

Sentencia T-033/07

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Evolución jurisprudencial

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales genéricas de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Inexistencia de vía de hecho en sentencia del Consejo de Estado/FUNCIONARIO DE FACTO-Inhabilidad para ejercer cargo de Concejal

La Sala de Revisión encuentra que la decisión tomada por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia recurrida no es irrazonable y no puede ser tachada de arbitraria ni de vulneratoria de los derechos del actor de la tutela. La Sala de Revisión no considera que la interpretación realizada por la Sección Quinta en este punto sea caprichosa. La norma que contempla la inhabilidad aquí discutida dice que ella se aplica a “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 municipio o distrital...” Como se ve, el precepto no hace distinciones entre los funcionarios de jure y los de facto. Además, la misma jurisprudencia de la Sección Quinta ha reiterado de manera consistente que los actos de los funcionarios de hecho son válidos. Si ello es así, no se puede aseverar de ninguna manera que es descabellada la conclusión acerca de que a los funcionarios de facto también se les aplican las inhabilidades creadas para los funcionarios de jure.

TERMINO JUDICIAL FIJADO EN LA CONSTITUCION-Debe ser acatado

PROCESO DE NULIDAD ELECTORAL-Vencimiento del término constitucional no acarrea pérdida de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para resolverlo

La Sala de Revisión comprende que la jurisdicción contencioso administrativa está sometida a una inmensa carga de trabajo, en vista del alto número de procesos que debe resolver. Pero al mismo tiempo considera que no puede aceptarse que un término judicial fijado en la Constitución sea desatendido. El Congreso de la República consideró necesario que los

procesos de nulidad electoral sean fallados dentro de términos estrictos y para ello decidió reformar la Constitución en este punto. Si se acepta el principio de la supremacía de la Constitución es claro que los plazos fijados deben ser en todo caso acatados y que no puede aducirse como causal exoneratoria de responsabilidad la de la congestión judicial. Por lo tanto, cabe concluir que si bien el incumplimiento de los términos fijados en la Constitución para la decisión de los procesos de nulidad electoral no produce la prescripción de esos procesos ni la caducidad de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, ello sí genera responsabilidad para los funcionarios judiciales implicados. Esta responsabilidad deberá ser valorada por los órganos disciplinarios correspondientes. El término perentorio establecido mediante el Acto Legislativo no implica que la jurisdicción contencioso administrativa pierda competencia para fallar el proceso cuando el plazo está vencido. La acción electoral persigue la protección del orden jurídico, y fundamentalmente del principio democrático que informa la Constitución, de tal manera que no se puede considerar que la jurisdicción contencioso administrativa pierda su competencia para fallar sobre estos procesos cuando ha transcurrido el plazo establecido por la Constitución.

TERMINOS PARA FALLAR PROCESOS DE NULIDAD ELECTORAL-Falta de reglamentación no exime de responsabilidad a las instancias para dictar las respectivas sentencias/PROCESO DE NULIDAD ELECTORAL- Se deben compulsar copias a la autoridad disciplinaria cuando las Corporaciones judiciales se tomen más tiempo del indicado para dictar sentencia

La Sala encuentra que la ley no ha reglamentado el párrafo del artículo 14 del Acto Legislativo 01 de 2003. Esto significa que los procesos de nulidad electoral se siguen rigiendo por las normas contempladas en el Código Contencioso Administrativo, las cuales pueden dificultar el cumplimiento de los plazos máximos fijados en el mencionado párrafo para que se fallen los procesos de nulidad electoral. Pero, además, la falta de regulación permite que afloren distintas dudas sobre el procedimiento. Ante la incertidumbre existente sobre todos estos puntos parecería imposible exigir en este caso que se establezcan responsabilidades disciplinarias. Sin embargo, lo cierto es que aceptar esta posición significaría admitir que las normas constitucionales pueden ser incumplidas sin problema alguno hasta que no sean debidamente reglamentadas. Esta conclusión contradice claramente el fin de las normas constitucionales de fungir como normas jurídicas superiores, que deben regir toda la normatividad inferior y la actividad de los servidores públicos. Así, mientras el Legislador no reglamente lo materia, lo razonable es que tanto la primera como

la segunda instancia de los procesos de nulidad electoral realicen todos los esfuerzos necesarios para poder dictar sus respectivas sentencias en un plazo no superior a los seis meses. De esta manera, en principio, en todos aquellos casos en los que las corporaciones judiciales se tomen más tiempo del indicado para dictar las sentencias de nulidad electoral es preciso compulsar copias a la autoridad disciplinaria correspondiente para que ésta establezca si se ha incurrido en una falta.

ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2003-Reglamentación del párrafo del artículo 14

La Sala de Revisión considera que es necesario que se reglamente el aludido párrafo del artículo 14 del Acto Legislativo 01 de 2003, con el objeto de hacer claridad sobre el procedimiento al que deben ceñirse los procesos de nulidad electoral para cumplir con los términos perentorios fijados en el Acto Legislativo. Por eso, la Sala comunicará sobre la ausencia de reglamentación del mencionado párrafo al Congreso de la República y al Consejo Superior de la Judicatura, para que, en uso de sus competencias constitucionales y legales, procuren la superación de esta carencia.

Acción de tutela instaurada por Henry Gamboa Meza contra el Tribunal Administrativo de Santander y la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil siete (2007).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado, dentro del proceso de tutela instaurado por Henry Gamboa Meza contra el Tribunal Administrativo de Santander y la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo

del Consejo de Estado.

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Henry Gamboa Meza instauró una acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Santander y la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, bajo la consideración de que estas corporaciones judiciales vulneraron sus derechos al debido proceso y al desempeño de cargos públicos al dictar sus sentencias dentro del proceso de nulidad electoral iniciado en su contra, con lo cual habrían incurrido en una vía de hecho. Los hechos que dieron origen a la acción de tutela son los siguientes:

1. En las elecciones celebradas el 26 de octubre de 2003, el señor Henry Gamboa Meza fue elegido como concejal del municipio de Bucaramanga para el periodo 2004 - 2007, tal como lo declaró la Comisión Escrutadora de dicho municipio mediante acta expedida el 13 de noviembre de 2003.

2. El 28 de noviembre de 2003, el señor César Orduz entabló una acción de nulidad electoral contra la elección del señor Gamboa. El demandante le solicitó al Tribunal Administrativo de Santander que declarara la nulidad de las Actas General y Parcial de Escrutinios expedidas por la Comisión Escrutadora del Municipio de Bucaramanga, el 13 de noviembre de 2003, por cuanto el señor Gamboa estaría incurso en la inhabilidad contenida en los numerales 2 y 3 del artículo 40 de la ley 617 de 2000. El demandante solicitó también que se ordenara a la Registraduría Nacional del Estado Civil la cancelación de la credencial del señor Henry Gamboa como concejal electo de Bucaramanga y que se otorgara la credencial de concejal a quien fuera el llamado a ejercer el cargo dentro de la lista inscrita del Partido Liberal Colombiano.

El actor fundamentó su demanda con los siguientes argumentos:

Manifiesta que, en su condición de gerente del IMEBU, el señor Gamboa envió comunicaciones a diferentes funcionarios con el fin de realizar una reunión del Consejo Directivo, anunciando el orden del día del mismo. Menciona también que en el acta N° 1 del Consejo Directivo se consignó que el Presidente del mismo había dado a conocer el decreto de nombramiento del señor Gamboa como gerente encargado del IMEBU y que en el acta N° 2 se dejó constancia de que el señor Gamboa había actuado como gerente encargado.

De la misma manera, el demandante indicó que, en abril 30 de 2003, el señor Gamboa se desempeñó como secretario administrativo de Bucaramanga. Al respecto menciona que el señor Gamboa fue quien, en la secretaría administrativa, dio constancia, con su firma, de haber recibido una copia del acuerdo 011 del 30 de abril de 2003, por medio del cual se concedieron unas autorizaciones al alcalde de Bucaramanga. Dice que ello demuestra que “ejerció cargo de dirección administrativa y política, ostentando la competencia para firmar los acuerdos municipales antes de la sanción del señor alcalde como se prueba con el 008 de 2003, 018 y 029 del mismo año. Así mismo en tal condición otorgó vacaciones al señor CARLOS BLANCO ARANGO como se precisa en la resolución 003 de enero 30 de 2003.”

3. El 30 de enero de 2004, el Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda y declaró la suspensión provisional de las Actas Parcial y General de Escrutinio hasta que se resolviera de fondo sobre el asunto.

El Tribunal consideró que de las pruebas aportadas se deducía claramente que el señor Gamboa ostentaba la calidad de asesor de la administración municipal, para el 3 de febrero de 2003; de secretario administrativo de la alcaldía, para el 30 de abril de 2003; y de gerente encargado del IMEBU, para el 21 y el 22 de enero de 2003. Sobre el Instituto anota que fue creado mediante el acuerdo municipal No 30 del 19 de diciembre de 2002. Por lo tanto, concluye que

“(…) es clara y ostensible la ilegalidad del acto enjuiciado – en lo que concierne a la declaratoria de elección del señor HENRY GAMBOA MEZA como concejal del Municipio de Bucaramanga-, como quiera que de los documentos públicos aducidos con la solicitud, se establece que el señor HENRY GAMBOA MEZA dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección ejerció como empleado público, jurisdicción o autoridad política y administrativa, ya que en términos de lo dispuesto en los artículos 189 y 190 de la ley 136 de 1994, es de dicho tipo la que ejerce, además del alcalde, los secretarios de la alcaldía y los jefes de las entidades descentralizadas, entre otros, contraviniendo, con ello, la disposición contenida en el numeral 2 del artículo 40 de la ley 617 de 2000.

“De la misma manera se halla establecido que el señor HENRY GAMBOA MEZA, dentro del año anterior a la elección, fue representante legal del IMEBU (...) un establecimiento público del orden municipal que administra – entre otros recursos – títulos y tasas, en la medida en

que el patrimonio de dicho establecimiento se conforma por el impuesto de industria y comercio y por las tasas y demás derechos que perciba, bienes que administra el gerente, lo cual contraviene la disposición contenida en el numeral 3º del artículo 40 de la ley 617 de 2000...

“Ahora, de considerarse que no encaja la situación descrita en la previsión de considerarse el IMEBU como organismo que administra tributos y contribuciones, basta señalar para apreciar la palpable trasgresión que exige la norma pertinente, que se trata de una entidad descentralizada y que en los términos de la ley 136 de 1994 el declarado electo ejerció autoridad administrativa en su condición de gerente.”

4. Mediante auto del 13 de mayo de 2004, la Sección Quinta del Consejo de Estado revocó la providencia que decretó la suspensión provisional de las actas de declaración de elección.

Después de transcribir parcialmente el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el art. 40 de la Ley 617 de 2000, referido a las inhabilidades, la Sección Quinta concluye que de su contenido “se deduce la necesidad de acreditarse en el proceso los documentos públicos que comprueban la inhabilidad denunciada. Y si lo que se pretende es la suspensión provisional del acto de elección de concejal, como aquí acontece, deben acompañarse los correspondientes documentos públicos que acreditan, de un lado, la elección, y de otro, la elección o nombramiento y el desempeño del cargo o cargos inhabilitantes.”

Con base en lo anterior, y después de transcribir los artículo 122 de la Constitución, 2 del decreto 2503 de 1998 y 24 del decreto reglamentario 1950 de 1973, entra a analizar las pruebas aportadas al expediente:

“De conformidad con las anteriores disposiciones se colige una determinada complejidad en el acceso a los cargos públicos en Colombia, que conllevan así notoria diferencia respecto de los cargos del sector privado, en los que impera el principio del contrato, más aún, del contrato realidad. Mientras en los empleos del sector privado no se exigen formalidades especiales, bastando la prestación efectiva de una actividad personal subordinada y remunerada para que el cargo se considere ejercido, en el sector oficial se requiere la conjunción de una serie de requisitos conformados por el acto administrativo de nombramiento, la posesión y el ejercicio del cargo propiamente dicho, para no hablar de factores preliminares como la previsión del cargo en la respectiva planta de personal y la

disponibilidad presupuestal para atender el servicio. Siendo ello así resulta indudable que la condición de empleado público no se logra acreditando la participación del eventual servidor en uno o más actos propios del cargo; ello tan solo constituye una parte de la compleja condición que la Constitución y la ley reclaman al efecto.

“(…)

“De suerte que aunque las pruebas acompañadas por el actor, para probar la calidad de HENRY GAMBOA MEZA como gerente del Instituto Municipal del Empleo y Fomento Empresarial del Municipio de Bucaramanga, durante los 12 meses anteriores a su elección como Concejal de Bucaramanga, proporcionan algún dicho de haberse desempeñado como tal, sin embargo, por sí mismo, no constituyen prueba fehaciente de tal condición porque podría haber actuado como funcionario de facto, o incluso como impostor arrastrando una ilegitimidad no susceptible de tornarse en la inhabilidad que el ordenamiento positivo reprocha para la elección popular del alcaldes. Resulta apenas obvio que las inhabilidades electorales reprochadas por la Ley para acceder a los cargos de elección popular, por haberse ocupado cargos públicos durante los últimos doce (12) meses anteriores a la elección, hace relación a los cargos creados y desempeñados regular y legítimamente, porque son los únicos que pueden preverse dentro de una racional y lógica hermenéutica de las normas que consagran la materia”

Así, concluye que en este caso no se configuraba la transgresión manifiesta exigida por el Código Contencioso Administrativo para decretar la suspensión provisional de un acto, en razón de que no se habían aportado las pruebas exigidas para demostrar que el demandado había desempeñado un cargo público determinado en el tiempo anterior a la elección.

5. El 7 de febrero de 2005, el Tribunal Administrativo de Santander profirió su sentencia, en la que negó la nulidad solicitada.

Menciona que, de acuerdo con la demanda, los cargos ocupados por el señor Gamboa que generarían la inhabilidad serían: “jefe oficina asesora de planeación municipal, asesor del despacho del alcalde, secretario administrativo del municipio de Bucaramanga y gerente encargado del IMEBU.” A continuación asegura que está demostrado que, entre el 1º. de enero de 2001 y el 3 de agosto de 2003, el demandado ejerció los dos primeros cargos – Jefe de la Oficina Asesora de Planeación Municipal y asesor del despacho del alcalde –, pero

aclara que esos cargos no generan la inhabilidad, por cuanto “no se cumple con el presupuesto referido al ejercicio de autoridad civil, política o administrativa.”

Luego, en relación con el cargo de secretario administrativo del municipio de Bucaramanga manifiesta, con base en lo expresado por el Consejo de Estado, que “no existe prueba alguna de que HENRY GAMBOA MESA haya sido nombrado en el mismo.” Afirma que la prueba aportada en este sentido - la firma estampada sobre un acuerdo municipal para certificar su recibo en la secretaría administrativa de la alcaldía - no es idónea ni suficiente.

Lo mismo concluye en relación con la gerencia encargada del IMEBU. Afirma que si bien puede apreciarse que el señor Gamboa ejerció funciones propias de ese cargo, “no fue posible acreditar el nombramiento y la posesión en dicho cargo; al parecer se desempeñó en el mismo en virtud de una investidura irregular o de una simple anexión de funciones, circunstancia que tampoco fue demostrada.” Anota que según una certificación del subgerente administrativo y financiero del IMEBU que consta en el expediente, en “los archivos y hojas de vida de la entidad no se encontró nombramiento y acta de posesión como gerente encargado del IMEBU, ni salarios y demás emolumentos a nombre del señor HENRY GAMBOA MESA...” Resalta que una inspección judicial practicada en la entidad tampoco arrojó resultados en este sentido, a pesar de que se aportaron algunos documentos que habrían sido suscritos por el señor Gamboa, invocando tal calidad. Tampoco ofreció resultados la declaración rendida por el presidente del consejo directivo del IMEBU, quien si bien afirmó que el señor Gamboa intervino en dos sesiones, porque en ese momento era asesor del despacho del alcalde, “es enfático en manifestar que no conoció de designación alguna ni que Henry hubiera sido posesionado.”

El Tribunal ordenó compulsar copias del proceso a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía para que investigaran la actuación del señor Gamboa como gerente encargado del IMEBU, dado que, según aparecía en el proceso, no existió acto de nombramiento ni de posesión.

6. El demandante interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Expone que “si los actos de nombramiento y posesión del demandado fueron ocultados, la prueba del ejercicio del cargo de Gerente encargado del IMEBU debe ser suficiente para

declarar la nulidad de su elección como concejal de Bucaramanga, haciendo prevalecer el derecho sustancial sobre las formas, establecido en los artículos 229 y 230 de la Constitución, sin darle a actos formales como el nombramiento y la posesión la trascendencia que les dio el Tribunal.”

7. El 13 de octubre de 2005, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado revocó la sentencia del Tribunal. En consecuencia, declaró la nulidad del acto administrativo mediante el cual se decretó la elección del señor Gamboa como concejal del municipio de Bucaramanga y ordenó la cancelación de su credencial de concejal.

Expone el Consejo de Estado que “[e]l problema que el apelante planteó a la Sala y que ha ocupado a todos los sujetos procesales es el de determinar si el demandado se desempeñó como empleado de hecho, si es posible jurídicamente que un funcionario de esta categoría incurra en la inhabilidad examinada y si en el caso que nos ocupa están probados los presupuestos fácticos de la misma.”

Luego, menciona las normas legales y la jurisprudencia del Consejo que se ocupan del concepto de “ejercicio de la autoridad política, civil o administrativa”, para después ocuparse del concepto de “funcionario de hecho y el régimen de inhabilidades.”

A renglón seguido, la Sección Quinta examina las pruebas obrantes en el proceso. Así, manifiesta que está probado que el demandado fue designado como Gerente del IMEBU por el alcalde de Bucaramanga, pues en el acta No. 01 del 22 de enero de 2003 del Consejo Directivo del IMEBU se hace constar que concurrió el señor Gamboa en su calidad de gerente (e) y que el presidente del Consejo dio a conocer el decreto de nombramiento. Anota que en el acta se certifica también que en la sesión estuvo presente el mismo alcalde, el nominador del demandado, y que el alcalde intervino luego de que se informara sobre el nombramiento.

Considera que si en el acta mencionada consta que se leyó el decreto de nombramiento “debe tenerse por probado tal hecho aunque el decreto mismo no se haya incorporado al proceso, a menos que otros elementos de prueba infirmen tal hecho, que no es el caso.” Al respecto sostiene que la declaración del presidente del consejo directivo - a la que aludió la sentencia del Tribunal - “es contradictoria, pues sostiene al tiempo que el decreto que nombró al demandado no se dio a conocer en la sesión el 17 de enero de 2003 y que no

recuerda si ello se hizo.” También indica que las inspecciones judiciales practicadas por el Tribunal y las declaraciones recibidas del Gerente del IMEBU y del Secretario Administrativo de la Alcaldía solo prueban “que no se encontró en dichas dependencias el acto administrativo de nombramiento del demandado en el cargo de Gerente encargado del IMEBU, ni constancia de que se le hubieran hecho pagos en dicha condición, pero no que dicho nombramiento no haya existido. Y como el hecho que constituye tema de prueba no requiere para su acreditación en el proceso de prueba solemne o un medio de prueba predeterminado en la ley para demostrar el nombramiento del demandado no es absolutamente necesario aportar el decreto respectivo, pues el acta mencionada antes dio cuenta de ese hecho, y su veracidad está reforzada por otros documentos...”

Manifiesta que, a pesar de que está probado que el actor fue nombrado como gerente (e) del IMEBU, no existe prueba de su posesión, por lo que “puede concluirse que esta no se produjo. Tal circunstancia revela una forma irregular de vinculación del demandado al cargo de Gerente del IMEBU, no obstante lo cual lo ejerció efectivamente desde el día 22 de enero de 2003 hasta el 28 de febrero del mismo año...” Relaciona una serie de pruebas que demuestran lo anterior.

Luego, expone que el empleo desempeñado por el demandado está establecido en la planta de personal de “un establecimiento público, del orden municipal dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, con patrimonio independiente adscrito a la Secretaría de Desarrollo Social del Municipio de Bucaramanga.” Añade entonces: “Entrañan el ejercicio de autoridad administrativa, definida previamente en estas consideraciones, las funciones atribuidas al cargo que desempeñó el demandado, tales como la dirección del IMEBU, la competencia para celebrar contratos, ordenar gastos y nombrar y remover al personal de la entidad, para señalar las más sobresalientes. Y basta con reiterar que las autoridades civiles son una especie de autoridades administrativas para concluir que también ejerció el demandado esta última forma de autoridad.”

Por lo tanto, el Consejo de Estado concluye así:

“Conforme a los criterios jurisprudenciales expuestos antes, el demandado se desempeñó como un funcionario de hecho en cuya investidura se advierte la irregularidad de no haber tomado posesión del cargo, o no haberse probado ésta; no obstante lo anterior, tuvo los

mismos derechos y obligaciones de un empleado de derecho, los actos que expidió tuvieron pleno valor y estuvo sujeto a las inhabilidades predicables de los empleados de jure.

“Como los presupuestos fácticos de la inhabilidad establecida en el numeral 2º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 están probados se dará prosperidad al cargo examinado, razón por la cual habrá de revocarse la decisión apelada y en su lugar se declarará la nulidad de la elección demandada.”

8. El día 14 de marzo de 2006, el señor Henry Gamboa instauró una acción de tutela contra las sentencias del Tribunal Administrativo de Santander y de la Sección Quinta del Consejo de Estado, a las cuales acusa de configurar una vía de hecho.

En primer lugar, expresa que las dos sentencias incurrieron en vías de hecho, “por presentar defecto orgánico protuberante y evidente defecto procedimental, al ser expedidas ambas con carencia absoluta de competencia y en absoluta desconexión con la voluntad manifestada por el constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2003.” Afirma que con ello se vulneraron sus derechos al debido proceso y al desempeño de cargos públicos.

Sobre este punto menciona que en el párrafo del art. 14 del Acto Legislativo 01 de 2003 se dispuso que la jurisdicción contenciosa administrativa decidiría las acciones de nulidad electoral en el término máximo de un año, y en los procesos de única instancia en un término no superior a 6 meses. Al respecto expresa que la acción de nulidad contra su elección fue instaurada el 28 de noviembre de 2003 y el auto que admitió la demanda se profirió el 30 de enero de 2004. Por eso, afirma: “Atendiendo al imperativo constitucional, y por aplicación de lo dispuesto por el artículo 67 del Código Civil, modificado por el artículo 59 del C. R. P. y M., la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para decidir la acción de nulidad, en las dos instancias, se extendía máximo hasta el 30 de enero de 2005, si consideramos que el término de duración del proceso cuenta desde la fecha de admisión de la demanda.”

A pesar de ello, la sentencia del Tribunal fue proferida el 7 de febrero de 2005 y la del Consejo de Estado el 13 de octubre de 2005. Ello indica que “a la fecha de expedición de la sentencia de primera instancia, febrero 7 de 2005, ya se había superado el término máximo establecido por la Constitución Política para decidir la acción de nulidad electoral en sus dos instancias. Por tanto, al momento de adoptarse la decisión de primera instancia, la

jurisdicción contenciosa administrativa, por mandato constitucional, había perdido competencia, *ratione temporis*, para pronunciarse en cualquier sentido. Con mayor razón carecía de competencia la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado para proferir, en octubre 13 de 2005, el fallo de segunda instancia. Luego, las dos providencias se expidieron extralimitando la competencia temporal de la jurisdicción contenciosa administrativa, e incurriendo por tanto en manifiesta, ostensible, evidente y prototípica vía de hecho.”

Recalca que el término establecido por la Constitución define la competencia temporal de la jurisdicción contenciosa administrativa para fallar: “Por fuera de dicho término, la jurisdicción contenciosa administrativa carece absolutamente de competencia para decidir un proceso de nulidad electoral.” Es por eso que él concluye que las dos sentencias constituyen una vía de hecho por defectos orgánico y procedimental, el primero porque desconocen los límites de competencia temporal, y el segundo por cuanto concomitantemente vulneran el derecho al debido proceso.

En segundo lugar, expresa que la sentencia del Consejo de Estado constituye una vía de hecho, “por incurrir en grave defecto sustantivo al encontrarse sustentada en una norma claramente inaplicable al caso, y por presentar flagrante defecto fáctico, en cuanto resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó la sala para aplicar la norma sobre la inhabilidad es absolutamente inadecuado.”

Sobre este punto expresa que el Consejo de Estado no podía aplicar la causal contenida en el numeral 2º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, “toda vez que HENRY GAMBOA MESA ni se desempeñó como empleado público, en un cargo y por el período inhabilitante, ni ejerció autoridad civil, política o administrativa.”

Indica que la misma Sección Quinta reconoce que en el proceso no obraba el acto administrativo de su nombramiento como gerente (e) de IMEBU, ni el acta de posesión, ni constancia alguna de que le hubieran hecho pagos en su condición de gerente encargado. En relación con esto expone que no existe ni podían existir los actos de nombramientos y de posesión como gerente encargado, y en consecuencia tampoco comprobantes de pago alguno, por cuanto la planta de personal del Instituto “sólo fue aprobada por el alcalde municipal el día 6 de marzo de 2003, mediante el decreto No. 063, que establece en su art.

2º. la remuneración mensual correspondiente; esto es, que dicho requisito sine qua non para la provisión en propiedad o en encargo de la gerencia del instituto tan solo fue cumplido con posterioridad al período en que la Sala le atribuye al accionante el ejercicio de dicho empleo.” Por eso, concluye que a él no se le podía aplicar la inhabilidad enunciada en el numeral 2º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994.”

Considera también que por las mismas razones no se puede calificar que él actuó como funcionario de facto: “La calidad de la investidura, en este caso, es un falso dilema, porque simplemente no podía haber investidura a ningún título, ni siquiera de usurpador, durante el período comprendido entre el 21 de enero y el 28 de febrero de 2003, dado que el cargo de gerente del IMEBU, que había sido creado el 19 de diciembre de 2002 mediante Acuerdo No. 030 del Concejo Municipal de Bucaramanga, tan sólo podía ser provisto, por expresa prescripción constitucional, a partir del 6 de marzo de 2003, fecha en la cual, con la expedición del Decreto No. 063, se determinó la planta de personal y se asignó la remuneración mensual. Sólo a partir del 6 de marzo de 2003 podían ser desempeñadas las funciones atribuidas a dicho cargo.”

Así, concluye que él, antes del 6 de marzo, “no pudo ejercer, ni siquiera como funcionario de hecho, el cargo de Gerente del Instituto” y que dado que no se cumple el presupuesto de haber desempeñado un cargo público tampoco se puede predicar que él habría ejercido autoridad administrativa. Sobre este punto anota: “¿Se puede entender acaso, que con la suscripción de unos oficios dirigidos a los miembros del Consejo Directivo del IMEBU, citándolos a dos reuniones, y actuando como secretario en ella, invocando una calidad que no tenía, ni podía tener, se ejerció autoridad administrativa? ¿Cuál fue el poder decisorio, de mando o imposición sobre los subordinados o sobre la sociedad, que se ejerció con dichas actuaciones? Por supuesto que ni los citados oficios, ni la actuación como secretario, constituyen ejercicio de autoridad administrativa, porque ningún poder decisorio, o de mando o imposición se ejerció en dichas actuaciones. Aún más, las únicas decisiones adoptadas en las reuniones del Consejo Directivo, en las que participe sin poder decisorio alguno, requerían, en el caso del presupuesto, su aprobación por parte del Concejo Municipal, y en el caso de la planta de personal, su consagración por Decreto del Alcalde. Es decir, ni siquiera, el Consejo Directivo, en sus dos primeras reuniones, adoptó decisiones que por sí mismas constituyeran ejercicio de autoridad administrativa.”

Para terminar, expone que las Altas Cortes han reiterado que “las disposiciones de carácter prohibitivo, como lo es el régimen de inhabilidades e incompatibilidades electorales, deben interpretarse restrictivamente, por causa de su previsión y exactitud, a fin de no extender sus efectos más allá de los límites indicados en ellas.” Por eso, considera que el Consejo de Estado no podía darle una interpretación extensiva a la norma, dándole a la expresión ‘empleado público’ una aplicación que no corresponde a su sentido genuino, de acuerdo con la Constitución y la ley. Al respecto destaca que el mismo Consejo de Estado cambió su interpretación sobre el tema de manera radical, como se advierte al leer el auto en que revocó la suspensión provisional y la sentencia.

Por último, el actor solicita que se declare que las sentencias acusadas constituyen una vía de hecho y se encuentran afectadas de nulidad y que, en consecuencia, se disponga su reintegro inmediato al Concejo de Bucaramanga.

El actor adjuntó a su escrito de tutela los siguientes documentos:

* copia de la Gaceta del Concejo Municipal de Bucaramanga, Año IX - edición 002 de febrero de 2003, en la que aparece publicado el Acuerdo N° 006 de 7 de febrero de 2003, “Por el cual se incorpora al Presupuesto General de Rentas y Gastos de la presente vigencia, el presupuesto del Instituto Municipal del Empleo y Fomento Empresarial de Bucaramanga”

* copia del decreto N° 064 del 10 de marzo de 2003, por medio del cual se nombró al doctor Augusto Alejandro Rueda González en el cargo de Gerente del Instituto Municipal del Empleo y Fomento Empresarial de Bucaramanga.

9. Los magistrados de la Sala de decisión del Tribunal Administrativo de Santander manifestaron en relación con la petición de tutela:

“Si bien es cierto que, desde la admisión de la demanda en el proceso electoral a que se contrae la acción de tutela de la referencia - 30 de enero de 2004 - hasta el momento en que esta Corporación profirió el fallo de primera instancia -7 de febrero de 2005 - transcurrió más de un (1) año, también lo es que resulta físicamente imposible darle estricto cumplimiento al plazo señalado en el parágrafo del artículo 264 constitucional, modificado por el artículo 14

del Acto Legislativo no. 1 de del 3 de julio de 2003, atendiendo al nivel de congestión existente en el Tribunal Administrativo de Santander, que está integrado por cinco (5) magistrados y que durante los años 2004-2005 manejó alrededor de 11.325 y 12.323 procesos, respectivamente, de los cuales durante el mismo lapso 2.118 y 2.334, respectivamente, estuvieron asignados al conocimiento del despacho conductor de la acción electoral en comento; máxime considerando que se trata de procesos que revisten tanta complejidad y en los cuales inclusive - como ocurrió en el caso en comento -, estuvo de por medio el trámite del recurso de apelación contra la providencia que decretó la suspensión provisional de los actos de elección demandados.

“Así las cosas, en las anteriores circunstancias es evidente que, en manera alguna es dable predicar la existencia de dilación injustificada en el trámite en cuestión, como lo pretende el accionante de la tutela, constitutivo de una vía de hecho.”

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

10. En su sentencia del 8 de mayo de 2006, la Sección Primera del Consejo de Estado denegó el amparo solicitado, por cuanto la acción de tutela no procede contra las providencias judiciales.

Expresa que, excepcionalmente, la Sala ha admitido la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando las decisiones acusadas vulneran ostensiblemente el derecho constitucional fundamental de acceso a la administración de justicia. Sin embargo, anota que esa situación no se presente en el proceso que se analiza.

III. PRUEBAS DECRETADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

11. Mediante auto de fecha 18 de septiembre de 2006, el Magistrado Ponente dispuso que se oficiara a la Sección Quinta del Consejo de Estado para que ésta enviara la información que considerare pertinente sobre los siguientes puntos:

“1. El parágrafo del artículo 14 del Acto Legislativo 01 de 2003, que modificó el artículo 264 de la Constitución establece:

‘PARÁGRAFO. La jurisdicción contencioso administrativa decidirá la acción de nulidad electoral en el término máximo de un año.

‘En los casos de única instancia, según la ley, el término para decidir no podrá exceder de seis (6) meses.’

“a) ¿Ha expedido el Consejo de Estado algún tipo de reglamentación del transcrito párrafo del artículo 14 del Acto Legislativo 01 de 2003, con el fin de establecer los términos con que cuentan el Tribunal y el Consejo de Estado para fallar las demandas de nulidad electoral dentro del plazo dispuesto en el párrafo?

“b) En caso de que exista esa reglamentación, ¿en ella se regulan también las situaciones en que se presentan apelaciones contra las decisiones referidas a la solicitud de suspensión provisional?

“c) En caso de que no exista la reglamentación, ¿cómo actúa la jurisdicción contencioso administrativa para ajustar sus procedimientos y decisiones al término dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2003?

“2. El actor de la demanda de tutela de la referencia manifiesta que en el proceso de nulidad electoral adelantado en su contra - radicado con el No. 680012315000200402812 01 y con sentencia del 1 de octubre de 2005, C.P. Reinaldo Chavarro Buriticá - no se profirieron las sentencias respectivas dentro del término establecido en el mencionado párrafo del artículo 14 del Acto Legislativo 01 de 2003. Al respecto pregunta la Sala: ¿cómo contabilizó la Sección Quinta los términos para ajustarse al plazo para fallar determinado por el Acto Legislativo 01 de 2003?”

12. En su oficio de respuesta, la Sección Quinta del Consejo de Estado manifestó:

“I. El Consejo de Estado no ha expedido, no es competente para hacerlo, ningún tipo de reglamentación del párrafo del artículo 14 del Acto Legislativo 01 de 2003, a fin de establecer nuevos términos para que tanto esta Corporación como los Tribunales Administrativos del país resuelvan las demandas de nulidad electoral.

“II. Consecuentemente, tampoco existe una reglamentación que regule, como usted lo señala, ‘las situaciones en que se presentan apelaciones contra las decisiones referidas a la solicitud de suspensión provisional.’

“02/05/2005 Radicado del proceso

"05/05/2005 Admite recurso de apelación contra la sentencia del 7 de febrero de 2005 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que resolvió denegar las pretensiones de la demanda tendientes a obtener la nulidad del acto que declaró la elección del señor Henry Gamboa Mesa como Concejal del Municipio de Bucaramanga para el período 2004-2007.

"27/05/2005 Traslado al Procurador para rendir concepto

"07/06/2005 Regresa de la Procuraduría con concepto

"22/06/2005 Registra proyecto de fallo

"09/09/2005 Ingresa al despacho con informe secretarial que da cuenta de la remisión de un cuaderno proveniente del Tribunal Administrativo de Santander

"13/10/2005 Fallo

"21/10/2005 Notificación por edicto

"31/10/2005 Devolución al Tribunal de origen con oficio No. 2005-0684

"De esta forma se evidencia que el trámite de la segunda instancia se surtió en 5 meses y ocho días."

15. También se solicitó al Tribunal Administrativo de Santander que remitiera el expediente del proceso de nulidad electoral instaurado por César Augusto Orduz Barrera contra Henry Gamboa Mesa. El expediente fue recibido en la Secretaría de la Corte el día 4 de diciembre de 2006.

IV. REVISIÓN POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

CONSIDERACIONES y fundamentos

Competencia

1. Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en el artículo 241 numeral 9 de la Constitución Política.

Problema jurídico

El Tribunal Administrativo de Santander negó la nulidad solicitada. El Consejo de Estado revocó la decisión del Tribunal Administrativo y declaró la nulidad de la elección demandada y ordenó la cancelación de la credencial de concejal del señor Gamboa. Afirma que él había actuado como gerente encargado del Instituto Municipal del Empleo y Fomento Empresarial de Bucaramanga (IMEBU) entre el 22 de enero y el 28 de febrero de 2003, como un funcionario de facto, pues no se encontraron ni su acta de nombramiento, ni el acta de posesión, ni constancias de pago por su desempeño como tal. Expone, entonces, que el IMEBU es un establecimiento público del orden municipal y que la gerencia del Instituto entraña el ejercicio de autoridad administrativa y civil, razón por la cual él estaba inhabilitado para ser elegido como concejal.

El señor Gamboa instauró una acción de tutela contra las sentencias del Tribunal Administrativo de Santander y del Consejo de Estado. Expone, en primer lugar, que la sentencia del Consejo de Estado constituye una vía de hecho, por cuanto él no podía incurrir en la inhabilidad que indicó esa Corporación. Dice al respecto que la planta de personal del IMEBU fue aprobada en el mes de marzo, días después de que él hubiera dejado de actuar como gerente encargado, y que, por lo tanto, él no podía haber actuado como un funcionario de facto. Por otra parte, expone que las dos sentencias fueron expedidas luego de cumplirse el término de un año fijado por el Acto Legislativo 01 de 2003 para la resolución de las acciones de nulidad electoral, razón por la cual se puede concluir que los tribunales ya no eran competentes en el momento en que se dictaron las sentencias, con lo cual las dos sentencias constituirían una vía de hecho.

Por lo tanto, en este proceso la Sala de Revisión habrá de responder a las siguientes preguntas: ¿Incurrió el Consejo de Estado en una vía de hecho al concluir que la elección del actor estaba viciada por la existencia de una inhabilidad, para lo cual determinó que él había actuado como un funcionario de facto y que a los funcionarios de facto se les aplican las mismas inhabilidades que a los funcionarios de jure? Y, en segundo lugar: ¿Incurrieron las sentencias del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Santander en una vía de hecho, en razón de que fueron dictadas luego de superado el término de un año fijado por la Constitución para resolver los procesos de nulidad electoral?

Ahora bien, la Sala de Revisión observa que el juez de tutela concluyó que la acción de tutela no era procedente contra decisiones judiciales. Ello hace necesario reiterar la jurisprudencia de esta Corporación acerca de este punto, tal como se hace a continuación.

Reiteración de jurisprudencia. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra acciones u omisiones judiciales

3. El caso plantea un problema jurídico que ya ha sido abordado ampliamente por la jurisprudencia constitucional, a saber: ¿procede la acción de tutela, a pesar de su carácter subsidiario, contra una providencia judicial en la que presuntamente se vulneran los derechos fundamentales?

4. Como ya ha sido señalado por esta Sala en otra ocasión,¹ la sentencia C-543 de 1992 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), citada como precedente aplicable al presente caso por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, estudió la constitucionalidad de los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, normas que regulaban el ejercicio de la acción de tutela contra sentencias judiciales. En esta sentencia se resolvió declarar inexecutable las disposiciones acusadas, por considerar que desconocían las reglas de competencia fijadas por la Constitución Política y afectaban el principio de seguridad jurídica.

5. No obstante, la decisión de la Sala Plena de la Corte Constitucional no se adoptó en términos absolutos, pues matizó sus efectos al prever casos en los cuales, de forma excepcional, la acción de tutela es procedente contra actuaciones que aunque en apariencia estuvieran revestidas de formas jurídicas, en realidad implicaran una vía de hecho. Al respecto dijo la Sala Plena en la mencionada sentencia C-543 de 1992:

“(...) 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.”

6. Atendiendo al efecto erga omnes de los fallos de constitucionalidad, es decir, a su fuerza vinculante, las distintas Salas de Revisión de la Corte Constitucional pasaron a aplicar e interpretar en los casos concretos el precedente establecido por la Sala Plena. Así se hizo, por ejemplo, en las sentencias T-079 de 19932 y T-158 de 19933 – proferidas inmediatamente después de la expedición de la sentencia C-543 de 1992. En esta línea es importante citar la sentencia T-173 de 1993, en la que, con ponencia del magistrado José Gregorio Hernández Galindo –el mismo ponente de la sentencia C-543 de 1992–, se consideró lo siguiente,

“Las actuaciones judiciales cuya ostensible desviación del ordenamiento jurídico las convierte – pese a su forma – en verdaderas vías de hecho, no merecen la denominación ni tienen el carácter de providencias para los efectos de establecer la procedencia de la acción de tutela. No es el ropaje o la apariencia de una decisión sino su contenido lo que amerita la intangibilidad constitucionalmente conferida a la autonomía funcional del juez.

“(..)

“De los párrafos transcritos aparece claro que la doctrina de la Corte ha efectuado un análisis material y ha establecido una diáfana distinción entre las providencias judiciales –que son invulnerables a la acción de tutela en cuanto corresponden al ejercicio autónomo de la función judicial y respecto de las cuales existen, dentro del respectivo proceso, los medios judiciales de defensa establecidos por el ordenamiento jurídico– y las vías de hecho por cuyo medio, bajo la forma de una providencia judicial, quien debería administrar justicia quebranta en realidad los principios que la inspiran y abusa de la autonomía que la Carta Política reconoce a su función, para vulnerar en cambio los derechos básicos de las personas.

“En ese orden de ideas, la violación flagrante y grosera de la Constitución por parte del juez, aunque pretenda cubrirse con el manto respetable de la resolución judicial, puede ser atacada mediante la acción de tutela siempre y cuando se cumplan los presupuestos contemplados en el artículo 86 de la Constitución y no exista otro medio al alcance del afectado para la defensa de su derecho.”

7. La evolución de la jurisprudencia condujo a que, desde la sentencia T-231 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) se determinara cuáles defectos podían conducir a que una sentencia fuera calificada como una vía de hecho. En la providencia se indicaron los casos excepcionales en que procede la acción de tutela, indicando que se configura una vía de hecho cuando se presenta, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos protuberantes: (1) defecto sustantivo, que se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable; (2) defecto fáctico, que ocurre cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión; (3) defecto orgánico, se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; y, (4) defecto procedimental que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

Esta doctrina constitucional ha sido precisada y reiterada en varias sentencias de unificación proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las sentencias SU-1184 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) y SU-159 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

8. Ahora bien, en los últimos años se ha venido presentando una evolución de la jurisprudencia constitucional acerca de las situaciones que hacen viable la acción de tutela contra providencias judiciales. Este desarrollo ha conducido a la conclusión de que las sentencias judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela por causa de otros defectos adicionales, y de que, dado que esos nuevos defectos no implican que la sentencia sea necesariamente una “violación flagrante y grosera de la Constitución”, es más adecuado utilizar el concepto de “causales genéricas de procedibilidad de la acción” que el de “vía de hecho.” En la sentencia T-774 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) se describe la evolución presentada de la siguiente manera:

“(…) la Sala considera pertinente señalar que el concepto de vía de hecho, en el cual se funda la presente acción de tutela, ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional. La Corte ha decantado los conceptos de capricho y arbitrariedad judicial, en los que originalmente se fundaba la noción de vía de hecho. Actualmente no ‘(…) sólo se trata de los

casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad). Debe advertirse que esta corporación ha señalado que toda actuación estatal, máxime cuando existen amplias facultades discrecionales (a lo que de alguna manera se puede asimilar la libertad hermenéutica del juez), ha de ceñirse a lo razonable. Lo razonable está condicionado, en primera medida, por el respeto a la Constitución.’⁴ En este caso (T-1031 de 2001) la Corte decidió que la acción de tutela procede contra una providencia judicial que omite, sin razón alguna, los precedentes aplicables al caso o cuando ‘su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados.’

“Este avance jurisprudencial ha llevado a la Corte a remplazar ‘(...) el uso conceptual de la expresión vía de hecho por la de causales genéricas de procedibilidad.’ Así, la regla jurisprudencial se redefine en los siguientes términos,

‘Por lo anterior, todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución.’⁵

“Esta posición fue reiterada recientemente en la sentencia T-200 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas), caso en el que se confirmó la decisión de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de conceder una tutela por haberse incurrido en una ‘vía de hecho’.⁶

9. Por lo tanto, coincide parcialmente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional con la Sala de Casación Laboral en reconocer la obligatoriedad que tienen en el sistema jurídico colombiano las sentencias de constitucionalidad, específicamente la sentencia C-543 de 1992, pero no comparte el criterio según el cual en dicha sentencia se decidió que era

contrario a la Constitución Política de 1991 el que proceda una acción de tutela contra una actuación judicial, incluso cuando esta configure una vía de hecho.

La Corte ha indicado que, en lugar de descartar de manera absoluta la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, debe verificarse en cada caso concreto si ella es procedente, observando si reúne los estrictos requisitos precisados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

El artículo 86 de la Constitución dice que la tutela procede cuando los derechos fundamentales “resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Los jueces son autoridades públicas y sus providencias constituyen su principal forma de acción. Además, como se dijo, la Corte Constitucional en sus salas de revisión y en su Sala Plena ha reiterado que la tutela sí procede contra providencias judiciales cuando éstas constituyen vías de hecho. También ha proferido sentencias de constitucionalidad con efectos erga omnes en el mismo sentido.⁷

No desconoce esta Sala de Revisión que una sentencia, como cualquier texto, es objeto de interpretación. Empero, así como esta Corporación ha reconocido que quien interpreta con autoridad las sentencias de la Corte Suprema de Justicia es la propia Corte Suprema de Justicia – en razón a que su doctrina relativa al alcance de las leyes en el ámbito de su competencia como “máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria” (artículo 234 C.P.), constituye un derecho viviente⁸ –, es obvio que quien interpreta con autoridad las sentencias de la Corte Constitucional es la misma Corte Constitucional.

10. Finalmente, es importante señalar que en la Sentencia C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la expresión “ni acción”, que hacía parte del artículo 185 de la Ley 906 de 2004 (nuevo Código de Procedimiento Penal). Dicha expresión fue declarada inconstitucional por cuanto desconoce el principio de supremacía de la Constitución (art. 4º C.P.), al restringir el alcance de un mecanismo constitucional que, como la acción de tutela, fue diseñado para la protección de los derechos fundamentales frente a “cualquier autoridad pública” (artículo 86 C.P). La Corte distinguió en este fallo, que tiene efectos erga omnes, que una cosa es que el legislador no permita la utilización de recursos contra las sentencias que resuelvan el recurso extraordinario de casación en materia penal, en desarrollo de su libertad de configuración, y

otra muy distinta que excluya la procedencia de la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución para la protección de los derechos fundamentales contra toda acción u omisión de cualquier autoridad pública, concepto que evidentemente también incluye a las autoridades judiciales.

De esta manera, en una sentencia que produce efectos erga omnes, se reafirmó la posición que ha venido adoptando la Corte Constitucional desde 1993, la cual reitera la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en casos excepcionales y estima contrario a la Carta que se excluya de manera general y absoluta la interposición de la acción de tutela contra providencias judiciales, incluidas las proferidas por la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado.

La decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado no constituye una vía de hecho

11. La Sección Quinta del Consejo de Estado concluyó que el señor Henry Gamboa Meza estaba inhabilitado para presentarse como candidato al Concejo de Bucaramanga en las elecciones de 2003, puesto que él se había desempeñado como Gerente encargado del Instituto Municipal del Empleo y Fomento Empresarial de Bucaramanga (IMEBU) entre el 22 de enero y el 28 de febrero de 2003. El Consejo de Estado encontró que existían distintas pruebas que acreditaban que el actor de la tutela había ejercido esa función y que ésta aparejaba el ejercicio de autoridad civil y administrativa, con lo cual se configuraba la causal de inhabilidad establecida en el numeral 2 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, el cual reza:

“ARTICULO 40. DE LAS INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES. “El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

“Artículo 43. Inhabilidades: No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

“(…)

“2. 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 municipio o distrito, 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 municipio o distrito.”

La Sección Quinta manifiesta que si bien se había probado que el actor había ejercido como gerente encargado del IMEBU, no había sido posible encontrar el acta de nombramiento. Tampoco obraba en el expediente el acta de posesión, razón por la cual dedujo que ésta no se había producido. De la misma manera, no obraban en el proceso constancias de pago por el desempeño de la labor. Por todo lo anterior, llega a la conclusión de que el actor había actuado como un funcionario de facto, por cuanto había desempeñado un empleo establecido en la planta de personal del IMEBU sin cumplir con el requisito de la posesión.

12. El demandante en la acción de tutela considera que a él no le se le podía aplicar la inhabilidad contemplada en el numeral 2 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000. Al respecto asegura que la inexistencia de las actas de nombramiento y posesión, así como de los comprobantes de pago, se explica porque la planta de personal del IMEBU fue aprobada por el alcalde de Bucaramanga apenas el día 6 de marzo de 2003, varios días después de que él hubiera dejado de actuar como gerente encargado del Instituto.

De esta manera, el actor plantea que, si bien el cargo de gerente del IMEBU había sido creado mediante el acuerdo No. 030 del 19 de diciembre de 2002, la posición no podía ser provista hasta después del 6 de marzo de 2003, luego de que se expidiera el decreto en el que el alcalde estableció la planta de personal del Instituto y fijó la remuneración para cada uno de los cargos. Por lo tanto, asegura que él no podía haber ejercido el cargo de gerente del Instituto antes del 6 de marzo de 2003, ni siquiera como funcionario de hecho.

En consecuencia, el actor considera que la Sección Quinta incurrió en una vía de hecho al establecer que él actuó como un funcionario de hecho y al concluir que a él le era aplicable la causal de inhabilidad contenida en el numeral 2° del artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

13. Esta Sala no comparte la opinión del demandante. La sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado no es arbitraria, en atención a las pruebas y argumentos que obraban en el expediente, tal como se expone a continuación.

14. El Consejo de Estado concluyó que el actor sí se había desempeñado como gerente

encargado del IMEBU. Fundamentó la decisión en su análisis del acervo probatorio. Dada la importancia de este examen para la definición del punto que se analiza, a continuación se transcriben, en extenso, distintos apartes del análisis:

“(…) encuentra la Sala probado que el demandado fue designado como Gerente del IMEBU por parte del Alcalde Municipal de Bucaramanga, mediante copia auténtica del acta N° 001 del Consejo Directivo del IMEBU de 22 de enero de 2003 incorporada al proceso (fs. 61 a 64 del cuaderno N° 2) y examinada en la diligencia de inspección judicial realizada por el Tribunal en las instalaciones del IMEBU el 18 de agosto de 2004 (fs. 323 a 326 del cuaderno N° 1). En dicho documento consta que ‘concurrieron a la reunión ... Henry Gamboa Meza, quien actuó en calidad de Gerente (e) y Secretario del Consejo Directivo...’ De otra parte, que ‘Una vez verificada la existencia del quórum se continuó con el orden del día. Para tal efecto se eligió a César Augusto Romero Molina como Presidente del Consejo Directivo, quien actúa como representante del señor Alcalde. Igualmente dio a conocer el Decreto por el cual designa al ingeniero Henry Gamboa Meza como Gerente encargado del Instituto Municipal de Empleo y Fomento Empresarial, quien actuará como Secretario del Consejo Directivo. (negritas son de la Sala).’ Consta también en el acta mencionada que en esa sesión estuvo presente el Alcalde de Bucaramanga, quien es el nominador del demandado e intervino luego de que se informó al Consejo Directivo el nombramiento de éste.

“(…)

“Las inspecciones judiciales que el a-quo practicó en el IMEBU y en la Secretaría Administrativa de la Alcaldía de Bucaramanga (...), así como las manifestaciones del Gerente del IMEBU (...) y del Secretario Administrativo de la Alcaldía de Bucaramanga (...) dan cuenta y solo prueban que no se encontró en dichas dependencias el acto administrativo de nombramiento del demandado en el cargo de Gerente encargado del IMEBU, ni constancia de que se le hubieran hecho pagos en dicha condición, pero no que dicho nombramiento no haya existido. Y como el hecho que constituye tema de prueba no requiere para su acreditación en el proceso de prueba solemne o un medio de prueba predeterminado en la ley, para demostrar el nombramiento del demandado no es absolutamente necesario aportar el decreto respectivo, pues el acta mencionada antes dio cuenta de ese hecho, y su veracidad está reforzada por otros documentos tales como la copia auténtica del Decreto N° 063 de 6 de marzo de 2003 que establece la planta de personal del IMEBU, suscrito por el

Alcalde del Municipio de Bucaramanga, nominador del Gerente del IMEBU, en el que se señala que el Presidente del Consejo Directivo es César Augusto Romero Molina y el secretario de dicho Consejo Henry Gamboa Meza (...). Y por las actas de la Junta Directiva, cuyas copias auténticas obran a folios 61 a 67 del cuaderno N° 2 y los oficios dirigidos y recibidos por diversos funcionarios de la administración municipal que reconocían al demandado como gerente encargado del IMEBU y que se detallan delante. Todos los documentos mencionados son públicos y auténticos conforme a los arts. 251, 252 y 254 del C. de P. C. y de acuerdo con el 264 ibídem hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ella haga el funcionario que las autorizó.

“Aunque está probado que el demandado fue nombrado como Gerente encargado del IMEBU, no existe en el proceso prueba alguna que acredite su posesión, razón por la cual puede concluirse verosímilmente que ésta no se produjo. Tal circunstancia revela una forma irregular de vinculación del demandado al cargo de Gerente del IMEBU, no obstante lo cual lo ejerció efectivamente desde el día 22 de enero de 2003 hasta el 28 de febrero del mismo año, tal como se acreditó mediante el siguiente material probatorio incorporado al proceso.

“La copia auténtica del acta No. 01 de la sesión del Consejo Directivo del IMEBU de 22 de enero de 2003 (fs. 61 a 64 del cuaderno 2), da cuenta que en la misma se adoptaron los estatutos de dicha entidad y su presupuesto correspondiente a la vigencia fiscal de 1º de enero a 31 de diciembre de 2003 y que fue suscrita por el Presidente del Consejo Directivo y por el demandado en su condición de Gerente y Secretario del mismo.

“La copia auténtica del acta No 02 de la sesión del Consejo Directivo del IMEBU del 28 de febrero de 2003 (fs. 65 a 67 ibídem), da cuenta de que en la misma se aprobó la planta de personal del IMEBU y que fue suscrita por el Presidente del Consejo Directivo y por el demandado en su condición de Gerente y Secretario del mismo.

“También se allegó copia auténtica del acuerdo número 02 de 22 de enero de 2003, por el cual se aprueba el presupuesto general de rentas y gastos del IMEBU para la vigencia fiscal del 10 de enero al 31 de diciembre de 2003 (fs. 275 a 292 del cuaderno No. 1), suscrito por el demandado en su condición de Secretario del Consejo Directivo, incorporado además al proceso durante la práctica de la inspección judicial practicada por el a-quo ante el IMEBU el 18 de agosto de 2004 (fs. 323 a 326 ibídem).

“En el acta de la inspección judicial mencionada consta además que fue examinada el acta 001 de 22 de enero de 2003, de sesión del Consejo Directivo del IMEBU y que esta expresa que el demandado actuó durante esa sesión como Gerente encargado y suscribió el acta como Secretario de dicho Consejo, al igual que en el acta 002 correspondiente a la sesión de 28 de febrero de 2003 en la cual el demandado se identifica de la misma manera. El acta 003 no se encontró en las dependencias del IMEBU y en la 004 del 18 de marzo de 2003 figura ya Augusto Rueda González como Gerente del IMEBU y Secretario de su Consejo Directivo, al igual que en el acta 005 del 29 de julio de 2003.

“En la misma diligencia el Tribunal examinó la correspondencia enviada por la Gerencia y encontró el oficio de 18 de febrero de 2003 dirigido a la Dra. Lilia Aidé Velasco Abril, suscrito por Henry Gamboa Meza como Gerente encargado del IMEBU y oficio suscrito por Martha Nery Castillo, Asesora del despacho del Alcalde, dirigido a Henry Gamboa Meza como Gerente del IMEBU. Y en la carpeta de citaciones a Consejo Directivo se encontraron varias citaciones dirigidas a funcionarios de la Alcaldía Municipal, el 21 de enero de 2003, suscritas por el demandado como Gerente encargado del IMEBU. Finalmente, examinó el Tribunal un oficio suscrito por el demandado, en su condición de Gerente encargado del IMEBU, dirigido a la representante del IFI, en el que le solicita que el corte de un convenio entre el IFI y el Municipio de Bucaramanga se realice el 28 de febrero de 2003.

“Las copias auténticas de los oficios suscritos el 21 de enero de 2003 que el Tribunal examinó, mediante los cuales el demandado, obrando como Gerente del IMEBU, cita a sesiones del Consejo Directivo a los Secretarios de Infraestructura, Desarrollo Social y de Hacienda de la Alcaldía de Bucaramanga, al Director del Instituto de Vivienda Municipal, al Jefe de la Oficina Asesora de Planeación, al Director del Instituto de Recreación y Deportes (...) obran a folios 74 a 79 del cuaderno No. 2.

“El demandante aportó copia de sendos oficios de enero 24 y febrero 4 en los que un funcionario que ocupa el cargo de profesional universitario de la Alcaldía le remite al demandado, en su condición de Gerente del IMEBU, copias de proyectos de acuerdo presentados por el Alcalde al Concejo Municipal, relacionados con el IMEBU (fs. 40 y 41 del cuaderno No. 2), así como copias de los oficios de 21 de enero de 2003 mediante los cuales el demandado en su condición de Gerente del IMEBU cita a los miembros del Consejo Directivo para sesionar el 22 del mismo mes y año.

“El empleo que el demandante desempeñó está establecido en la planta de personal de un establecimiento público, creado conforme a la ley, tal como se advierte al examinar la Gaceta del Concejo de Bucaramanga del 19 de diciembre de 2002 en la que se publicó el acuerdo 030 de la misma fecha expedido por el Concejo Municipal de Bucaramanga (...), examinado por el Tribunal en el curso de la Inspección judicial practicada en las dependencias del IMEBU (f. 324 del cuaderno No. 1) y en la copia auténtica del Decreto 063 de 6 de marzo de 2003, suscrita por el Alcalde Municipal de Bucaramanga, por el cual se aprueba el Acuerdo No. 03 de 2003 que establece la planta de personal del Instituto de Empleo y Promoción Empresarial del Municipio de Bucaramanga (fs. 288 y 289 del cuaderno No. 1).”

Como se observa, la Sección Quinta advirtió que dentro del expediente no reposaban las actas de nombramiento y de posesión del actor de la tutela como Gerente (e) del IMEBU. Tampoco obraban las constancias de pago por su labor. Con respecto al acta de nombramiento afirma, sin embargo, que ella debía existir, puesto que el Presidente del Consejo Directivo del IMEBU informó sobre el nombramiento del actor en la sesión del 17 de enero de 2003, declaración que se efectuó en presencia del Alcalde Municipal sin que éste la hubiera objetado. Además, señaló que otros documentos refuerzan la convicción acerca de la existencia del acta de nombramiento. A continuación manifiesta que se puede concluir que nunca se produjo la posesión, a pesar de que sí estaba claro que el actor había ejercido como gerente encargado entre los días 22 de enero y 28 de febrero de 2002.

Con base en lo anterior, concluyó que el actor se había desempeñado como funcionario de facto. En la sentencia se define así este concepto:

“La doctrina, así como la jurisprudencia de esta Sección han definido a los funcionarios de facto o de hecho, como aquellos que carecen de investidura o que la tienen, pero de manera irregular⁹, desempeñan funciones que corresponden efectivamente a un empleo público debidamente creado¹⁰ y tienen los mismos derechos salariales y prestacionales que el régimen jurídico vigente reconoce a los funcionarios de jure. Los actos administrativos expedidos por ellos son válidos y están amparados por la presunción de legalidad, porque se consideran como si hubieran sido expedidos por funcionarios de derecho y porque ejercen sus funciones en condiciones de plena verosimilitud, tal como lo hacen éstos, de modo que la opinión general cree razonablemente que se trata de funcionarios investidos válidamente de

función pública.¹¹

“Los doctrinantes y la jurisdicción contencioso administrativa han aceptado la validez de los actos proferidos por los funcionarios de facto, en aras de la conservación del orden jurídico y las relaciones entre la administración y los administrados.¹²

“Consideran además que el funcionario de hecho existe en los casos siguientes: a) cuando sin nombramiento ni elección conocidos, un individuo desempeña un puesto público bajo tales circunstancias de reputación o aquiescencia que inducen al público a considerarlo como funcionario legítimo; b) cuando la elección o nombramiento han existido y son válidos, pero el funcionario ha dejado de cumplir un requisito o condición legal; c) cuando ha habido elección o nombramiento pero el funcionario es inelegible, o falta competencia al órgano que lo nombró o eligió o hubo irregularidad o defecto en el ejercicio de la competencia, y esas circunstancias son desconocidas por el público, y d) cuando el nombramiento o elección se han hecho de acuerdo con una ley que más tarde es declarada inconstitucional.”¹³

De esta manera, luego de poner en relación el concepto de funcionario de hecho con el material probatorio que reposaba en el proceso, la Sección concluye: “Conforme a los criterios jurisprudenciales expuestos antes, el demandado se desempeñó como un funcionario de hecho en cuya investidura se advierte la irregularidad de no haber tomado posesión del cargo, o no haberse probado ésta; no obstante, tuvo los mismos derechos y obligaciones de un empleado de derecho, los actos que expidió tuvieron pleno valor y estuvo sujeto a las inhabilidades predicables de los empleados de jure.”

15. En la sentencia, la Sección Quinta afirma que a los funcionarios de hecho les son aplicables las mismas inhabilidades que a los funcionarios de jure. Al respecto manifiesta:

“Igualmente ha reconocido esta Sección que los funcionarios de hecho están sujetos a las mismas inhabilidades que corresponden al funcionario de derecho. Así lo sostuvo en el auto de 13 de enero de 1994, radicación número 1090 (...):

‘... En lo que atañe al funcionamiento mismo del recurso, basta observar que la norma que se aduce violada de modo ostensible con el acto de elección no distingue si el desempeño del empleo oficial, dentro del término allí precisado, es de jure o de facto. Se limita a postular el desempeño de la función pública como factor inhabilitante cuando se presenta dentro del

término de tres (3) meses anteriores a la elección. Entonces, como la ley no distingue no le es permitido al juzgador hacer distinciones según lo predica la hermenéutica jurídica.

‘Pero, además, a la conclusión dicha se llega por mera lógica, sin necesidad de elucubraciones o análisis. Absurdo sería, por decir lo menos, que la inhabilidad sólo fuera aplicable a los empleados oficiales en ejercicio legal de la función, consagrando en contrario una situación de privilegio en favor de los de hecho.’

“Conforme a lo anterior, están sujetos los empleados de hecho a la inhabilidad prevista por el numeral 2º del artículo 40 de la ley 617...”

16. Como se aseveró antes, la Sala de Revisión encuentra que la decisión tomada por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia recriminada no es irrazonable y no puede ser tachada de arbitraria ni de vulneratoria de los derechos del actor de la tutela.

En la sentencia se afirma que el actor se desempeñó como gerente encargado del IMEBU, entre el 22 de enero y el 28 de febrero de 2003. Sin duda alguna, las pruebas que obran dentro del proceso permiten esta conclusión.

El Consejo de Estado concluyó que, puesto que no había sido posible obtener copia de las actas de nombramiento y de posesión, ni de las constancias de pago, el actor se había desempeñado como funcionario de facto y, a continuación, determinó que a los funcionarios de facto les eran aplicables las inhabilidades propias de los funcionarios de jure.

El actor afirma que él no podía haberse desempeñado como funcionario de facto, puesto que el cargo de gerente del IMEBU solamente podía existir en derecho luego de que hubiera sido aprobada la planta de personal de ese Instituto, situación que ocurrió el 6 de marzo de 2003. La Sala de Revisión encuentra que este argumento no fue analizado por la Sección Quinta. Sin embargo, dadas las condiciones de este caso, ello no desvirtúa la decisión tomada dentro del proceso de nulidad electoral.

Al respecto es importante precisar que el apoderado del actor nunca formuló este argumento dentro del proceso contencioso administrativo. No lo hizo en la contestación de la demanda (folios 225 ss. cuaderno 2) ni en el escrito de apelación del auto del Tribunal que declaró la suspensión provisional del acta de elección del actor (folios 245 ss. cuaderno 2). Tampoco en

el alegato de conclusión presentado ante el Tribunal (folios 303 ss. cuaderno 2), ni en el alegato presentado ante el Consejo de Estado (folios 364 ss. cuaderno 2). En realidad, en relación con la acusación acerca de que el actor ejerció la gerencia en encargo del IMEBU, lo que se afirma en estos documentos es que el señor Gamboa no tuvo esa calidad y que en la demanda y en el proceso no obraba ningún documento que probara que el actor había sido nombrado y se había posesionado como gerente encargado de la entidad.¹⁴

Pues bien, al examinar el proceso de nulidad electoral se advierte que durante su transcurso tanto el Tribunal como la Sección Quinta se esforzaron permanentemente por obtener los documentos que demostraran que el actor había sido nombrado y se había posesionado como director (e) del IMEBU. Y en vista de que no los encontraron, a pesar de que había pruebas acerca de que el actor había actuado como Gerente (e), el Consejo de Estado llegó a la conclusión de que el demandante había actuado como un funcionario de facto. Si el actor hubiera manifestado desde un principio que él no podía haber sido nombrado ni posesionado hasta que hubiera sido aprobada la planta de personal, ello habría conducido al Tribunal y al Consejo de Estado a resolver en sus sentencias, en la dirección que fuere, el problema jurídico que plantea el demandante acerca de que él no podía haber actuado como funcionario de facto, puesto que el cargo no existía jurídicamente.

Así, pues, el actor expone en la acción de tutela un argumento que nunca había sido presentado dentro del proceso de nulidad electoral. Este procedimiento es inadmisibles. La acción de tutela contra providencias judiciales constituye un remedio extraordinario. La tutela no pretende reemplazar los procedimientos ni los recursos ordinarios. Los procesos ordinarios son el escenario diseñado por el Legislador para adelantar los debates referidos al objeto de un litigio. Por eso, dentro del proceso de tutela no cabe presentar argumentos que no fueron expuestos dentro de los procesos ordinarios, sin que exista alguna razón válida que justifique esta omisión.

En realidad, en estos casos, cabe acudir a la tutela únicamente con el propósito de reparar graves errores cometidos dentro del proceso ordinario, porque se incurrió en una vía de hecho al acogerse interpretaciones de los derechos fundamentales que son inaceptables desde la perspectiva constitucional. Pero no es admisible que en el proceso ordinario se omita o soslaye por una de las partes algunos hechos o problemas jurídicos, para después presentarlos en las acciones de tutela. Como se ha dicho, la acción de tutela contra

providencias judiciales persigue establecer si en el proceso ordinario se cometieron graves errores que deben ser remediados, pero no es ese el caso cuando en el proceso las partes no han puesto todas sus cartas sobre la mesa, para permitir que los argumentos y las pruebas sean discutidos dentro del proceso y que el juez ordinario tome la mejor decisión, de acuerdo con los elementos con los que cuenta en el expediente.

Por lo tanto, en sede de tutela no cabe debatir la proposición del actor acerca de que el Consejo de Estado erró en su sentencia, puesto que él no podía haberse desempeñado como funcionario de facto, como quiera que para ese momento no se había aprobado la planta de personal del IMEBU. No se invoca ni existe ninguna razón que pueda justificar que el actor haya omitido ese argumento dentro del proceso de nulidad electoral. Por lo tanto, si bien hubiera sido deseable que el Tribunal Administrativo de Santander y la Sección Quinta del Consejo de Estado se hubieran pronunciado sobre el punto que se comenta, lo cierto es que no puede el actor afirmar que los tribunales incurrieron en una vía de hecho por esa razón, puesto que él mismo omitió plantear ese problema dentro del proceso ordinario.

17. De otro lado, la Sala de Revisión encuentra que la decisión del Consejo de Estado acerca de que los funcionarios de facto también pueden incurrir en las inhabilidades propias de los funcionarios de jure no es de ninguna manera arbitraria.

Es importante anotar que esta conclusión ya había sido expuesta en otras ocasiones. En la misma sentencia acusada, la Sección Quinta se refiere a un auto de fecha 13 de enero de 1994, radicación número 1090, en el que se tomó la misma decisión. Igual determinación se tomó en la providencia de abril 28 de 1989, dictada por la Sección Quinta, C.P. Miguel González Rodríguez, dentro del proceso instaurado por Jesús Libardo Rojas. En aquella ocasión se debatía acerca de la decisión del Tribunal Administrativo del Caquetá de suspender provisionalmente el acto que declaraba la elección de la alcaldesa de Paujil, por cuanto, dentro de los seis meses anteriores a su elección, ella se había desempeñado como alcaldesa, con lo cual estaba incurso en una inhabilidad. El apelante manifestaba que la demandada no había ocupado de manera válida el cargo de alcaldesa, razón por la cual no le era aplicable la inhabilidad. La Sección Quinta no aceptó los argumentos del apoderado y confirmó que las inhabilidades también operan en relación con los funcionarios de hecho:

“En consecuencia, estándose en el presente caso en presencia de un funcionario de hecho

surgido en período de normalidad institucional, con investidura plausible, pues el cargo existía de jure, así como la función ejercida irregularmente, y, además, el empleo se ejerció en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente, la conclusión no puede ser otra que la siguiente: los actos expedidos o realizados por la señora Vargas de Quinto, como alcaldesa municipal de Paujil, entre la fecha de su posesión como tal y la de separación como consecuencia de la decisión de los jueces administrativos, por medio de la cual se declaró la nulidad del acto de su elección, son válidos, y, en consecuencia, sí ejerció autoridad civil y política dentro del término de inhabilidad previsto en la ley.”

18. También en relación con este punto, el actor manifiesta que la interpretación realizada por el Consejo de Estado extiende los efectos de una disposición prohibitiva, lo cual atenta contra el principio de que las normas que limitan el ejercicio de los derechos deben ser interpretadas de manera restrictiva.

La Sala de Revisión no considera que la interpretación realizada por la Sección Quinta en este punto sea caprichosa. La norma que contempla la inhabilidad aquí discutida dice que ella se aplica a “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 municipio o distrital...” Como se ve, el precepto no hace distinciones entre los funcionarios de jure y los de facto.

Una de las principales funciones de las inhabilidades es evitar que un funcionario que ejerce autoridad en una determinada circunscripción compita en una elección en condiciones ventajosas frente a los demás candidatos que no tuvieron la investidura ni los recursos de poder del funcionario. De tal forma, que lo determinante es si efectivamente el elegido tuvo a su disposición esos recursos de poder durante el lapso en que operaba la inhabilidad, consideración que subyace a la tesis de que los funcionarios de facto también están cobijados por la inhabilidad.

Además, la misma jurisprudencia de la Sección Quinta ha reiterado de manera consistente que los actos de los funcionarios de hecho son válidos.¹⁵ Si ello es así, no se puede aseverar de ninguna manera que es descabellada la conclusión acerca de que a los funcionarios de facto también se les aplican las inhabilidades creadas para los funcionarios de jure.

El vencimiento del término constitucional para resolver los procesos de nulidad electoral no acarrea la pérdida de competencia de la justicia para resolver sobre el litigio planteado

19. El actor plantea también que las dos sentencias constituyen una vía de hecho, por cuanto fueron dictadas luego de haber expirado el plazo indicado en la Constitución para proferir sentencia dentro de los procesos de nulidad electoral. Al respecto manifiesta que la demanda - instaurada el 28 de noviembre de 2003 - fue admitida el 30 de enero de 2004, lo que significa que debería haber sido fallada en las dos instancias, a más tardar, el 30 de enero de 2005. A pesar de ello, continúa, la sentencia del Tribunal fue proferida el 7 de febrero de 2005, y la de la Sección Quinta el 13 de octubre de 2005. Por eso, considera que la jurisdicción contencioso administrativa había perdido ya competencia para fallar sobre el caso, y que por eso los tribunales incurrieron en vías de hecho por defecto orgánico y procedimental al dictar sus fallos luego de vencido el término.

20. Esta Sala de Revisión no comparte las apreciaciones del actor. Ciertamente, en el trámite del proyecto de reforma constitucional que se convertiría en el Acto Legislativo 01 de 2003 se planteó en distintas ocasiones la necesidad de lograr que los procesos de nulidad electoral fueran fallados prontamente, con el objetivo de impedir que estas decisiones se prolongaran en el tiempo, con la inestabilidad política y la nociva incertidumbre que ello genera. Es por eso que se decidió introducir en la misma Constitución términos perentorios para la decisión judicial de estos procesos. En este sentido, el parágrafo del artículo 14 del Acto Legislativo 01 de 2003 dispuso:

“Artículo 14. El artículo 264 de la Constitución Política quedará así:

“(…)

“PARÁGRAFO. La jurisdicción contencioso administrativa decidirá la acción de nulidad electoral en el término máximo de un (1) año.

“En los casos de única instancia, según la ley, el término para decidir no podrá exceder de seis (6) meses.”

Empero, el término perentorio establecido mediante el Acto Legislativo no implica que la jurisdicción contencioso administrativa pierda competencia para fallar el proceso cuando el

plazo está vencido. La acción electoral persigue la protección del orden jurídico, y fundamentalmente del principio democrático que informa la Constitución, de tal manera que no se puede considerar que la jurisdicción contencioso administrativa pierda su competencia para fallar sobre estos procesos cuando ha transcurrido el plazo establecido por la Constitución.¹⁶ Admitir lo contrario significaría dejar desprotegidos los derechos y fines constitucionales que se erigen en la razón de ser de la acción electoral.

21. Lo anterior no significa, empero, que los términos fijados en la Constitución sean irrelevantes y que su incumplimiento carezca de sanciones. Desde esta perspectiva, es inaceptable la posición asumida por los magistrados de la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Santander. Ellos manifiestan en su escrito de respuesta a la acción de tutela que les había resultado “físicamente imposible darle estricto cumplimiento al plazo señalado (...) atendiendo al nivel de congestión existente en el Tribunal Administrativo de Santander...”, argumento que fundamentan con la exposición de las cifras sobre los procesos que hubieron de atender.

La Sala de Revisión comprende que la jurisdicción contencioso administrativa está sometida a una inmensa carga de trabajo, en vista del alto número de procesos que debe resolver. Pero al mismo tiempo considera que no puede aceptarse que un término judicial fijado en la Constitución sea desatendido. El Congreso de la República consideró necesario que los procesos de nulidad electoral sean fallados dentro de términos estrictos y para ello decidió reformar la Constitución en este punto. Si se acepta el principio de la supremacía de la Constitución es claro que los plazos fijados deben ser en todo caso acatados y que no puede aducirse como causal exoneratoria de responsabilidad la de la congestión judicial. En realidad, si el Legislador decidió introducir en la Constitución estos términos judiciales, ha de entenderse que estos procesos deberán resolverse de manera preferente sobre los demás, tal como ocurre con los términos establecidos constitucionalmente para la acción de tutela, todo con el fin de poder fallar estos procesos dentro de los plazos fijados en la Constitución.

Por lo tanto, cabe concluir que si bien el incumplimiento de los términos fijados en la Constitución para la decisión de los procesos de nulidad electoral no produce la prescripción de esos procesos ni la caducidad de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, ello sí genera responsabilidad para los funcionarios judiciales implicados. Esta responsabilidad deberá ser valorada por los órganos disciplinarios correspondientes.

22. Ahora bien, la Sala encuentra que la ley no ha reglamentado el párrafo del artículo 14 del Acto Legislativo 01 de 2003. Esto significa que los procesos de nulidad electoral se siguen rigiendo por las normas contempladas en el Código Contencioso Administrativo, las cuales pueden dificultar el cumplimiento de los plazos máximos fijados en el mencionado párrafo para que se fallen los procesos de nulidad electoral. Pero, además, la falta de regulación permite que afloren distintas dudas sobre el procedimiento. Así, por ejemplo, para los procesos de dos instancias, como el presente, no se ha determinado cuál es el término con el que cuenta cada una de las instancias para decidir. Tampoco está claro cómo se computan los términos en todas las eventualidades que pueden surgir dentro del proceso y que absorben parte del plazo fijado para que los fallos sean proferidos, tal como ocurre con los recursos de apelación que se instauren contra algunas decisiones de la primera instancia, con el tiempo que exige la remisión de los expedientes por correo y con el lapso que ocupe la fase de pruebas.

Ante la incertidumbre existente sobre todos estos puntos parecería imposible exigir en este caso que se establezcan responsabilidades disciplinarias. Sin embargo, lo cierto es que aceptar esta posición significaría admitir que las normas constitucionales pueden ser incumplidas sin problema alguno hasta que no sean debidamente reglamentadas. Esta conclusión contradice claramente el fin de las normas constitucionales de fungir como normas jurídicas superiores, que deben regir toda la normatividad inferior y la actividad de los servidores públicos. Es decir, si bien la norma constitucional no ha sido reglamentada, de su contenido se pueden derivar algunos mínimos razonables, cuyo cumplimiento puede ser exigido hasta que el Legislador no disponga algo diferente, máxime si las normas establecen términos perentorios.¹⁷

En este sentido, es importante subrayar que el Acto Legislativo citado establece dos términos: seis (6) meses para los procesos de única instancia y un año para los demás. Mientras el legislador no establezca reglas al respecto, lo razonable es entender que, en principio, como sucede en los procesos de única instancia, la primera instancia tiene 6 meses para fallar y la segunda instancia dispone de un tiempo igual. Si la primera instancia pudiera durar más, este tiempo habría que descontárselo a la segunda instancia, lo cual podría conducir a situaciones absurdas, como que la primera instancia se tomara 11 meses, lo cual dejaría a la segunda instancia tan solo con un mes para cumplir el término constitucional.

Así, mientras el Legislador no reglamente lo materia, lo razonable es que tanto la primera como la segunda instancia de los procesos de nulidad electoral realicen todos los esfuerzos necesarios para poder dictar sus respectivas sentencias en un plazo no superior a los seis meses. De esta manera, en principio, en todos aquellos casos en los que las corporaciones judiciales se tomen más tiempo del indicado para dictar las sentencias de nulidad electoral es preciso compulsar copias a la autoridad disciplinaria correspondiente para que ésta establezca si se ha incurrido en una falta. Sin embargo, la Sala es consciente de que antes de tomar esta decisión es necesario analizar las particularidades de cada caso.

Lo anterior hace necesario observar detenidamente el proceso de nulidad electoral que es objeto de este proceso de tutela. Por eso, a continuación se presenta el desarrollo cronológico del mismo, destacando los momentos procesales más importantes para el presente estudio:

28.11.2003 Presentación demanda de nulidad electoral ante Tribunal Administrativo de Santander

02.12.2003 Reparto y radicación del proceso

03.12.2003. Antes de admitir la demanda, se oficia a RNEC para que envíe copia auténtica del acta de escrutinio. Plazo: 1 día.

16.12.2003 Secretaría informa no ha llegado nada de RNEC. Recuerda que proceso está para decidir admisión.

16.12.2003 Magistrada ponente ordena reiterar solicitud a RNEC

14.01.2004 RNEC envía acta escrutinio. Pasa a Despacho para admisión

30.01.2004 Se admite demanda electoral y se decreta suspensión provisional. Se ordena notificación del auto y se dispone fijarlo en lista, para contestación de la demanda.

06.02.2004 Se notifica personalmente a PGN.

09.02.2004 Se fija edicto. Se cita al demandado

13.02.2004 Se notifica auto admisorio. Demandado apela

16.02.2004 Entra a Despacho para decidir sobre apelación

18.02.2004 Se presenta contestación demanda y se sustenta apelación

27.02.2004 Se concede apelación, efecto devolutivo.

02.03.2004 Se notifica por estado el auto anterior

08.03.2004 Apoderado demandado hace entrega copias del proceso

16.03.2004 Se remite proceso a Consejo de Estado

23.04.2004 Proceso llega al Consejo de Estado

29.04.2004 Recibido en Secretaría del Consejo de Estado

05.05.2004 Pasa a Despacho del Magistrado sustanciador en Consejo de Estado

12.05.2004 Se registra proyecto de auto en Consejo de Estado

13.05.2004 Auto del Consejo de Estado revoca la suspensión provisional

19.05.2004 El actor solicita información al Tribunal sobre envío del proceso a Consejo de Estado. Advierte que proceso debe seguir tramitándose en Tribunal.

26.05.2004 Notificación auto Consejo de Estado a PGN

27.05.2004 Notificación auto Consejo de Estado por estado

07.06.2004 Al Despacho para decreto de pruebas en Tribunal

29.06.2004 Se recibe expediente en Tribunal y entra a Despacho

02.07.2004 Auto del Tribunal en que se decretan las pruebas - inspección judicial, documentales, testimonios. Se ordena espera las documentales para ordenar otras

07.07.2004 Se notifica auto por estado

08.07.2004 Se envían oficios respectivos

28.07.2004 Secretaría informa que han llegado distintas pruebas documentales pedidas. Pasa a Despacho para “decidir sobre el decreto de las pruebas diferidas - inspección judicial y testimonios - hasta tanto no obraran en el expediente los documentos solicitados.”

05.08.2004 Se fija fecha dos inspecciones judiciales y recepción testimonios

09.08.2004 Se notifica auto

18.08.2004 Práctica inspección judicial IMEBU

26.08.2004 Se fija nueva fecha testimonios, según solicitud

27.08.2004 Auto que ordena cumplir decisión Consejo de Estado

03.09.2004 Notifícase estado auto cumplimiento decisión Consejo de Estado

03.09.2004 No comparecen los testigos

17.09.2004 Se fija nueva fecha para testimonio

21.09.2004 Se notifica auto mediante estado

24.09.2004 Se recibe el único testimonio

01.10.2004 Se corre traslado de 5 días para alegatos de conclusión

05.10.2004 Notifícase auto anterior por estado

13.10.2004 Se recibe último alegato conclusión

14.10.2004 Se entrega expediente a PGN, por diez días, para concepto

29.10.2004 Se recibe concepto de PGN

04.11.2004 Entra a Despacho para fallar

02.12.2004 Se registra proyecto de fallo

07.02.2005 Sentencia de primera instancia

18.02.2005	Notifícase sentencia personalmente a PGN
21.02.2005	Se fija edicto para notificar a partes
23.02.2005	Parte demandante apela
02.03.2005	Entra a Despacho para decidir apelación
04.03.2005	Se concede apelación en efecto suspensivo
08.03.2005	Se notifica auto anterior por estado
17.03.2005	Se envía proceso a Consejo de Estado
25.04.2005	Proceso llega a Consejo de Estado
29.04.2005	Se recibe expediente en Secretaría Consejo de Estado
04.05.2005	Se reparte al Magistrado Sustanciador
05.05.2005	Admítase el recurso de apelación. Se fija en lista por tres días y se deja 3 días a disposición para que partes y PGN presenten alegatos
12.05.2005	Se notifica auto al Procurador
13.05.2005	Se notifica auto a las partes
19.05.2005	Se fija en lista el proceso
24.05.2005	En traslado a partes por tres días, hasta el 26.05.2005
27.05.2005	Traslado a PGN por cinco días
07.06.2005	Memorial de PGN
08.06.2005	Entra a Despacho para resolver
22.06.2005	Se registra proyecto para Sala

- 13.10.2005 Se decide recurso de apelación. Revoca sentencia
- 20.10.2005 Se notifica a PGN
- 21.10.2005 Edicto para notificación. Se desfija el 25 de octubre
- 19.12.2005 Magistrada sustanciadora del Tribunal recibe expediente
- 16.01.2006 Ordena obedecer sentencia del Consejo de Estado y comunicarla a Concejo y alcalde Bucaramanga y RNEC

Como se puede observar, la demanda fue admitida el día 30 de enero de 2004, fecha a partir de la cual se contabiliza el término de seis meses con el que contaba el Tribunal Administrativo para dictar su sentencia de primera instancia. A pesar de ello, la sentencia de primera instancia fue proferida el 7 de febrero de 2005, un año y una semana después de haber sido admitida la demanda, lo cual excede claramente el término fijado para el trámite de la primera instancia.

Por otra parte, de los datos aportados por el Consejo de Estado se deduce que el trámite de la segunda instancia, entre el momento de la radicación del proceso (2 de mayo de 2005) y el de su devolución al Tribunal (31 de mayo de 2005), transcurrió en un plazo de cinco meses y ocho días.¹⁸ Ello indica que el Consejo de Estado sí dictó su sentencia dentro del término constitucional.

De esta manera, en el proceso de nulidad electoral mencionado aparece con claridad que el Tribunal Administrativo de Santander superó con creces el término de seis meses para dictar su sentencia. Ahora bien, para determinar si es preciso comunicar a la autoridad disciplinaria sobre estos hechos, es preciso observar más detenidamente el esquema cronológico, por cuanto bien podría haber sucedido que el proceso haya excedido el plazo asignado por cuanto buena parte del término fue absorbido por los tiempos del correo, por el trámite de los recursos de segunda instancia o por las dificultades que puede suponer la práctica de las pruebas. Es decir, para contabilizar el plazo de seis meses debe tenerse en cuenta el tiempo en que el magistrado sustanciador o el tribunal judicial correspondiente tiene efectivamente a su disposición el expediente. Ello indica que para efectos de determinar si la sentencia fue dictada dentro del término establecido por la Constitución no se puede contar con aquellos

períodos en los que el trámite del proceso no depende del juez.

Así, por ejemplo, la Sala de Revisión considera que, mientras el legislador no disponga algo diferente al regular la materia, el tiempo absorbido por la práctica de las pruebas no debe contarse para establecer si el Tribunal se ajustó al término señalado. Durante ese lapso, comprendido entre el 2 de julio y el 24 de septiembre, el Tribunal no podía impulsar el proceso, pues tenía que esperar el envío de las pruebas documentales requeridas y la realización de las distintas diligencias en las fechas previstas.

Con todo, a pesar de la sustracción de los dos meses y medio que ocupó la etapa probatoria, el término utilizado por el Tribunal para dictar la sentencia de primera instancia continúa superando el plazo de seis meses. Por lo tanto, en este caso es indicado compulsar copias a la autoridad disciplinaria correspondiente para que determine si existen responsabilidades disciplinarias por la tardanza en dictar la sentencia de correspondiente. Será la autoridad disciplinaria la que establezca qué períodos procesales deben ser contabilizados para establecer si el Tribunal se ajustó - o desatendió - el mandato de proferir su sentencia dentro de los seis meses.

Ahora bien, la demora no puede atribuírsele a todos los integrantes de la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Santander, pues esta dictó la sentencia en un término razonable, alrededor de un mes.¹⁹ Por eso, la Sala concluye que, sin perjuicio de lo que disponga la autoridad correspondiente, las copias se compulsarán para el efecto de determinar si la Magistrada Sustanciadora del proceso de nulidad electoral instaurado por César Orduz contra la elección de Henry Gamboa como concejal de Bucaramanga, en 2003, incurrió en una falta disciplinaria, sin que lo dicho en esta sentencia pueda ser tenido como una evaluación de su conducta, cuestión que compete al juez disciplinario.

23. Finalmente, la Sala de Revisión considera que es necesario que se reglamente el aludido párrafo del artículo 14 del Acto Legislativo 01 de 2003, con el objeto de hacer claridad sobre el procedimiento al que deben ceñirse los procesos de nulidad electoral para cumplir con los términos perentorios fijados en el Acto Legislativo. Por eso, la Sala comunicará sobre la ausencia de reglamentación del mencionado párrafo al Congreso de la República y al Consejo Superior de la Judicatura, para que, en uso de sus competencias constitucionales y legales, procuren la superación de esta carencia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- Levantar la suspensión de términos decretada dentro del proceso.

Segundo. CONFIRMAR, pero por las razones contenidas en el presente fallo, la sentencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, el día 8 de mayo de 2006, mediante la cual se negó la acción de tutela presentada por Henry Gamboa Mesa contra el Tribunal Administrativo de Santander y la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Tercero. Poner en conocimiento del Congreso de la República y del Consejo Superior de la Judicatura la ausencia de reglamentación del parágrafo del artículo 14 del Acto Legislativo N° 01 de 2003 para que, en uso de sus facultades constitucionales y legales, procuren la superación de esta carencia.

Cuarto.- Compulsar copias a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para que determine si la Magistrada Sustanciadora del Tribunal Administrativo de Santander, dentro del proceso de nulidad electoral instaurado por César Orduz contra la elección de Henry Gamboa como concejal de Bucaramanga, en 2003, incurrió en faltas disciplinarias en el desarrollo del mencionado proceso.

Quinto. Ordenar a la Secretaría General que envíe de vuelta al Tribunal Administrativo de Santander el expediente del proceso de nulidad electoral instaurado por César Augusto Orduz Barrera contra Henry Gamboa Mesa.

Sexto.- Para garantizar la efectividad de la acción de tutela, la Sección Primera del Consejo de Estado notificará esta sentencia dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de la comunicación a la que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Séptimo.- Líbrese por la Secretaría General las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado Ponente

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Corte Constitucional, sentencia C-800A/02 (M.P. Manuel José Cepeda). En este caso se reitera la jurisprudencia constitucional sobre vía de hecho, en especial las sentencias T-231 de 1994 y T-983 de 2001.

2 En la sentencia T-079 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional confirmó un fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el cual la Sala de Casación Civil consideró que era evidente la vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la accionante, ya que las declaraciones allegadas al expediente del proceso acusado, no podían ser fundamento de la decisión por haber sido rendidas como versiones libres y espontáneas y no bajo la gravedad del juramento, según las exigencias de los artículos 175 C.P.C. y 55 del Código del Menor. La Corte Suprema agregó, además, que las pruebas testimoniales debían ser ordenadas mediante auto del funcionario instructor, con el fin que contra ellas fuera posible ejercer el derecho de contradicción. Manifestó la Sala Tercera en aquella ocasión: “Una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento

objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona. // Carece de fundamento objetivo la actuación manifiestamente contraria a la Constitución y a la Ley. La legitimidad de las decisiones estatales depende de su fundamentación objetiva y razonable. El principio de legalidad rige el ejercicio de las funciones públicas (CP art. 121), es condición de existencia de los empleos públicos (CP art. 122) y su desconocimiento genera la responsabilidad de los servidores públicos (CP arts. 6, 90). Una decisión de la autoridad no es constitucional solamente por el hecho de adoptarse en ejercicio de las funciones del cargo. Ella debe respetar la igualdad de todos ante la ley (CP art. 13), principio que le imprime a la actuación estatal su carácter razonable. Se trata de un verdadero límite sustancial a la discrecionalidad de los servidores públicos, quienes, en el desempeño de sus funciones, no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas, so pena de abandonar el ámbito del derecho y pasar a patrocinar simple y llanamente actuaciones de hecho contrarias al Estado de Derecho que les da su legitimidad. // La decisión revestida de las formalidades de un acto jurídico encubre una actuación de hecho cuando ésta obedece más a la voluntad o al capricho del agente estatal que a las competencias atribuidas por ley para proferirla.”

4 Corte Constitucional, sentencia T-1031 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) En este caso se decidió que “(...) el pretermir la utilización de los medios ordinarios de defensa, torna en improcedente la acción de tutela. Empero, la adopción rigurosa de éste postura llevaría, en el caso concreto, a una desproporcionada afectación de un derecho fundamental. En efecto, habiéndose establecido de manera fehaciente que la interpretación de una norma se ha hecho con violación de la Constitución, lo que llevó a la condena del procesado y a una reducción punitiva, no puede la forma imperar sobre lo sustancial (C.P. art. 228). De ahí que, en este caso, ante la evidente violación de los derechos constitucionales fundamentales del demandado, la Corte entiende que ha de primar la obligación estatal de garantizar la efectividad de los derechos, por encima de la exigencia de agotar los medios judiciales de defensa.”

5 Corte Constitucional, sentencia T-949 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett). En este caso la Corte decidió que “(...) la infracción del deber de identificar correctamente la persona sometida al proceso penal, sumada a la desafortunada suplantación, constituye un claro defecto fáctico, lo que implica que está satisfecho el requisito de procedibilidad exigido por la Jurisprudencia para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.”

6 Dijo la Corte Suprema de Justicia: “resulta evidente que la Superintendencia accionada incurrió en un defecto procedimental constitutivo de vía de hecho, porque dejando de lado el procedimiento que debe agotar cuando realiza actos de carácter jurisdiccional, no sólo no resolvió sobre el recurso de apelación que se interpuso contra la Resolución No. 04729, sino que ante el requerimiento de la interesada para que realizara el respectivo pronunciamiento, decide hacerlo por medio de “oficio”, situación que posteriormente utilizó para denegar el recurso de reposición y las copias que de manera subsidiaria se habían solicitado para recurrir en queja, argumentado, contrario a la realidad que muestra el proceso, que mediante el mencionado oficio se había resuelto un derecho de petición, arbitrariedades que remata con la decisión adoptada mediante la Resolución 30359 de 20 de septiembre del año anterior, en cuanto se abstuvo de dar trámite al recurso de queja propuesto en legal forma y ordenó la expedición de copias no con base en lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 378 del Código de Procedimiento Civil, conforme se le había solicitado, sino con estribo en lo dispuesto en el C.C.A. relativo al derecho de petición”.

7 Ver por ejemplo las sentencias C-037 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) que declaró exequible de manera condicionada el artículo 66 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y C-384 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) en la que la Corte condicionó la exequibilidad de las normas acusadas a que se admitiera la procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

8 En la sentencia C-557 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda) se consideró al respecto lo siguiente: “Si bien el control de constitucionalidad de las normas es un control abstracto porque no surge de su aplicación en un proceso particular, ello no significa que el juicio de exequibilidad deba efectuarse sin tener en cuenta el contexto dentro del cual la norma fue creada (i.e. su nacimiento), y dentro del cual ha sido interpretada (i.e. ha vivido). En fin: en buena medida, el sentido de toda norma jurídica depende del contexto dentro del cual es aplicada. || Ahora, dentro de las múltiples dimensiones de ese contexto -bien sea la lingüística, que permite fijar su sentido natural, o bien la sociológica, que hace posible apreciar sus funciones reales- se destaca la actividad de los expertos que han interpretado los conceptos técnicos que ella contiene y que los han aplicado a casos concretos. Obviamente, esos expertos son los jueces y los doctrinantes especializados en la materia tratada en la norma; dentro de ellos, una posición preeminente la ocupan los órganos judiciales colegiados que se encuentran en la cima de una jurisdicción. Así lo ha establecido

la Constitución al definir al Consejo de Estado como “tribunal supremo de lo contencioso administrativo” (art. 237- 1 de la CP) y a la Corte Suprema de Justicia como “máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria” (art. 234 de la CP). Por lo tanto, la jurisprudencia de ambos órganos es un referente indispensable para apreciar el significado viviente de las normas demandadas. Al prestarles la atención que su ubicación institucional exige, la Corte Constitucional está valorando su labor hermenéutica dentro de un mismo sistema jurídico. Obviamente, cuando no exista jurisprudencia sobre las normas objeto del control constitucional, la Corte Constitucional tendrá que acudir a otras fuentes del derecho para interpretar los artículos demandados.”

9 Sentencia proferida por la Sala Plena de esta Corporación de 6 de octubre de 1992, radicación AC-273

10 Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 96/08/15, radicación 8886.

11 Sentencia de la Sección Primera de 91/09/26, radicación 1453.

12 Sentencia de la Sección Segunda de 96/11/28, radicación 13846, sentencia de septiembre 26 de 1991, Exp. 1453.

13 Sentencia de Sala Plena 01/09/18, radicación S-472.

14 Así, por ejemplo, en el alegato de conclusión presentado ante el Tribunal se dijo:

“En consecuencia tenemos que la prosperidad de las pretensiones dependerá de si realmente los supuestos anteriores [los que configuran una inhabilidad] se encuentran probados en el proceso.

“Como tales nunca se aportaron ni obran en el mismo el acto administrativo mediante el cual fue nombrado el demandado para el cargo de gerente encargado del IMEBU ni tampoco obra en el mismo el acta de posesión. Para esta situación opera el deber del Estado, en el sentido de que para este cargo, gerente del IMEBU, se deben aportar los actos administrativos de nombramiento y posesión...

“(...

“En conclusión podemos rescatar que en el expediente no se aportaron los documentos públicos o actos administrativos que comprueben la inhabilidad anunciada. El documento en el cual aparece la firma del demandado no es prueba fehaciente de tal cargo, dado que se podría pensar que habría actuado como funcionario de facto o incluso como impostor arrastrando una ilegitimidad no susceptible de tornarse en la inhabilidad...

“(...

“Vemos así que la calidad de Secretario Administrativo o de Gerente de un Instituto no se adquiere per se, sino que debe mediar no solo un acto administrativo de nombramiento emanado de funcionario competente, sino la diligencia de posesión para que el funcionario designado entre a ejercer el cargo como lo exige nuestra Constitución Política en su artículo 122 inciso 2°. Y de las pruebas allegadas no se deduce que Gamboa Mesa tuviera la calidad de Gerente de un instituto descentralizado municipal o la de secretario administrativo de la alcaldía de Bucaramanga. (...) Pero nunca se allegó al proceso el acto administrativo de nombramiento y consecuentemente el de posesión, porque, se insiste, se es gerente del IMEBU o secretario del despacho no porque se firme un oficio de invitación o se reciba un acuerdo en tal condición, sino porque el nominador así lo dispone a través de un acto administrativo.”

15 Así, en la providencia del 26 de septiembre de 1991, dictada por la Sección Primera del Consejo de Estado, C.P. Ernesto Rafael Ariza, expediente 1453, proferida dentro de un proceso en el que se debatía acerca de si los actos dictados por la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental del Quindío eran válidos, puesto que la elección de la Mesa había sido declarada nula, el Consejo de Estado manifestó: “De lo transcrito se desprende que en virtud de la declaratoria de nulidad de la elección de la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental del Quindío, sus integrantes se transformaron en funcionarios de hecho, pero sus actos, a la luz de la doctrina, son válidos por cuanto ejercieron sus funciones en la misma forma y apariencia como si las hubiera desempeñado una Mesa Directiva elegida regularmente y porque para la opinión general del Departamento del Quindío se creía razonablemente, antes de que se produjera la declaratoria de nulidad, que se trataba de funcionarios elegidos válidamente.”

16 Al respecto es interesante anotar que el Consejo de Estado ha manifestado que la acción

electoral tiene como propósito la defensa del orden jurídico y por ello ha dispuesto que en ella son aplicables todas las causales de nulidad contempladas en la ley. Así, en sentencia del 22 de marzo de 2002, C.P. Reinaldo Chavarro Buriticá, dictada dentro del proceso 11001-03-28-000-2001-0021-01 (2501), actora: Dorothy Lucelly Molina Sánchez, se expresó: “Tanto la acción pública de nulidad como la electoral persiguen la protección del orden jurídico vulnerado, por lo cual no existe razón alguna para restringir el ejercicio de la acción electoral a las causales de nulidad que le son propias, es decir aquellas que de una parte miran la legalidad y validez de los procesos electorales inherentes a los sistemas democráticos y de otra parte, a la adecuada representación de quien realiza una gestión en el sector público; de ahí que esta Sala haya admitido y reiterado que además de las causales de nulidad que en forma específica establecen los artículos 223, 227 y 228 del Código Contencioso Administrativo, la acción de nulidad electoral también puede fundamentarse en cualquiera de las causales generales de nulidad previstas en el artículo 84 ibídem. Así entonces, sobre ese presupuesto la Sala analizará el primer cargo planteado en la demanda.”

17 En este punto es preciso destacar la importancia del cumplimiento de los plazos otorgados a la justicia para dictar sus providencias. A manera de ejemplo, la Convención Europea de Derechos Humanos contempla en su artículo 6, numeral 1, frase 1, que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea juzgada en un proceso equitativo, público y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, constituido de acuerdo con la ley, el cual decidirá sobre los litigios acerca de sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...” En muchas de sus sentencias la Corte Europea ha recalcado la importancia de que los tribunales impartan justicia dentro de un plazo razonable y en ese sentido ha llegado incluso a condenar a Alemania por la dilación de los procesos en la Corte Constitucional Federal (caso Wimmer vs. Germany, N° 60534/00, decidido el 24 de febrero de 2005).

18 Las fechas anotadas en el cronograma que se realizó con base en la lectura del expediente no coinciden completamente con las contenidas en el cronograma que presentó el Consejo de Estado, pues algunas actuaciones realizadas en esta última Corporación no quedaron registradas en el expediente. A pesar de ello, lo cierto es que hay coincidencia en las fechas fundamentales y que de los dos cronogramas se deduce que el Consejo de Estado sí se ajustó al término constitucional para dictar su fallo.

19 El proyecto de fallo fue registrado el 2 de diciembre de 2004 y la sentencia fue dictada el 7 de febrero de 2005, lo que indica que fue proferida algo más de 2 meses después del registro del proyecto. Empero, a este plazo debe sustraérsele el período de la vacancia judicial, lo cual significa que la Sala se tomó algo más de un mes para dictar su sentencia.