por hacer efectivos los principios de igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad en la contratación pública. Recuérdese que los mencionados principios, según el artículo 209 de la Carta, junto con los de eficacia, economía y celeridad, deben fundamentar el desarrollo de la función administrativa.

personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, Distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

2o. Se denominan servidores públicos:

a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas.

b) Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas.

3o. Se denominan servicios públicos:

Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.

PARAGRAFO. Para los solos efectos de esta ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades.
(subrayas fuera de texto)

De otra parte, la Corporación, lo encuentra también consonante con los artículos 286 y 288 de la Carta, conforme a los cuales las entidades territoriales -que son los departamentos, los distritos, los municipios, los territorios indígenas, y las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la Ley- deben ejercer sus competencias con observancia de los principios coordinación, concurrencia y subsidiariedad, todo lo cual hace constitucionalmente válida la previsión normativa contenida en el párrafo del artículo 2º. de la Ley 80 que se cuestiona, y explica que el Legislador se ajustó a los mandatos de la Carta, al someter al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a las cooperativas y a las asociaciones que aquellas conformen, especialmente cuando celebren convenios interadministrativos por cuenta de esas entidades.

Ciertamente, en sentir de la Corte, los esquemas contractuales que vinculen cooperativas formadas por las entidades territoriales o a las asociaciones conformadas por las entidades territoriales, son prístina expresión de la autonomía de gestión que les es propia dentro del esquema definido por el artículo 1º. de la Constitución Política. Ciertamente, unas y otras constituyen manifestaciones claras de las acciones conjuntas que deben acometer en desarrollo de los principios de coordinación y concurrencia, que al tenor de lo preceptuado por el artículo 288 de la misma, han de guiar las relaciones entre los distintos niveles territoriales.

De ahí que, en criterio de esta Corporación, el precepto en cuestión constituya cabal desarrollo de los preceptos de la Carta Política, en cuanto, además somete a un régimen de derecho público la contratación de estas entidades, con lo cual propende por la eficaz protección de los recursos públicos con los que esta se efectúa.”

A partir de los anteriores presupuestos procede la Corte a efectuar el análisis del caso concreto planteado a la Sala de Revisión.

4. El análisis del caso concreto

Como se ha señalado, en el presente caso se trata de establecer si se incurrió o no por parte de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en una vía de hecho con la decisión proferida el veinticuatro (24) de agosto del año dos mil cinco (2005), mediante la cual se decretó la nulidad de la elección del actor en el proceso de tutela como Gobernador del Departamento de Córdoba para el periodo 2004 2007¹⁰⁷.

¹⁰⁷ En el aparte pertinente de la parte resolutive de dicha providencia se señaló:

En dicha providencia la Sección Quinta encontró probado que:

“(E)el señor LIBARDO JOSÉ LÓPEZ CABRALES, actuando en interés propio y de terceros, pues además de ser socio de LOPECA LTDA., era su representante legal, dentro del año anterior a su elección, celebró contratos con la entidad pública denominada EMPRESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COOPERATIVA PARA LA GESTIÓN TERRITORIAL DEL DESARROLLO LIMITADA “ECOGESTAR LTDA”, cuya ejecución o cumplimiento debía cumplirse dentro del departamento de Córdoba, mismo por el cual resultó electo como su Gobernador para el período constitucional 2004-2007. Esta circunstancia configura en él la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, y al resultar elegido pesando sobre él dicha inelegibilidad, el acto administrativo por medio del cual se declaró de elección resulta viciado de nulidad, según la causal de nulidad prevista en el numeral 5º del artículo 223 del C.C.A., decisión que adoptará en esta providencia la Sala.”

Para fundamentar su decisión de decretar la referida nulidad la Sección Quinta de la Sala de los Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado señaló i) que en relación con el actor-**LIBARDO JOSÉ LÓPEZ CABRALES**- resultaban reunidos los presupuestos a que alude el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 por haber contratado durante el año anterior a la elección con una entidad pública en interés propio o de terceros para la ejecución de actividades en el departamento de Córdoba ii) que del análisis de la naturaleza jurídica de la Empresa de Administración Pública Cooperativa para la gestión territorial del desarrollo “ECOGESTAR LTDA” con la cual contrató el actor como representante legal y socio de la firma LOPECA Limitada, se desprende claramente su carácter público iii) que resultaba en ese caso igualmente aplicable el parágrafo del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 en cuanto al carácter de entidades estatales que en materia de contratación cabe dar a las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades.

Los apartes pertinentes de la decisión sobre estos aspectos son los siguientes:

En relación con la configuración en su caso de los elementos constitutivos de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 señaló:

“Cuarto.- Declárase la NULIDAD del acto de elección del señor LIBARDO JOSÉ LÓPEZ CABRALES como Gobernador del Departamento de Córdoba, para el período constitucional 2004-2007, contenido en el Acuerdo No. 003 del 17 de diciembre de 2002, expedido por el Consejo Nacional Electoral.

Quinto.- Cancélase la credencial expedida por la Organización Electoral al señor LIBARDO JOSÉ LÓPEZ CABRALES, para actuar como Gobernador del Departamento de Córdoba por el período constitucional 2004-2007”.

“(E)stando demostrado que el señor LIBARDO JOSÉ LÓPEZ CABRALES resultó electo Gobernador del Departamento de Córdoba para el período constitucional 2004-2007¹⁰⁸, y que actuando como representante legal de la firma LOPECA LIMITADA¹⁰⁹, de la que además es uno de sus socios, celebró, dentro del año anterior a su elección, los contratos de dirección técnica, administrativa y financiera Nos. 05-102-2002 y 01-123-2002, fechados el 25 de noviembre de 2002 y el 21 de marzo de 2003 respectivamente¹¹⁰, y que el objeto de éstos contratos debía ejecutarse o cumplirse en municipios que forman parte del departamento de Córdoba, sólo resta examinar si la EMPRESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COOPERATIVA PARA LA GESTIÓN TERRITORIAL DEL DESARROLLO LIMITADA “ECOGESTAR LTDA”, tiene el carácter de una entidad pública, lo cual se desarrollará en el siguiente capítulo.

(...)

En relación con la naturaleza jurídica pública que la Sección identificó en el caso de la Empresa de Administración Pública Cooperativa para la gestión territorial del desarrollo limitada “ECOGESTAR LTDA” expuso entre otros los siguientes argumentos:

“De las Entidades Públicas y la Naturaleza Jurídica de ECOGESTAR LTDA

Al no existir en el ordenamiento jurídico Colombiano una definición legal de lo que ha de entenderse por “entidades públicas”, corresponde a la Sala acudir a lo que Doctrinal y Jurisprudencialmente se ha dicho sobre el particular.

(...)

En síntesis, la identificación de una entidad pública se logra a través de criterios tales como: 1.- Forma de Creación; 2.- Origen del Capital; 3.- Forma de adhesión o vinculación a ellas; 4.- Objeto a desarrollar; 5.- Prerrogativas, y 6.- Inspección, Vigilancia y Control Fiscal. Por consiguiente, se ocupará la Sala de establecer, con fundamento en la prueba legal y oportunamente aportada al plenario, si todos los ingredientes anteriores se cumplen respecto de la empresa denominada “ECOGESTAR LTDA”.

(...)

Pues bien, el compendio normativo que antecede despeja toda duda en torno a la forma de creación de las empresas de Administración Pública Cooperativa, cuyo origen es reglado, dado que el legislador autoriza a la Nación y a las entidades territoriales para que por su iniciativa se diera creación a este tipo de asociaciones cooperativas. Aunque su acto de constitución puede hacerse por “documento privado”, esa circunstancia no le imprime el carácter privado a esas entidades, pues como se ha venido explicando, antes de ello se advierte la presencia de la Ley dando cabida a

¹⁰⁸ Consúltese el acápite de Pruebas Relevantes numeral 1.

¹⁰⁹ Consúltese el acápite de Pruebas Relevantes numerales 2 y 3.

¹¹⁰ Consúltese el acápite de Pruebas Relevantes numerales 6 y 7.

esa forma asociativa entre esfuerzos públicos y privados, que se pueden concretar “mediante leyes, ordenanzas o acuerdos”, con lo que sin temor a equívoco se puede asegurar que se trata de entidades autorizadas por la ley o por aquellos actos administrativos salidos del seno de las Asambleas Departamentales o los Concejos Municipales. En el caso de ECOGESTAR LTDA., no obstante la participación de personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, su origen es público, por gozar de una naturaleza jurídica regulada en la ley y autorizada por ordenanzas y acuerdos, complementado por el hecho de que su creación estuvo auspiciada por entes territoriales como el Municipio de San Antero y el Municipio de San Pelayo, recibiendo dentro de sus socios últimamente al Departamento de Sucre. Por tanto, encuentra la Sala que está demostrado el origen público de ECOGESTAR LTDA.

(...)

Según los Estatutos Generales de ECOGESTAR LTDA., modificados por la Asamblea General realizada el 29 de junio de 2001, la composición de su capital es mixto¹¹¹, puesto que entidades territoriales como el Municipio de San Antero, el Municipio de San Pelayo y el Departamento de Sucre, son titulares del 92.785% del capital suscrito y pagado, en tanto que las personas jurídicas de derecho privado que forman parte de la misma son titulares del restante 7.215%. Es decir, el capital es mayoritariamente público y por lo mismo se puede colegir que el origen del capital es público, pese a esa participación exigua de capital privado.

(...)

(E)l objeto legalmente asignado a las Administraciones Públicas Cooperativas, caracterizadas por la prestación de servicios a sus asociados, tiene gran afinidad con los fines esenciales del Estado Colombiano, como el de “servir a la comunidad” (C.N. Art. 2), del que participan no solo los Departamentos a través de sus Asambleas¹¹², sino también los Municipios por medio de sus Concejos¹¹³. De modo que el objeto de entidades como la estudiada, no se dirige a la satisfacción de intereses particulares, pues comparte la necesidad de promocionar el interés general y la satisfacción de necesidades públicas, que son motivos suficientes para justificar este tipo de figuras jurídicas. Por consiguiente, por su objeto social se puede tener a dicha empresa como una entidad pública.

(...)

Al ser ECOGESTAR LTDA., una Empresa de Administración Pública Cooperativa, donde existe una importante participación de capital público, el legislador previó para ese tipo de personas jurídicas las mismas prerrogativas existentes para las entidades que las conforman, circunstancia que así se estableció en el artículo 41 del Decreto 1482 del 7 de julio de

¹¹¹ Consúltese el literal b) del numeral 5 del acápite Pruebas Relevantes.

¹¹² De conformidad con lo dispuesto en el artículo 300 de la C.N., modificado por el A.L. No. 01 de 1996 artículo 2, dentro de las funciones de las Asambleas Departamentales está la de “Reglamentar el ejercicio de las funciones y la prestación de los servicios a cargo del departamento” (num.1).

¹¹³ Según el artículo 313 de la C.N., corresponde a los Concejos Municipales “Reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio”(num. 1).

1989, al disponer: “Las administraciones cooperativas, como entidades de interés común e integrantes del sector cooperativo, serán beneficiarias de las medidas de promoción y fomento, de los privilegios, prerrogativas y exenciones establecidas y que se establezcan a favor de las instituciones que lo constituyen”. Por consiguiente, este elemento de las entidades públicas también identifica a las empresas de administración pública cooperativa.

(...)

El examen de los componentes anteriores da cuenta de que todos y cada uno de ellos se cumple, lo que conduce a la ineludible conclusión de que la EMPRESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COOPERATIVA PARA LA GESTIÓN TERRITORIAL DEL DESARROLLO LIMITADA “ECOGESTAR LTDA”, tiene la calidad de entidad pública, aserto que ya había sido advertido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, al emitir un concepto relacionado con estas figuras asociativas.

“Lo anterior indica el origen presupuestal de los recursos utilizados para cumplir con los aportes ordinarios o extraordinarios de las entidades asociadas y con los cuales se forma el patrimonio de las administraciones públicas cooperativas.

De tal manera que no ofrece duda alguna la naturaleza pública de tales recursos (art. 25 Decreto 1482 / 89) y su afectación a la prestación de servicios públicos (art. 1º ibídem), independientemente del régimen especial de funcionamiento, integrado por elementos de derecho público y de derecho privado, al que están sujetas dichas entidades.

Por consiguiente, son entidades públicas creadas por la Nación o las entidades territoriales, a las que por su naturaleza cooperativa se les aplica la legislación cooperativa, en lo que fuere pertinente (art. 8º Ley 79 de 1988), y por lo mismo están sujetas a la inspección y vigilancia del DANCOOP (arts. 39 y 40 del Decreto 1482 de 1989). Dicha naturaleza especial de cooperativas es compatible con el carácter público de los aportes que conforman su patrimonio, circunstancia en la cual se fundamenta el ejercicio de las funciones de control fiscal por parte de la Contraloría ”¹¹⁴ (Resalta la Sala)

Sobre la aplicación, en este caso, del párrafo del artículo 2º de la Ley 80 de 1993 señaló:

“Insistió la defensa, a lo largo de sus diversas intervenciones, que ECOGESTAR LTDA., es una entidad estatal asimilada, según los términos del párrafo del artículo 2º de la Ley 80 del 28 de octubre de 1993, y que esa asimilación solamente puede admitirse para los fines de la contratación estatal. Sin embargo, contrario a lo sostenido por la defensa, para la Sala esta es una razón adicional a favor de la tesis de que las administraciones públicas cooperativas sí tienen la calidad de entidades públicas, puesto que

¹¹⁴ Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de junio de 1996. Radicación: 809. Consejero Ponente: Dr. César Hoyos Salazar.

el legislador ha querido que ellas se sujeten, de alguna manera, a los principios del régimen de la contratación pública, merced al influjo de capital proveniente del Estado, que por supuesto no puede ser manejado de una manera discrecional sino regulada.

La norma citada en el párrafo anterior aporta mayores luces sobre el carácter público de las entidades denominadas Administraciones Públicas Cooperativas, al prescribir sobre el particular.

“Artículo 2º.- De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

- - -

PARÁGRAFO.- Para los solos efectos de esta ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades” (Resalta la Sala).

La participación pública mayoritaria en la conformación del capital de las Administraciones Públicas Cooperativas es una razón que determina el carácter público o estatal de esa entidad, lo cual ya fue objeto de análisis.

Igualmente, por lo dicho en el párrafo del precepto antecedente, resulta innegable la configuración de la causal de inhabilidad endilgada al Gobernador demandado, dado que ella se presenta en el contexto de la “celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel”, y es precisamente en ese escenario que el legislador asimila a las Administraciones Públicas Cooperativas a entidades públicas o estatales, no solo cuando ellas celebran convenios interadministrativos con entidades territoriales sino también cuando celebran contratos en desarrollo de los mismos convenios, puesto que esa es la correcta interpretación del párrafo cuando acepta esa asimilación “especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades”. Además, lo anterior conservó su vigencia y alcance pese a la expedición del Decreto 2170 del 30 de septiembre de 2002 “Por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993, se modifica el Decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999”, dictado por el Presidente de la República, puesto que en su artículo 14 se dijo: “De los

contratos interadministrativos con cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales. De conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 2° de la Ley 80 de 1993, los contratos que se celebren en desarrollo de los convenios interadministrativos estarán sujetos a dicha ley... ”.

Ahora bien, los contratos celebrados por el señor LIBARDO JOSÉ LÓPEZ CABRALES en representación de la firma LOPECA LTDA., con ECOGESTAR LTDA., fueron en desarrollo de convenios interadministrativos que ésta última había celebrado con algunas entidades territoriales, circunstancia que se aprecia con facilidad al dar una lectura al Contrato de Dirección Técnica, Administrativa y Financiera No. 01-123-2002 del 21 de marzo de 2003, donde se dijo: “..., hemos celebrado el presente contrato para la Dirección Técnica, Administrativa y Financiera del Convenio Interadministrativo No. 123 de 2002 cuyo objeto es...”, lo que igualmente acontece en el Contrato de Dirección Técnica, Administrativa y Financiera No. 05-102-2002 del 25 de noviembre de 2002, donde se adujo: “..., hemos celebrado la presente Orden para la Dirección Técnica, Administrativa y Financiera del Convenio Interadministrativo No. 102-2002 cuyo objeto es... ”.

Por tanto, no cabe duda que los contratos citados en el párrafo anterior fueron celebrados por ECOGESTAR LTDA., en desarrollo de convenios interadministrativos y que por lo mismo, en aplicación del párrafo del artículo 2° de la Ley 80 de 1993, y por referirse la inhabilidad invocada a la celebración de contratos con entidades públicas, la naturaleza pública de la Administración Pública Cooperativa denominada ECOGESTAR LTDA., emerge con toda claridad, como así lo concluyó la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación al conceptuar:

“1.- A partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, las administraciones públicas cooperativas deben observar integralmente el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los contratos que celebren.

*2.- No se aplica el régimen de contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado, **por cuanto las administraciones públicas cooperativas constituyen una especie de entidades públicas asociativas**, las cuales se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993).*

3.- Los contratos que celebren las administraciones públicas cooperativas con particulares, en desarrollo de convenios o contratos interadministrativos suscritos con sus asociados, vale decir, con las entidades territoriales, están sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el cual dispone que la

escogencia del contratista se efectúa a través de licitación o concurso públicos, salvo los casos allí previstos”¹¹⁵

De otro lado, a las administraciones públicas cooperativas se les asigna un régimen de contratación de derecho público o privado, dependiendo de la participación que en sus arcas haya de capital público, tal como lo prescribe el Decreto 1482 del 7 de julio de 1989 en su artículo 43.

“Artículo 43.- Contratación. Los contratos de las administraciones cooperativas tendrán un tratamiento similar al establecido para los contratos de las sociedades de economía mixta, teniendo en cuenta el monto de los aportes sociales individuales provenientes de las entidades públicas asociadas a la misma. Cuando en la administración cooperativa estos aportes conformen el noventa por ciento (90%) o más de la totalidad de los aportes sociales, los contratos se someterán a las reglas previstas para los contratos de las empresas industriales o comerciales del Estado de acuerdo con las normas legales vigentes.

Los contratos de las administraciones cooperativas en que el total de los aportes sociales de las entidades públicas asociadas sea inferior al noventa por ciento (90%) mencionado se someterán a las reglas del derecho privado salvo las excepciones que consagre la ley”.

De nuevo el legislador al expedir la Ley 454 del 4 de agosto de 1998, puntualizó en su artículo 66 la necesidad de que tales entidades observaran los principios rectores de la contratación estatal, como el de la transparencia, igualdad, imparcialidad, publicidad, economía, celeridad, moralidad, eficiencia y responsabilidad. Por tanto, aquello de la asimilación de las administraciones públicas cooperativas a entidades estatales, no desdibuja la calidad de entidad pública que corresponde a entidades como ECOGESTAR LTDA., donde la participación del capital público, proveniente de dos municipios y un departamento, es verdaderamente dominante (92.785%).

El Magistrado Darío Quiñónez Pinilla aclaró su voto en el sentido de señalar que si bien compartía la decisión de declarar la nulidad de la elección del Señor Libardo José López Cabrales como Gobernador del Departamento de Córdoba para el periodo 2004-2007 por configurarse la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, en relación con las razones que pueden aducirse para la configuración de dicha causal debía precisar que en tanto consideraba la Empresa Ecogestar Limitada como una persona jurídica de derecho privado la razón para declarar la nulidad era que dicha empresa en cuanto Cooperativa conformada por entidades territoriales, se asimila en aplicación del parágrafo del artículo 2 de la Ley 80 a una entidad estatal para efectos contractuales, y que, en consecuencia, para

¹¹⁵ Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 26 de julio de 1996. Radicación: 849. Consejero Ponente: Dr. Luis Camilo Osorio.

lo relativo a la inhabilidad establecida en el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, es, entonces, en los términos de esta norma, una entidad pública, pues, precisamente, la inhabilidad está referida a la intervención en la celebración de contratos.

Al respecto los principales apartes de su aclaración son los siguientes:

“De manera atenta me permito expresar las razones de la aclaración de mi voto a la sentencia dictada en los procesos acumulados de la referencia. Aunque comparto la decisión de declarar la nulidad del acto que declaró la elección del Señor Libardo José López Cabrales como Gobernador del Departamento de Córdoba para el periodo 2004-2007, discrepo de algunos de los razonamientos que se hacen en la providencia para llegar a la conclusión de que se configura la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 30 de la ley 617 de 2000.

En efecto: Dicha causal de inhabilidad para ser elegido Gobernador se estructura por la “intervención en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento”. Esa inhabilidad exige, entonces, que la intervención en la celebración de contratos se haga con entidades públicas de cualquier nivel y por esa razón el punto central de controversia en el proceso fue el relativo a la definición de si los contratos señalados por los demandantes como celebrados por el Gobernador demandado, efectivamente, lo fueron con una entidad pública, pues solo de esa manera se puede determinar la configuración de dicha inhabilidad.

Como los contratos invocados por los demandantes fueron celebrados por la firma “Lopeca Ltda.”, representada por el demandado Libardo José López Cabrales, con la Cooperativa denominada “Empresa de Administración Pública Cooperativa de Gestión territorial del Desarrollo “Ecogestar Ltda.”, resultaba necesario establecer si esta empresa, organizada con fundamento en los artículos 130 de la Ley 79 de 1988 y en el Decreto 1482 de 1989, como empresa de servicios en la forma de administración pública cooperativa, es una entidad pública.

En la sentencia se llega a la conclusión de que dicha empresa, por su naturaleza jurídica, es una entidad pública. En ese punto discrepo de la sentencia, pues considero que no tiene esa categoría sino que, por razón del párrafo del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, para los efectos de esa ley, se asimila a una entidad estatal.

(...)

7º. Con los criterios analizados en la sentencia, en realidad no se puede concluir, como se hizo, que “Ecogestar Ltda.” sea una entidad pública. En efecto: la forma de creación, el capital mayoritario de las entidades públicas que conforman dicha empresa, la forma de vinculación, el objeto que desarrolla, las prerrogativas de la empresa, la inspección, vigilancia y control que sobre ella ejerce la Superintendencia de la Economía

Solidaria, así como el control fiscal de la Contraloría General de la República, no determinan la naturaleza de entidad pública de “Ecogestar Ltda.”, pues respecto de las cooperativas en todas sus formas asociativas, el legislador definió que son personas jurídicas de derecho privado.

Sin embargo, aunque “Ecogestar Ltda.” es una persona jurídica de derecho privado, en aplicación del parágrafo del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, se asimila a una entidad estatal para efectos contractuales, pues dicha norma dispone que “Para los solos efectos de esta ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades”.

Lo anterior conduce a la consideración de que si “Ecogestar Ltda.” en cuanto Cooperativa conformada por entidades territoriales, se asimila a una entidad estatal para efectos contractuales, para lo relativo a la inhabilidad establecida en el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, es, entonces, en los términos de esta norma, una entidad pública, pues, precisamente, la inhabilidad está referida a la intervención en la celebración de contratos. De modo que los contratos que celebre una empresa de servicios en la forma de administración pública cooperativa, como “Ecogestar Ltda.”, especialmente los celebrados en desarrollo de convenios interadministrativos, por virtud de asimilación legal, se entienden celebrados con una entidad pública y, por lo mismo, inhabilita a quien haya celebrado alguno de ellos con esa entidad dentro del año anterior a la elección y aspire a ser elegido Gobernador. Esto, por cuanto si una Cooperativa conformada por entidades territoriales celebra un contrato con un tercero para la ejecución de una obra o la prestación de un servicio que le corresponde desarrollar por cuenta de una de las entidades territoriales que la conforman, en realidad está ejecutando una actividad contractual a cargo de la respectiva entidad pública.

La situación antes descrita se presenta en el caso de los contratos invocados por los demandantes como constitutivos de la causal de inhabilidad del Gobernador demandado. En efecto, entre “Ecogestar Ltda.” y la firma Lopeca Ltda., representada por el Señor Libardo López Cabrales, se celebraron dos contratos para la dirección técnica, administrativa y financiera de los convenios interadministrativos números 123 y 102, ambos de 2002. Esos convenios tenían el siguiente objeto: El primero, el mejoramiento de la vía San Andrés - Carreto - San Juan de la Cruz y San Andrés Pueblecito, municipio de San Andrés de Sotavento; y el segundo la construcción de redes y conexiones domiciliarias del corregimiento del Banco, Construcción línea de conducción tanque elevado redes El Hoyal, Construcción redes y conexiones domiciliarias del corregimiento El Hoyal, del sistema de acueducto corregimientos el Banco - El Hoyal, municipio de San Andrés de Sotavento. Es decir que el contratista Lopeca Ltda. celebró dos contratos para la ejecución de obras

públicas a cargo del municipio de San Andrés de Sotavento y, por tanto, si bien es cierto no los celebró con esa entidad territorial, sí lo hizo con una empresa de servicios en la forma de administración pública cooperativa que al actuar por cuenta de una entidad pública por naturaleza, con el objeto de desarrollar unos contratos interadministrativos para la ejecución de unas obras públicas a cargo de ésta, se asimila, para esos efectos contractuales, a una entidad estatal o pública. Esto muestra que los contratos celebrados por “Ecogestar Ltda.” con Lopeca Ltda., en realidad, tenían por objeto la ejecución de unos contratos de obra pública a cargo de un municipio y, por consiguiente, así “Lopeca Ltda” no los haya celebrado directamente con la entidad pública obligada por disposición legal a la realización de dichas obras, lo hizo con una empresa que, para los efectos contractuales, asume igualmente la condición de entidad pública.”

El Magistrado Reinaldo Chavarro Buriticá salvó su voto por considerar que no asistía razón a los demás miembros de la Sección Quinta de la Sala de lo contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la calificación como entidad pública de la Empresa de Administración Pública Cooperativa para la gestión territorial del desarrollo limitada “ECOGESTAR LTDA”, ni en la aplicación en ese caso del parágrafo del artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

Al respecto los principales apartes de su salvamento son los siguientes:

“Con el mayor respeto por la decisión mayoritaria de la Sala. me aparto de la misma porque considero que atribuye a la ley una interpretación que no consulta ni la literalidad del texto ni su alcance teleológico”.

(...)

(La sentencia señala que) “Ecogestar Ltda., es Administración Pública Cooperativa de las reguladas en el artículo 130 de la ley 79 de 1998 Y decreto 1482 de 1989, pero por la iniciativa de su creación que es reglada, por su capital público mayoritario, porque está sometida a la vigilancia del Presidente de la República través del Dancoop y al control fiscal respecto del capital de origen público y que, por lo tanto, es una entidad pública. Cita y transcribe un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado donde se afirma igualmente que tales asociaciones son entidades públicas pero sin dar ninguna razón”¹¹⁶.

i) Esto planteamiento no puede ser más deleznable. Todos estos artilugios argumentales resultan contradichos por normas expresas y claras de la ley. En efecto, en primer lugar, es claro que si bien el artículo 130 de la ley 79 de 1998 establece la existencia de las empresas de servicios en la forma de Administraciones Públicas Cooperativas, cuya constitución debe ser ordenada por la Nación, los departamentos, los municipios y distritos municipales. esto es, exclusivamente por entidades públicas, el Gobierno Nacional. en uso de facultades extraordinarias conferidas en el artículo

¹¹⁶ Consejo de Estado Sala de Consulta y servicio Civil Concepto 809 de 6 de junio de 1996.

131 *ibidem* para reglamentarias, expidió el decreto ley 1482 de julio 7 de 1989. donde dispuso la participación de personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, como miembros de esas. administraciones públicas cooperativas, con lo cual autorizó una integración mixta de las mismas, circunstancia que introduce un elemento nuevo y determinante de la naturaleza jurídica de estas últimas, que en todo caso excluye la posibilidad de tenerlas como entidades públicas.

(...)

ii). Un segundo argumento en que se sustenta el fallo consiste en afirmar que la disposición del parágrafo del artículo 2 de la ley 80 de 1993 que establece: "Para los solos efectos de esta ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales. las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto. Especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades" significa que "... el legislador asimila a las Administraciones Públicas Cooperativas a entidades públicas o estatales, no solo cuando ellas celebran convenios interadministrativos con entidades territoriales sino también cuando celebran contratos en desarrollo de esos mismos convenios(...)

Las palabras de la ley son el límite infranqueable de las interpretaciones posibles de las normas jurídicas. Es claro, sin embargo, que la necesidad de una interpretación sistemática a efectos de llenar vacíos de la ley acudiendo a la aplicación de principios y valores superiores a fin de realizar el cometido teleológico de las reglas de derecho, permite al juez o al intérprete decidir con acierto los problemas jurídicos que le corresponden.

Pero ese no es el caso, el parágrafo transcrito contiene un precepto claro que atribuye a las empresas de servicios bajo la forma de Administraciones Públicas Cooperativas el régimen estatal de contratación y nada más, tanto en relación con los convenios interadministrativos que celebra con entidades públicas como los que celebra con distintos cocontratantes para la ejecución de dichos convenios y así lo ratifica el decreto reglamentario. Y ese régimen de privilegio corresponde al desarrollo de la voluntad del constituyente expresada en términos de: .. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad" y .. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial" En manera alguna significa que las Administraciones Públicas Cooperativas pasan a ser entidades públicas cuando celebren dichos contratos.

De tal manera que, la decisión en el sentido de atribuir a la celebración de un convenio interadministrativo u otro contrato con un particular para ejecutar el anterior, sometido al régimen de contratación previsto en la ley 80 de 1993, la virtualidad de trasmutar la naturaleza jurídica de la entidad de derecho privado que lo celebra en entidad pública, es una hermenéutica equivocada que se distancia por igual de las palabras de la

ley como de su vocación teleológica.

Así lo corrobora la jurisprudencia de la Corte Constitucional con ocasión del estudio realizado sobre el concepto de servidor público, para efectos de contratación, en donde, mutatis mutandi, determinó el alcance de la mención "para los solos efectos. de esta ley" contenida en el parágrafo del artículo 2 de la ley 80 de 1993. Discurrió así la Corte:

“Según lo anterior, un aspecto sustancial de un estatuto de contratación lo constituye la determinación de los sujetos públicos y privados que intervienen en la relación contractual; es. así como en el arto 2 de la ley 80 de 1993 se hace, "para los solos efectos de esta ley" una definición de las entidades estatales que pueden intervenir como sujetos, habilitados jurídicamente, en los procesos de contratación. Entre dichas entidades se incluyen "las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas. jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria. "

Como un aspecto consecuencial y para efectos de la responsabilidad que puede exigirse a los servidores públicos que intervienen en las operaciones contractuales la norma en cuestión define, igualmente para los efectos de dicha ley. qué personas naturales tienen la condición de servidores públicos. Por consiguiente se descarta la posibilidad de que el Estatuto, por la sola circunstancia de hacer la anotada definición, se pueda asimilar a un estatuto de función pública.

Resultaría un despropósito, por lo tanto, que alguien pretendiera utilizar la norma, no obstante su advertencia y las implicaciones que de su aplicación se derivan, para resolver situaciones de orden laboral administrativo, cuando resulta evidente que la ley 80 única y exclusivamente persigue establecer unas reglas y principios a los cuales deben someterse las "entidades estatales" en el ejercicio de la actividad contractual; ... ¹¹⁷

En el mismo orden, si lo que define el referido parágrafo es que las Administraciones Públicas Cooperativas están sometidas al régimen establecido en la ley 80 de 1993, para cuyo efecto se denominan entidades estatales, no se le puede hacer decir que si celebran uno de dichos contratos cambian su naturaleza jurídica de entidad privada en entidad pública porque ese no es el alcance normativo de aquél ni su finalidad.

Estas son pues, las razones de mi discrepancia total con la posición mayoritaria de la Sala.”

¹¹⁷ Corte Constitucional Sentencia C-230 de 1.995 M.P. doctor Antonio Barrera Carbonell

Frente a la sentencia -cuyos elementos esenciales se han transcrito, incluidos la aclaración y el salvamento que la acompañan- el actor invoca la existencia de una vía de hecho que puede considerarse estructurada, en tres aspectos principales a saber **i)** haberse incurrido en un defecto orgánico por a) atribuirse la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado una función constitucional que no le corresponde al interpretar las normas electorales y crear judicialmente una inhabilidad no prevista en la ley ; b) por cuanto la sentencia que decretó la nulidad no tuvo la mayoría requerida para ser aprobada pues uno de los magistrados salvó su voto y otro lo aclaró, con lo que en su criterio *“la decisión definitiva que se adoptó contó con dos votos congruentes con las pretensiones de la demanda, un voto contrario a dichas pretensiones y un voto negativo”*; **ii)** por configurarse en la sentencia atacada un defecto fáctico en la medida en que se le dio la naturaleza de entidad pública a la Empresa de Administración Pública Cooperativa para la gestión territorial del desarrollo limitada “ECOGESTAR LTDA”, sin considerar la prueba de su naturaleza privada según el Registro de Cámara de la Comercio; **iii)** por configurarse en la sentencia atacada un defecto sustantivo pues a su juicio se desconoció el artículo 230 superior que ordena a los jueces someterse al imperio de la Ley para fundar sus decisiones, ya que en el presente caso la autoridad judicial no se acogió a las normas vigentes que determinan la naturaleza jurídica de las administraciones públicas en forma de Cooperativas -Decreto 1482 de 1989- como personas jurídicas de derecho privado, sino que adoptó su decisión con fundamento en la doctrina y la jurisprudencia -criterios auxiliares- para establecer su nueva naturaleza jurídica como entes públicos.

Al respecto procede la Sala a efectuar el análisis de los elementos planteados por el actor, frente a los cuales el juez de instancia -en este caso la Sección Primera Sala de lo contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado- señaló simplemente que la acción de tutela no procede en relación con decisiones judiciales en firme ajustadas a derecho, por lo que previamente se harán algunas consideraciones sobre la procedibilidad de la acción de tutela en el presente caso.

4.1 La procedibilidad de la acción

Esta Corporación ha señalado de manera reiterada que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Al respecto, la Corte ha hecho énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección que no debe superponerse ni suplantar los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico¹¹⁸.

¹¹⁸ Así ha dicho esta Corporación en relación con el contenido del inciso 3o del artículo 86 de la Constitución que:

En ese orden de ideas corresponde examinar si en el presente caso existe o no otro mecanismo judicial para la defensa judicial del derecho invocado por el actor.

El actor reconoce en su escrito que tiene la posibilidad de acudir al recurso de revisión de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998. Empero manifiesta que como lo ha señalado esta Corporación -para lo cual invoca la sentencia T-960 de 2003- el referido recurso no tendría la misma efectividad que la tutela en punto a la protección de los derechos fundamentales invocados por cuanto al momento de ser resuelto muy posiblemente el periodo constitucional para el que fue elegido habrá concluido.

Al respecto la Sala de Revisión señala que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corporación efectivamente resulta posible acudir a la acción de tutela en circunstancias como a las que alude el actor para la protección de los derechos fundamentales ligados al ejercicio de los derechos políticos a ser elegido y a desempeñar cargos públicos (art. 40 C.P.) a pesar de la posibilidad que se tiene para acudir al recurso extraordinario aludido¹¹⁹.

Ahora bien, en la medida en que el Juez de instancia -en este caso la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado- señaló simplemente que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esa Corporación¹²⁰ la acción de tutela es improcedente contra providencias judiciales que pongan fin a un proceso o actuación dictadas conforme a derecho, la Sala considera pertinente reiterar que como se puso de presente en los apartes preliminares de esta providencia no cabe descartar de manera absoluta la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

"El sentido de la norma es el de subrayar el carácter supletorio del mecanismo, es decir, que la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico" Sentencia T-106 /93 M.P. Antonio Barrera Carbonell

¹¹⁹ Ver entre otras la Sentencia T-870/05 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹²⁰ Alude esencialmente al pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado dentro del proceso de pérdida de investidura del señor Edgar José Perea Arias en sentencia del 29 de junio de 2004 -Exp. No. AC-102031, M. P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

por cuanto debe verificarse en cada caso concreto si ella es procedente, observando si reúne los estrictos requisitos precisados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para que se configure una vía de hecho judicial¹²¹.

En ese orden de ideas para la Sala de Revisión lo que corresponde examinar entonces es si los presupuestos que ha señalado la jurisprudencia para que se configure una vía de hecho judicial se reúnen, pues solo de ser así resultaría posible que mediante tutela se acceda a la protección constitucional solicitada; en caso contrario procederá negar la acción de tutela instaurada por improcedente ante la ausencia de los elementos que con base en la Constitución la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado como constitutivos de una vía de hecho.

Entonces, a continuación la Sala adelantará el examen de los supuestos defectos que el actor reprocha a la sentencia proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado mediante la cual se declaró la nulidad de la elección del actor como Gobernador del departamento de Córdoba para el periodo 2004-2007.

Dado que el actor hace consistir dichos defectos orgánico, fáctico y sustantivo esencialmente en dos aspectos a saber i) la ausencia de la mayoría necesaria para proferirse la decisión y ii) la equivocación en que se habría incurrido al calificar a la Empresa de Administración Pública Cooperativa para la Gestión Territorial del Desarrollo Limitada “ECOGESTAR LTDA. como entidad pública lo que comportaría un defecto orgánico, fáctico y sustancial en la sentencia atacada, la Corte agrupará los argumentos formulados por el actor y procederá al análisis de dichos aspectos en los siguientes acápite de esta providencia.

4.2 El análisis de la supuesta configuración de una vía de hecho por haberse incurrido en un defecto orgánico consistente en la ausencia de mayoría para proferir la sentencia atacada

Para el actor en el presente caso se incurrió en un defecto orgánico constitutivo de una vía de hecho por cuanto la sentencia no obtuvo la mayoría requerida para ser aprobada. Al respecto precisa que la decisión que se adoptó *“contó con dos votos congruentes con las pretensiones de la demanda, un voto contrario a dichas pretensiones y un voto negativo, de donde se puede concluir entonces que la decisión de declarar la nulidad de la elección como Gobernador del Departamento del Córdoba no contó con una decisión mayoritaria”*.

¹²¹ Ver entre otras la Sentencia T-870/05 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

La Sala constata que contrario a lo afirmado por el actor es claro que en el presente caso ningún defecto cabe endilgar a la sentencia proferida por el hecho de que la misma haya sido aprobada por tres miembros de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso del H. Consejo de Estado -uno de los cuales aclaró su voto-, mientras que otro de los magistrados se apartó de la decisión y salvó su voto.

Al respecto basta advertir que el Magistrado Darío Quiñónez Pinilla aclaró su voto en el sentido de señalar que si bien compartía la decisión de declarar la nulidad de la elección del Señor Libardo José López Cabrales como Gobernador del Departamento de Córdoba para el periodo 2004-2007 por configurarse la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 por haber éste contratado con una entidad pública en el año anterior a la elección en interés propio y de terceros en relación con actividades que debían realizarse en el mismo departamento -asunto que era el objeto de la solicitud de nulidad- solamente respecto de las razones que podían aducirse para la configuración de dicha causal debía precisar que en tanto consideraba la Empresa Ecogestar Limitada como una persona jurídica de derecho privado, la razón para declarar la nulidad por él compartida era que dicha empresa en cuanto Cooperativa conformada por entidades territoriales, se asimila en aplicación del párrafo del artículo 2 de la Ley 80 a una entidad estatal para efectos contractuales, y que en consecuencia para lo relativo a la inhabilidad establecida en el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, es, entonces, en los términos de esta norma, una entidad pública, pues, precisamente, la inhabilidad está referida a la intervención en la celebración de contratos.

Es decir que no solamente se afirma que la causal de inhabilidad se encuentra configurada sino que ella está claramente demostrada. Aduce concretamente que resulta aplicable en ese caso el párrafo del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, fundamento de la decisión que igualmente se señala en el texto de la misma y que comparten los magistrados que aprobaron la decisión sin ningún tipo de aclaración.

Es decir que en manera alguna puede afirmarse que en relación con la configuración de la inhabilidad señalada en el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 no haya existido la mayoría requerida para declarar la nulidad solicitada y proferir la sentencia respectiva.

A ello cabe agregar que como pasa a explicarse en el siguiente acápite de esta sentencia es precisamente el criterio común señalado por los tres magistrados que aprobaron la sentencia del veinticuatro (24) de agosto de 2005 el que resulta pertinente tomar en cuenta para efectos de si se configura o no en este caso una vía de hecho como la que alega el actor.

4.3 El análisis de la supuesta configuración de una vía de hecho por haberse incurrido en un defecto orgánico, fáctico y sustantivo al atribuirse el carácter de entidad pública a la Empresa de Administración Pública Cooperativa para la gestión territorial del desarrollo limitada “ECOGESTAR LTDA” para efectos de la configuración de la inhabilidad prevista en el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000

Para el actor la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa del H. Consejo de Estado al atribuir el carácter de entidad pública a la Empresa de Administración Pública Cooperativa para la Gestión Territorial del Desarrollo Limitada “ECOGESTAR LTDA.”, para dar por configurada la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, incurrió en un triple defecto -orgánico, fáctico y sustantivo- por cuanto i) dicha Sección se atribuyó una función constitucional que no le corresponde al crear judicialmente una inhabilidad no prevista en la ley; ii) no se tomó en cuenta la prueba del carácter privado de la misma consistente en el respectivo registro de Cámara de Comercio; iii) se desconocieron las normas cooperativas vigentes de las que se desprende dicha naturaleza jurídica privada.

Al respecto la Sala encuentra que como se desprende de las consideraciones preliminares de esta sentencia, sin que sea necesario entrar en el debate acerca del carácter público o privado que pueda tener la Empresa de Administración Pública Cooperativa para la gestión territorial del desarrollo limitada “ECOGESTAR LTDA”, es claro que para efectos de la configuración de la causal de inhabilidad establecida en el numeral 4 del artículo 30 de el Ley 617 de 2000 la invocación del parágrafo del artículo 2 de la Ley 80 de 1993¹²² basta para sustentar la configuración de la referida inhabilidad en caso de darse los supuestos en él señalados.

Ello igualmente basta para entender que la decisión adoptada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado no constituye una de aquellas decisiones respecto de las cuales la Corte ha señalado que su “ostensible desviación del ordenamiento jurídico las convierte -pese a su forma- en verdaderas vías de hecho”¹²³

¹²² Según el cual “Para los solos efectos de esta ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del referido estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades”.

¹²³ Ver Sentencia T-173/93 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Reacuérdesse que la acción de tutela contra providencias judiciales no se encuentra establecida para sustituir un criterio jurisprudencial frente a otro, sino para determinar si la decisión adoptada resulta de tal manera desligada del texto constitucional o legal que constituye una violación flagrante y grosera del ordenamiento jurídico por parte del juez, aunque pretenda cubrirse con el manto respetable de la resolución judicial.

Ahora bien, frente al texto de la sentencia respecto de la cual se invoca por el actor la configuración de una vía de hecho, es claro para la Sala que la misma se sustentó en una interpretación razonable entre otras posibles de las normas legales que se enmarca dentro de la autonomía funcional del juez.

En efecto, para la Sala, de la lectura concordada del párrafo del artículo 2 de la Ley 80 con el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 cabe válidamente considerar que la contratación con cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades, genera la inhabilidad a que alude el referido numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, en caso de que se reúnan los demás presupuestos que en él se señalan, a saber que se trate de contratos celebrados i) dentro del año anterior a la elección; ii) en interés propio o de terceros; iii) que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.

Para los solos efectos de la ley de contratación, dichas entidades son asimiladas por la Ley a entidades públicas y desde esta perspectiva dado que de lo que se trata es precisamente de la celebración de contratos, es claro que el presupuesto indicado en la ley para dicha asimilación se da en esas circunstancias.

Téngase en cuenta que en esa situación la inhabilidad aludida está llamada a cumplir una finalidad constitucionalmente relevante, pues busca obstaculizar el aprovechamiento de recursos públicos para desfigurar los procesos electorales. En efecto, -como ya lo ha puesto de presente la Corte- un contratista, por el hecho de adelantar obras de utilidad para la comunidad, puede llegar a ejercer una cierta influencia local, que podría aprovechar en los procesos electorales departamentales o municipales, con lo cual se viola la igualdad en este campo y se altera la propia dinámica de la participación política. Por esta razón resulta lógico que la ley exija un término prudencial antes de que pueda llegar ser Alcalde o Gobernador una persona que ha participado en contratos que interesen a la administración local respectiva¹²⁴.

¹²⁴ Ver al respecto entre otras la. Sentencia C-61/97. M.P.. Alejandro Martínez Caballero.

En ese orden de ideas, para la Sala, no asiste razón al demandante cuando afirma que la Sección Quinta creó una causal de inhabilidad no prevista por el Legislador pues lo que hizo fue dar aplicación al numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 concordando para el efecto dicho numeral con el párrafo del artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

Así las cosas mal puede afirmarse que con la interpretación realizada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso del H. Consejo de Estado se haya contrariado el principio de legalidad garantizado por el artículo 29 superior y que se predica del conjunto del derecho sancionatorio como ampliamente se ha explicado en esta sentencia¹²⁵. Y ello porque como se ha explicado, de lo que se trata no es de un criterio jurisprudencial que establece una causal de inhabilidad sino de la aplicación de la ley en un caso concreto a partir de la identificación de los supuestos en ella señalados.

Al respecto ha de tenerse en cuenta en efecto que como lo ponen de presente los tres magistrados que aprobaron la decisión que se ataca por el actor en el presente proceso, entre “Ecogestar Ltda.” y la firma “Lopeca Ltda.”, representada por el actor –Libardo José López Cabrales-, se celebraron dentro del año anterior a su elección como Gobernador del departamento de Córdoba dos contratos para la dirección técnica, administrativa y financiera de los convenios interadministrativos números 123 y 102, ambos de 2002¹²⁶. Convenios interadministrativos que tenían por objeto i) El primero, el mejoramiento de la vía San Andrés - Carreto - San Juan de la Cruz y San Andrés Pueblecito, municipio de San Andrés de Sotavento; y ii) el segundo la construcción de redes y conexiones domiciliarias del corregimiento del Banco, Construcción línea de conducción tanque elevado redes El Hoyal, Construcción redes y conexiones domiciliarias del corregimiento El Hoyal, del sistema de acueducto corregimientos el Banco - El Hoyal, municipio de San Andrés de Sotavento, todo ello en el departamento de Córdoba.

Entonces, es claro que tanto los supuestos a que se alude en el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000¹²⁷, como los que se señalan en el párrafo

¹²⁵ Ver entre otras las sentencias C-708/99, C-233/02 y C-1080/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis, y C-406/04 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹²⁶ De acuerdo con la sentencia los contratos celebrados por el señor LIBARDO JOSÉ LÓPEZ CABRALES en representación de la firma LOPECA LTDA., con ECOGESTAR LTDA., fueron en desarrollo de convenios interadministrativos que ésta última había celebrado con algunas entidades territoriales, circunstancia que se aprecia con facilidad al dar una lectura al Contrato de Dirección Técnica, Administrativa y Financiera No. 01-123-2002 del 21 de marzo de 2003, donde se dijo: “..., hemos celebrado el presente contrato para la Dirección Técnica, Administrativa y Financiera del Convenio Interadministrativo No. 123 de 2002 cuyo objeto es...”, lo que igualmente acontece en el Contrato de Dirección Técnica, Administrativa y Financiera No. 05-102-2002 del 25 de noviembre de 2002, donde se adujo: “..., hemos celebrado la presente Orden para la Dirección Técnica, Administrativa y Financiera del Convenio Interadministrativo No. 102-2002 cuyo objeto es...”.

¹²⁷ Artículo 30. “No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador (...) 4. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo

del artículo 2 de la Ley 80 de 1993¹²⁸ se encuentran reunidos en el presente caso y -sin desbordar su ámbito funcional- bien pudo entonces la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado considerar que estas normas resultaban aplicables en el presente caso independientemente de la naturaleza pública o privada que pudiera predicarse de la Empresa de Administración Pública Cooperativa para la gestión territorial del desarrollo “ECOGESTAR LTDA.

En consecuencia, la Sala encuentra a partir de las anteriores elementos que carece de sustento la argumentación del actor en el sentido de que la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado al emitir la sentencia atacada hubiera incurrido en una vía de hecho judicial que requiera la actuación del juez constitucional para garantizar el respeto de los derechos por él invocados como vulnerados.

Conclusión

Ha de concluirse entonces que no asiste razón al actor en cuanto a la configuración de los defectos orgánico, fáctico y sustancial que el invoca en la sentencia del veinticuatro (24) de agosto del año dos mil cinco (2005), proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. En consecuencia dado que no puede afirmarse que en la referida providencia se incurrió en una vía de hecho tampoco puede afirmarse que con ella se haya vulnerado el derecho fundamental al debido proceso, ni desconocido el derecho a ser elegido y a ejercer cargos públicos (art. 40 C.P.) y el principio de buena fe (art 83 C.P.), cuya protección solicitó el actor.

Es por ello que la Sala a la vez que reitera la jurisprudencia constitucional en el sentido de la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales constitutivas de una vía de hecho, confirmará, pero por las razones que se han expuesto en la presente providencia, la sentencia de tutela proferida por el H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del veinte (20) de octubre del año dos mil cinco (2005), que decidió negar por improcedente el amparo de los derechos constitucionales

departamento. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento”. (subrayas fuera de texto)

¹²⁸ Artículo 2. (...) Parágrafo. “Para los solos efectos de esta ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del referido estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades”. (subrayas fuera de texto)

invocados por el actor y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Confirmar, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la sentencia proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado, el veinte (20) de octubre del año dos mil cinco (2005), que decidió negar por improcedente el amparo constitucional solicitado.”

Dejo así expresado el salvamento de voto a la sentencia finalmente adoptada por la Sala de Revisión.

Fecha ut supra

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado