

Sentencia T-214/10

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales genéricas de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

DEFECTO SUSTANTIVO-Configuración

DEFECTO FACTICO-Configuración

PERDIDA DE INVESTIDURA-Etapas según posición del Consejo de Estado

RECURSO DE REVISION CONTRA SENTENCIA DE PERDIDA DE INVESTIDURA-Procedencia

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIA DE PERDIDA DE INVESTIDURA-No se incurrió en los defectos sustantivo y fáctico dentro del proceso en virtud del cual se declaró la pérdida de investidura como concejal

Accionante:

Javier Alonso Lastra Fuscaldo

Demandado:

Consejo de Estado - Sección Primera

Magistrado Ponente:

Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de marzo de dos mil diez (2010).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial, las que le confiere el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión de los fallos de tutela proferidos dentro del proceso identificado con el número de radicación T-2462630, instaurado por Javier Alonso Lastra Fuscaldo, contra el Consejo de Estado – Sección Primera.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

Javier Alonso Lastra Fuscaldo, presentó, mediante apoderado judicial, el 6 de agosto de 2009, acción de tutela, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en contra de la Sección Primera del Consejo de Estado, para la protección inmediata de sus derechos fundamentales al debido proceso y a elegir y ser elegido, que considera vulnerados por la entidad accionada dentro del proceso por virtud del cual se declaró la pérdida de su investidura como concejal de Bogotá.

2. Información a los demandados y a terceros eventualmente afectados

Mediante auto de 12 de agosto de 2009, la Sub-sección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado decidió asumir el trámite de la acción de tutela de la referencia, negar la medida cautelar solicitada, vincular como tercero interesado al ciudadano que en calidad de demandante dio lugar al proceso que concluyó con la sentencia impugnada y poner la demanda de tutela en conocimiento de los magistrados de la Sección accionada.

3. Contestación a la demanda

Mediante memorial de agosto 19 de 2009, el Magistrado Marco Antonio Velilla se opuso a las

pretensiones de la demanda.

4. Los hechos

4.1. El 25 de agosto de 2006, el Presidente de la República, por medio del Decreto 2853 del mismo año, ordenó la liquidación de la Administración Postal Nacional, Adpostal, y para el efecto, designó como liquidador a la Fiduciaria la Previsora S.A., cuya naturaleza jurídica es la de una sociedad de economía mixta sometida al régimen de las empresas industriales y/o comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

4.2. El 1 de septiembre de 2006, la Fiduciaria la Previsora S.A, otorgó poder general al señor Javier Alonso Lastra Fuscaldo, para que, en su nombre y representación, ejecutara todos los actos y contratos tendientes a lograr la liquidación de Adpostal.

4.3. En ejercicio de dicho encargo, el señor Lastra Fuscaldo celebró 82 contratos.

4.4. El 30 de marzo de 2007, la Fiduciaria la Previsora S.A., revocó el poder conferido al señor Lastra Fuscaldo.

4.6. El 16 de abril de 2008, se presentó demanda de pérdida de investidura en su contra por la presunta violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consagrado en la Ley 136 de 1994, particularmente, por el desconocimiento de lo establecido en el artículo 43, numerales 2 y 3 de ese ordenamiento, que son del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 43. (Modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000) 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.

3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.”

4.7. El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia de 28 de septiembre de 2008, denegó las pretensiones de la demanda, por considerar , por un lado, que el actor no adquirió la condición de servidor público, por cuanto no estaba sujeto a la fiduciaria por virtud de una vinculación legal y reglamentaria, y, por otro, que no existía un interés propio o de terceros en la celebración de los contratos en los que participó el demandante en el curso de la liquidación de Adpostal, por cuanto, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, “... en los casos en los que el contratista actúe en representación de una entidad pública se considera que obra en cumplimiento de un deber legal en interés público y no particular o de terceros.”¹ A partir de lo anterior concluyó el Tribunal que las causales de inhabilidad no se configuraron.

4.8. La Sección Primera del Consejo de Estado revocó la sentencia de primera instancia, declaró probada la inhabilidad en la que incurrió el demandante y decretó la pérdida de su investidura como concejal de Bogotá. Ello al concluir que al accionante sí le asistía un interés propio en la celebración de los contratos en los que intervino en la liquidación de Adpostal, dentro del año anterior a la fecha de la elección.

Sobre el particular el Consejo de Estado hizo las siguientes consideraciones:

“En este caso, como lo señaló el a quo, dentro de la relación de contratos celebrados por el demandado con entidades públicas se encuentran, entre otros, los suscritos el 5 de enero de 2007 con Servicios Postales Nacionales por \$40'000.000; el 12 de febrero de 2007 con el Archivo General de la Nación por \$795'000.000; y el 8 de marzo de 2007, con el Instituto Geográfico Agustín Codazzi por \$40'000.000, todos para ser ejecutados en Bogotá.

Lo relevante en este caso es establecer si en el interés propio o de terceros, a que alude la

norma, se debe entender excluido el del apoderado general del Liquidador, persona de derecho público, a quien se le encomendó terminar la existencia jurídica de una entidad pública, en este caso, ADPOSTAL, pues es evidente que se celebraron los referidos contratos, en el período inhabilitante y con entidades públicas.

Al respecto, estima la Sala que el demandado, en virtud del contrato de mandato, no solo representa los intereses de LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., sino que en virtud del mismo, como ya se vio, adquirió la calidad de LIQUIDADOR lo que engendra un interés propio en sacar adelante las obligaciones que adquirió en razón del contrato de mandato y por el cual percibió a título de contraprestación el pago de unos honorarios, como se advierte a folio 49 vuelto del cuaderno principal en la cláusula Cuarta de la Escritura Pública 11272 de 1º de septiembre de 2006, que reza: “Que con relación a la remuneración que se pacta con ocasión del ejercicio del presente mandato....se determina por las partes que la remuneración será acordada en el contrato de prestación de servicios que suscriba el mandante y el mandatario”.

De igual manera, puede considerarse como interés de terceros, el del mandante -La FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A-, que en virtud del Decreto 2853 de 2006, también adquirió unas obligaciones, por cuyo cumplimiento también recibiría contraprestación económica y que, a su vez, como ya se dijo, se trasladaron al apoderado general en el artículo segundo de la Escritura Pública contentiva del poder general, transcrito anteriormente.

Se lee en el Decreto 2853 de 2006:

“Por el cual se suprime la Administración Postal Nacional-“ADPOSTAL”-, Y se ordena su Liquidación”

“ORGANOS DE DIRECCION Y CONTROL DE LA LIQUIDACION

“Artículo 7º. Funciones del Liquidador. El Liquidador actuará como representante legal de la Administración Postal Nacional -“ADPOSTAL”- en Liquidación y adelantará el proceso de liquidación de la empresa dentro del marco de las disposiciones del Decreto-Ley 254 de 2000, de las atribuciones señaladas en el presente Decreto y de las demás normas aplicables. En particular, ejercerá las siguientes funciones:

....

(En la sentencia se transcriben las funciones del liquidador previstas en el artículo 7º del Decreto 2853 de 2006)

...

Una interpretación diferente de la que se ha hecho conduciría al absurdo de considerar que el apoderado general está obrando en cumplimiento de un deber legal en interés público, del cual no podía sustraerse, lo que no resulta cierto, pues en el contrato de mandato, como en todo acto jurídico bilateral, está implícita la voluntad de los contratantes y en este caso, si dicho apoderado tenía aspiraciones a ostentar un cargo de elección popular, debió sopesar esta circunstancia y declinar a aceptar el poder general o abstenerse de participar en la contienda electoral, al encontrarse inhabilitado.

Las anteriores razones justifican que la Sala revoque la sentencia apelada para disponer, en su lugar, la pérdida de la investidura solicitada.”

4.9. Contra esta decisión el demandante no interpuso el recurso extraordinario de revisión previamente a interponer la acción de tutela, pese a que considera que es procedente, razón por la cual solicita el amparo como mecanismo transitorio. Mediante escrito de 24 de febrero de 2010 el apoderado del accionante hizo llegar a esta Sala de Revisión copia del recurso extraordinario de revisión que presentó ante el Consejo de Estado contra la Sentencia del 18 de junio de 2009 proferida por la Sección Primera de esa corporación.

4.10. El señor Javier Alonso Lastra Fuscaldo presentó acción de tutela, a través de apoderado judicial, como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, por considerar que su derecho al debido proceso había sido vulnerado por la sentencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, al declarar probada la inhabilidad en su contra y ordenar la pérdida de su investidura como concejal de Bogotá.

1. Fundamento de la acción

5.1. El accionante presenta, en primer lugar, las razones por las cuales considera que, no obstante la posibilidad de acudir al recurso extraordinario de revisión, dada la demora ordinaria en su resolución, enfrentaría un perjuicio irremediable, grave e inminente, puesto que se le privaría de su condición de concejal y la sentencia del Consejo de Estado que resuelva el recurso de revisión probablemente se expediría con posterioridad al vencimiento del periodo para el cual fue elegido.

5.2. Se refiere, en segundo lugar, al requisito de la inmediatez, para señalar que la acción de tutela se interpuso en un término inferior a los dos meses a partir de la expedición de la sentencia impugnada.

5.3. Después de unas consideraciones generales sobre la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, expresa que la actuación del Consejo de Estado que se impugna constituye una violación al debido proceso por defectos sustantivo y fáctico.

5.3.1. Para el accionante, el Consejo de Estado - Sección Primera incurrió en un ostensible defecto sustantivo debido a que fundó la decisión en una norma manifiestamente inaplicable, por cuanto su contenido normativo no guarda conexidad material con los presupuestos del caso.

Expone que para que se configure la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 deben concurrir cuatro requisitos: (i) un elemento temporal, que la conducta descrita se realice dentro del año anterior a la elección; (ii) un ingrediente objetivo de conducta, consistente en la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel; (iii) un ingrediente subjetivo de conducta, que la anterior actuación se realice en interés propio o de terceros y (iv) un elemento territorial, que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

De este modo no se satisface, a su juicio, el tercero de los requisitos de la causal de inhabilidad invocada equivocadamente por el Consejo de Estado, porque su intervención en los referidos contratos no fue en interés propio o de terceros, sino, por el contrario, en interés público.

Para el accionante no es de recibo la argumentación del Consejo de Estado conforme a la cual existía un interés propio suyo y de la Fiduciaria la Previsora, con base en el criterio de que ambos tenían unas obligaciones que sacar adelante y recibirían una remuneración por el ejercicio de sus funciones como apoderado y liquidador, respectivamente.

De este modo, expresa que, dentro del año anterior a su elección como concejal de Bogotá, intervino como apoderado general del liquidador de Adpostal, en liquidación, en la celebración de tres contratos interadministrativos con entidades públicas del orden nacional, que debían realizarse en Bogotá, persiguiendo exclusivamente un interés público.

El accionante dedica un acápite de su escrito a establecer el interés público en los contratos que suscribió en representación de Adpostal, en su condición de apoderado del liquidador, a partir de la consideración de que (i) se trataba de contratos interadministrativos suscritos entre Adpostal y otra entidad pública, (ii) su intervención se hizo a título de apoderado del liquidador, y tanto el liquidador como el apoderado debían actuar con estricta sujeción a un mandato legal o convencional, sin que quepa predicar que actuaban en interés propio, por cuanto su voluntad se confundía con la del ente liquidado.

Expone a renglón seguido el criterio conforme al cual los particulares que ejerzan función administrativa deben observar sus principios generales, que les imponen actuar con miras al interés general.

Para el accionante resulta reprochable la escasa argumentación empleada por el Consejo de Estado para dar por establecido el presunto interés propio o de terceros, máxime cuando tenía la carga de reevaluar los argumentos del a quo; debía haber hecho frente al concepto del delegado del ministerio público, que había solicitado confirmar la sentencia de primera instancia; tenía la obligación de explicar las razones por las cuales se apartaba de la jurisprudencia del Consejo de Estado que fija un precedente contrario al que se adoptó de manera arbitraria y el deber de relacionar las pruebas arrimadas al proceso, en las que se daba cuenta de la naturaleza interadministrativa de los contratos suscritos, a los cuales les es inherente una finalidad de servicio público.

5.3.2. Expresa el accionante que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el

defecto sustantivo se concreta cuando se desconoce el precedente judicial sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación.

En este caso, agrega, el Consejo de Estado - Sección Primera, desconoció la jurisprudencia uniforme de la misma corporación, en la que se ha señalado el alcance de la expresión "interés propio o de terceros" contenida en el numeral tercero del artículo 43 de la Ley 136 de 1994. Entre las reglas fijadas sobre este particular por el Consejo de Estado está la que señala que cuando la persona actúa como representante de una entidad pública, el interés que le asiste es el de la institución que representa y no el propio o de terceros, por lo que no se estructura la inhabilidad referida.²

Ese desconocimiento de la jurisprudencia no sólo es un defecto sustantivo sino que, además, afecta el principio de igualdad, porque al accionante, no obstante que se encuentra en un supuesto de hecho que, en lo esencial es idéntico a los que sirvieron de base para las decisiones del Consejo de Estado a las que se ha hecho referencia, se le aplicó una consecuencia distinta. También se ve gravemente amenazada la seguridad jurídica, en la medida en que, al aspirar al cargo de concejal, la interpretación consolidada del Consejo de Estado permitía inferir legítimamente que al haber actuado como apoderado del liquidador de una entidad pública, no estaba incurso en inhabilidad, por cuanto era de común entendimiento que perseguía el interés público y no el propio o de terceros.

5.3.3. Para el accionante, la providencia impugnada incurrió en un defecto fáctico por valoración irrazonable de las pruebas.

Esa inadecuada valoración de las pruebas se aprecia, a su entender, en el hecho de que, el Consejo de Estado, equivocadamente, le atribuyó la calidad de liquidador de Adpostal, cuando, en realidad, fungía como mandatario del liquidador, la Fiduciaria la Previsora, en virtud de lo cual ejercía las funciones asignadas a su mandante.

El Consejo de Estado también habría incurrido en defecto fáctico al omitir la valoración de los contratos suscritos entre Adpostal y algunas entidades públicas, comoquiera que de ellos se derivaba la naturaleza interadministrativa de los acuerdos y el consecuente interés público que perseguía su suscripción.

7. Pretensión

Para la protección de los derechos fundamentales que considera le han sido vulnerados, el accionante solicita que se conceda la tutela como mecanismo transitorio y que se ordene dejar sin efecto la sentencia de segunda instancia proferida el 18 de junio de 2009 por el Consejo de Estado - Sección Primera en el proceso de pérdida de investidura promovido en su contra por Hermann Gustavo Garrido Parra, hasta que el Consejo de Estado resuelva de fondo el recurso extraordinario especial de revisión que se formulará contra dicha providencia en el momento en el que quede ejecutoriada.

8. Oposición

Mediante oficio de 19 de agosto de 2009, el magistrado Marco Antonio Velilla se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando, en síntesis:

8.1. La acción de tutela no procede contra las decisiones judiciales definitivas, como la que es objeto de controversia en este caso, cuando han sido dictadas en procesos judiciales en los que se brindó a las partes la plena posibilidad de hacer valer todos los derechos que les asisten.

8.2. Sólo de manera excepcional se admite la procedencia de la tutela frente a providencias judiciales, siempre y cuando el afectado no cuente con otro mecanismo para obtener la protección del derecho o derechos conculcados, situación que no se presenta en este caso.

8.3. De acuerdo con el texto del mandato general que le fue conferido por la Fiduciaria la Previsora, al señor Lastra Fuscaldo se le otorgó la calidad de liquidador de Adpostal. Ello por cuanto con base en la escritura pública mediante la cual se confirió ese poder, el apoderado general desarrollará todos los actos y contratos tendientes a la liquidación de Adpostal y tendría las funciones y facultades propias del liquidador.

8.4. Está probado que el señor Lastra Fuscaldo celebró contratos con entidades públicas y que todos estaban llamados a ser ejecutados, durante el periodo inhabilitante, en la ciudad de Bogotá.

8.5. Lo relevante en el asunto sometido a consideración de la Sala fue establecer si el

“interés propio o de terceros” a que alude la norma que establece la inhabilidad, puede predicarse o no del apoderado general de la entidad liquidadora, a quien se le encomendó terminar la existencia jurídica de una entidad pública.

8.6. Estimó la Sala que el demandado en el proceso de pérdida de investidura, en razón del contrato de mandato, no sólo representó los intereses de la Fiduciaria la Previsora S.A. sino que, en virtud del mismo, adquirió la calidad de liquidador, lo que engendra un interés propio en sacar adelante las obligaciones inherentes al contrato de mandato y por el cual percibió a título de contraprestación el pago de unos honorarios.

8.7. De igual manera, a juicio de la Sala, puede considerarse interés de terceros, el del mandante -la Fiduciaria la Previsora S.A.-, que en virtud del Decreto 2853 de 2006, también adquirió unas obligaciones, por cuyo cumplimiento también recibiría contraprestación económica, obligaciones que, como se ha dicho, se trasladaron al apoderado general.

1. Primera instancia

Mediante providencia del 10 de septiembre de 2009 la Sección Segunda del Consejo de Estado negó por improcedente la tutela de la referencia, con base en las siguientes consideraciones:

1. La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales es verdaderamente excepcional, “... en tanto la seguridad jurídica y el respeto al debido proceso no permiten el carácter temporal de tales decisiones, ni la existencia de la tutela como última instancia de todos los procesos y acciones.”

1. El actor interpuso la acción de tutela como mecanismo transitorio, porque considera, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que contra la sentencia que decretó la pérdida de su investidura como concejal de Bogotá, cabe el recurso especial extraordinario de revisión.

1. La acción de tutela es improcedente cuando el accionante cuenta con otro medio judicial que aún no ha agotado, para invocar la protección de los derechos fundamentales que considera le han sido violados.

No aprecia la Sala que en esta oportunidad se esté en presencia de un perjuicio irremediable que haga procedente el amparo como mecanismo transitorio, en cuanto que, de manera objetiva, no se observan los elementos de inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad desarrollados por la jurisprudencia constitucional.

Lo anterior, por cuanto de prosperar el medio de defensa aludido por el actor, éste tendría a su disposición las acciones contenciosas pertinentes para obtener la reparación del supuesto daño.

1. Una providencia judicial es susceptible de control constitucional por vía de la acción de tutela, cuando carece de fundamento objetivo, obedece a la sola voluntad de quien la expidió y es, por consiguiente, violatoria de los derechos fundamentales del afectado.

La decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado que se impugna se basó en la consideración de que el actor no obró en cumplimiento de un deber legal del cual no podía sustraerse, pues no era funcionario público, sino que actuó en desarrollo de un contrato de mandato, el cual suscribió en ejercicio de su voluntad contractual.

Para la Sala, el análisis jurídico desarrollado por la Sección accionada no merece ningún reparo jurídico en la medida en que no transgrede norma alguna del ordenamiento jurídico, independientemente de las diferencias interpretativas que puedan plantearse por el actor.

1. La providencia judicial acusada no comporta una decisión definitiva sobre el asunto, dado que en relación con la misma el actor solicitó adición y aclaración, y, luego, recurso de reposición contra el auto que resolvió dicha solicitud, recurso que para el momento en el que se interpuso la acción de tutela aún no había sido decidido.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia, la Sala ha señalado que en tanto no se esté ante una providencia que produzca efectos definitivos y constituya la decisión final del proceso, el juez de tutela debe abstenerse de intervenir en el asunto, para no interferir en la competencia de los jueces naturales.

1. Impugnación

La anterior decisión no fue impugnada.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedencia de la acción de tutela

2.1. Tutela contra providencias judiciales

En el presente caso se impugna por la vía de la acción de tutela la providencia mediante la cual, en segunda instancia, la Sección Primera del Consejo de Estado decretó la pérdida de la investidura del accionante como concejal de Bogotá. De este modo, es necesario que la Corte, de manera preliminar, se refiera a las condiciones de procedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la posibilidad de controvertir las decisiones judiciales a través de la acción de tutela es de alcance excepcional y restringido y se predica sólo de aquellos eventos en los que pueda establecerse que una actuación del juzgador es manifiestamente contraria al orden jurídico y violatoria de derechos fundamentales, en especial, de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

En la Sentencia C-590 de 2005, la Corte sistematizó los requisitos generales y las causales

específicas de procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

2.1.1. En relación con los primeros, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, es necesario constatar que el asunto objeto de debate sea de evidente relevancia constitucional; que se haya hecho uso de todos los mecanismos de defensa judicial - ordinarios y extraordinarios- a disposición del afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio iusfundamental irremediable; que se cumpla el requisito de la inmediatez; que cuando se trate de una irregularidad procesal, ésta tenga un efecto decisivo en la sentencia objeto de controversia y afecte los derechos fundamentales de la parte actora; que en la solicitud de amparo se identifiquen los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados y que se hubiere alegado tal vulneración dentro del proceso judicial, siempre que ello hubiere sido posible y, finalmente, que no se trate de sentencias de tutela.

Para los efectos del caso que ahora es objeto de consideración, la Corte estima oportuno destacar la exigencia de que, cuando se trate de una irregularidad procesal, quede claramente establecido que la misma afecta los derechos fundamentales de la parte actora y tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna³ y, por otro, la necesidad de que se hayan agotado los medios ordinarios y extraordinarios de defensa.

En cuanto hace a la primera de las anteriores consideraciones, cabe señalar que la Corte⁴ ha manifestado que cuando se controviertan providencias judiciales, en particular por defectos de tipo procedimental, "... es necesario que el vicio alegado incida de tal forma en la decisión final, que de no haberse presentado o de haberse corregido a tiempo, habría variado sustancialmente el alcance de esta última."

Para la Corte la simple configuración de un defecto procedimental, que no trascienda a la decisión definitiva, ni afecte un derecho fundamental, no puede ser evaluada a través de la acción de tutela, en cuanto la misma no desborda la esfera de la mera legalidad y, por tanto, no plantea un problema de índole constitucional.

En cuanto hace al carácter subsidiario de la acción de tutela, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, esta exigencia tiene particular significación tratándose de tutela contra providencias judiciales, en la medida en que, de ordinario, las personas pueden obtener la protección de sus derechos, incluidos los fundamentales, a través de las vías judiciales que de manera ordinaria se han previsto para el efecto, y en ese escenario, con el

respeto de las garantías del debido proceso, deben agotar todas las instancias que el ordenamiento haya establecido para hacer valer sus derechos, sin que quepa constituir a la tutela en una instancia adicional o paralela a los procesos judiciales.

2.1.2. La Corte ha puntualizado que, además de los requisitos generales de procedibilidad, para que quepa una acción de tutela contra una providencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos especiales de procedibilidad, los que deben quedar plenamente demostrados. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios que se han identificado por la jurisprudencia como defecto orgánico, defecto procedimental absoluto, defecto fáctico, defecto material o sustantivo, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente, o violación directa de la Constitución.

En cuanto hace a los defectos sustantivo y fáctico, que son especialmente invocados por el accionante, la jurisprudencia constitucional ha delimitado sus alcances en los términos que fueron sintetizados por la Corte en la Sentencia T- 935 de 2009:

El defecto sustantivo en las providencias judiciales se presenta, entre otras razones, “(i) cuando la decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, es decir, por ejemplo, la norma empleada no se ajusta al caso o es claramente impertinente⁵, o no se encuentra vigente por haber sido derogada⁶, o por haber sido declarada inconstitucional⁷, (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance⁸, (iii) cuando la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática⁹, (iv) cuando la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada¹⁰, o (v) porque a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador¹¹.”

En relación con el defecto fáctico, la Corte ha dicho que el mismo “... tiene lugar ‘cuando

resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado...’12.”¹³ Ha señalado la Corporación que dicho defecto tiene dos dimensiones, una negativa, que ocurre “... cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa¹⁴ u omite su valoración¹⁵ y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente¹⁶”, y una dimensión positiva, “... que se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión, y de esta manera vulnere la Constitución.¹⁷”¹⁸

2.1.3. Procede la Sala, en primer lugar a examinar si en el presente caso se verifican los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales.

2.1.3.1. En cuanto a la relevancia constitucional del asunto planteado, prima facie puede advertirse que en este caso se está ante una cuestión de esa naturaleza por cuanto tiene que ver con la imposición de una sanción, que implica la restricción de los derechos políticos, y a la que se habría llegado a partir de una equivocada lectura de la norma que consagra la causal de inhabilidad invocada y de una insuficiente valoración de los elementos probatorios a partir de los cuales, en criterio del accionante, era posible inferir que el supuesto fáctico del caso no encuadra en dicha causal de inhabilidad. De este modo, en el presente caso es necesario dilucidar si ha habido una afectación del debido proceso y del derecho de participación política previstos en la Constitución.

2.1.3.2. Para analizar el requisito de subsidiariedad es preciso referirse, de manera preliminar, a los recursos que el ordenamiento ha previsto en beneficio de quien se ha visto afectado por una sentencia de pérdida de investidura y a la jurisprudencia constitucional conforme a la cual es preciso agotar dichos recursos como condición para la procedencia de la acción de tutela.

La Corte Constitucional se ha pronunciado específicamente, en relación con la procedencia de la tutela contra sentencias mediante las cuales se decreta la pérdida de investidura de concejales y diputados. Por una parte, siguiendo las pautas trazadas desde la Sentencia SU-1159 de 2003, se ha señalado que contra las sentencias proferidas en segunda instancia

por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en los procesos de pérdida de investidura de los miembros de las corporaciones de elección popular de las entidades territoriales, procede el recurso extraordinario especial de revisión previsto por la Ley 144 de 1994¹⁹, y que es preciso agotar este medio de defensa judicial antes de acudir a la acción de tutela. Sin embargo, más recientemente, la Corte, en atención al hecho de que la jurisprudencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo ha venido sosteniendo que dicho recurso es improcedente, y a que, por consiguiente, no puede tenerse como un medio idóneo para la protección de los derechos fundamentales en juego, ha admitido el trámite de acciones de tutela contra sentencias mediante las cuales se decreta la pérdida de investidura de concejales y diputados, sin exigir que previamente se haya acudido al Recurso Especial Extraordinario de Revisión.²⁰

Sobre el particular resulta ilustrativo señalar que en la posición del Consejo de Estado en esta materia es posible distinguir tres etapas, siguiendo la exposición que al respecto se hizo en la sentencia de 14 de diciembre de 2004²¹:

1ª etapa. Bajo el régimen de la Ley 136 de 1994 y hasta la expedición de la Ley 446 de 1998, las sentencias que decretaban la pérdida de investidura de los concejales, proferidas en única instancia por los Tribunales Administrativos, eran pasibles del recurso especial extraordinario de revisión previsto en el artículo 17 de la Ley 144 de 1994, por expresa remisión del párrafo del artículo 55 de la Ley 136 de 1994 a cuyo tenor, “[l]a pérdida de la investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la respectiva jurisdicción, siguiendo el procedimiento establecido para los congresistas, en lo que corresponda.”

2ª etapa. A partir de la Ley 446 de 1998, frente a las sentencias de los Tribunales Administrativos que decreten la pérdida de investidura de los concejales o los diputados, es procedente el recurso extraordinario de revisión previsto en los artículos 185 y siguientes del CCA., y no el recurso extraordinario especial de revisión contemplado en el artículo 17 de la Ley 144 de 1994.

Lo anterior por cuanto el artículo 39, numeral 4º, de la Ley 446 de 1998, que modificó el 131 del Código Contencioso Administrativo, mantuvo el proceso de pérdida de investidura como de única instancia, al determinar la competencia de los Tribunales Administrativos y señalar

que éstos conocerían privativamente y en única instancia, entre otros asuntos:

“... ”

4. De las acciones sobre pérdida de investidura de los miembros de los concejos municipales y distritales, de conformidad con el procedimiento establecido en la ley.

En estos eventos el fallo se proferirá por la Sala Plena del Tribunal.”

Por su parte, para el Consejo de Estado²², el párrafo del numeral 4º del citado artículo 39 de la Ley 446, que modificó el artículo 131 del C.C.A., eliminó toda mención al recurso especial de revisión regulado en el artículo 17 de la Ley 144 y señaló que procedería el recurso extraordinario de revisión previsto en los artículos 185 y ss. del C.C.A. Su tenor literal es el siguiente:

“Contra las sentencias que pongan fin a estas controversias sólo procederá el recurso especial de revisión, de conformidad con lo previsto en los artículos 185 y siguientes de este Código y la competencia será de la Sección de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado que determine el reglamento de la Corporación.”

No obstante que en esa norma se alude al recurso especial de revisión, de acuerdo con el Consejo de Estado, una adecuada hermenéutica del mismo conduce a la conclusión de que, en realidad, se trata del recurso extraordinario común, previsto en los artículos 185 y siguientes del C.C.A. puesto que en la ley no se contemplaron las causales adicionales de procedencia del recurso, que, en el régimen de los congresistas, le dan su connotación de especial. Dijo a este respecto el Consejo de Estado en sentencia de 13 de septiembre de 2001²³, que “... mientras la Ley 144 de 1994, estableció causales nuevas para el recurso especial de revisión, adicionales a las contempladas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, la Ley 446 de 1998 aparentemente lo instituyó únicamente por las causales contenidas específicamente en el artículo 188 del C.C.A., lo que quiere decir que no se trata de un recurso especial, sino del recurso extraordinario contemplado en las normas mencionadas.”

A pesar de lo anterior, en otras providencias, el Consejo de Estado consideró que el artículo

39, numeral 4º, de la Ley 446 de 1998, sí consagra el Recurso Extraordinario Especial de Revisión, al cual, en cuanto que especial, se le aplican las causales previstas en la Ley 144 de 1994, y que en lo demás se ciñe a lo dispuesto en los artículos 185 y siguientes del C.C.A.24

3ª etapa: A partir de la expedición de la Ley 617 de 2000 se introdujo la segunda instancia en los procesos de pérdida de investidura de los Concejales, al instituirse el recurso de apelación. En efecto, en el artículo 48 de esa ley se dispuso:

“La pérdida de investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en el respectivo departamento de acuerdo con la ley, con plena observancia del debido proceso y en un término no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental o del Concejo Municipal o por cualquier ciudadano.

La segunda instancia se surtirá ante la Sala o Sección del Consejo de Estado que determine la Ley en un término no mayor de quince (15) días.”

Para el Consejo de Estado, de lo anterior se colige que desde la entrada en vigencia de la Ley 617 de 2000 (9 de octubre) las sentencias que decidan las solicitudes de pérdida de la investidura de concejales y diputados ya no son de única instancia, pues son susceptibles del recurso apelación. De ello se sigue, a su vez, que dichas sentencias ya no son pasibles del recurso extraordinario de revisión, por cuanto éste está previsto frente a las sentencias de los Tribunales proferidas en procesos de única instancia.

De este modo, prosigue el Consejo de Estado, al dejar de ser de única instancia, las sentencias de los tribunales que deciden sobre pérdida de investidura de diputados y concejales ya no serían susceptibles del recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 185 del C.C.A.25 Dichas sentencias, por otra parte, tampoco serían susceptibles del recurso extraordinario especial de revisión, por cuanto dicha posibilidad habría sido excluida por lo dispuesto en el artículo 39 numeral 4º de la Ley 446 de 1998

De manera más categórica, en providencia de enero 18 de 200526, el Consejo de Estado sostuvo que la pérdida de investidura de diputados y concejales se encuentra regulada actualmente, y desde el 9 de octubre de 2000, en la Ley 617 de 2000, la cual sólo contempla

la posibilidad de apelar la sentencia de pérdida de investidura y no previó la de atacar la sentencia por vía de recurso especial extraordinario de revisión. En consecuencia, prosigue la Sala, en atención al carácter excepcional del recurso extraordinario de revisión y al carácter especial de la pérdida de investidura, y dado que la misma fue regulada por la Ley 617 de 2000, a diferencia de lo acontecido anteriormente cuando era necesario aplicar a la pérdida de investidura de diputados el régimen de la desinvestidura de los congresistas, por falta de regulación legal específica, tal recurso es ahora improcedente.

Si bien es cierto que, de acuerdo con el recuento sobre la posición del Consejo de Estado que se acaba de presentar, en algunas providencias se concluyó que la Ley 446 de 1998 habría excluido la posibilidad de interponer el recurso extraordinario especial de revisión contra las sentencias dictadas en única instancia por los Tribunales Administrativos, en tanto que otras admiten su procedencia, y que la Ley 617 de 2000 regula el proceso de pérdida de investidura ante los tribunales, esa regla no puede aplicarse, automáticamente, a las sentencias por medio de las cuales se decreta la pérdida de investidura de un concejal emitidas, en segunda instancia, por el Consejo de Estado.

Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que mediante Sentencia C-520 de 2009, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la expresión “dictadas por las Secciones y Subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y por los Tribunales Administrativos, en única o segunda instancia”, contenida en el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, sobre la base de que restringir el recurso extraordinario de revisión en la jurisdicción contencioso administrativa a las sentencias ejecutoriadas dictadas en única o segunda instancia, desconoce los derechos a la igualdad y al acceso a la administración de justicia.

Así, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el régimen actual de pérdida de investidura de diputados y concejales no contempla el recurso extraordinario especial de revisión, pero las sentencias proferidas dentro de esos procesos serían susceptibles del recurso extraordinario de revisión, en los términos de los artículos 185 y siguientes del C.C.A.

Con base en consideraciones como las anteriores, como se ha dicho, en algunas sentencias de la Corte Constitucional se ha considerado que las sentencias de pérdida de investidura de

concejales y diputados son susceptibles del recurso extraordinario especial de revisión contemplado en el artículo 17 de la Ley 144 de 1994, o del recurso extraordinario de revisión previsto en los artículos 185 y siguientes del C.C.A. Ese criterio puede haber orientado la decisión del accionante de acudir al amparo como mecanismo transitorio, mientras se presentaba el Recurso Extraordinario Especial de Revisión. De hecho, el propio Consejo de Estado, al resolver sobre la presente acción de tutela, admitió la posibilidad de que se encuentre procedente ese recurso, tal como se expresa por el demandante.

No obstante lo anterior y dado que la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado se ha inclinado por rechazar el recurso, de acuerdo con la línea trazada en la Sentencia T-935 de 2009, en esta oportunidad es posible que la Sala aborde el estudio del fondo del asunto que se ha propuesto, sin esperar la decisión del Consejo de Estado sobre la admisibilidad del recurso extraordinario propuesto por el accionante.

La anterior conclusión resulta particularmente válida frente al recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 185 del C.C.A., el cual procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las Secciones y Subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y por los Tribunales Administrativos, puesto que, como se afirmó por la Corte en la Sentencia T-935 de 2009, los defectos sustantivo y fáctico alegados por el actor en el caso concreto no tienen cabida dentro de las causales legalmente previstas para la procedencia de dicho recurso, al tenor de lo señalado por el artículo 188 del mismo estatuto, por lo tanto, tampoco era menester agotarlo en el caso concreto.

2.1.3.3. Encuentra la Sala que el requisito de inmediatez se encuentra cumplido, por cuanto la tutela fue impetrada en un término razonable desde el momento de ocurrencia de la supuesta vulneración del derecho fundamental, dado que el fallo de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado fue proferido el 18 de junio de 2009 y el actor radicó la demanda de tutela el seis de agosto del mismo año. Se tiene, entonces, que desde que fue proferida la providencia atacada en sede de tutela hasta el momento en que fue presentada la solicitud de tutela transcurrieron menos de dos meses, lapso razonable a la luz de la jurisprudencia constitucional para solicitar el amparo.

2.1.3.4. Por otra parte, en la solicitud de tutela se identificaron claramente las razones de hecho y de derecho que generaron la vulneración y los derechos supuestamente

afectados. Dichas razones también fueron expuestas de manera precisa en el proceso de pérdida de investidura.

2.1.3.5. Finalmente, la acción no fue impetrada contra una sentencia de tutela.

2.1.4. Verificado que en el caso concreto se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, es preciso examinar ahora si la sentencia emitida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado adolece de algún defecto que ocasione la vulneración de los derechos fundamentales del actor, en particular, si incurrió en los defectos sustantivo y fáctico que se le endilgan.

2.1.4.1. Para el accionante la sentencia impugnada incurre en un defecto sustantivo debido a que fundó la decisión en una norma manifiestamente inaplicable, por cuanto su contenido normativo no guarda conexidad material con los presupuestos del caso. Ello por cuanto no es posible inscribir la conducta del actor dentro de los supuestos que son necesarios para que se configure la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994.

Sobre este particular observa la Sala que la Sección Primera del Consejo de Estado, en la sentencia impugnada, de manera adecuada identifica el problema que surge de los elementos del caso, cual es determinar si en la celebración de los contratos que el accionante suscribió dentro de la liquidación de Adpostal estaba presente un interés propio o de terceros.

La Sección Primera del Consejo de Estado concluyó que dicho interés privado sí estaba presente, por cuanto, tanto el señor Lastra Fuscaldo, en su calidad de mandatario, como la Fiduciaria La Previsora S.A., como mandante, recibían una retribución contractual por su gestión, lo cual era denotativo de la existencia de un interés propio, el del mandatario, y de un tercero, el del mandante, en los contratos que suscribió el señor Lastra Fuscaldo dentro de la liquidación de Adpostal.

Aunque en la sentencia impugnada no se abunda en torno a las razones que sustentan esa apreciación, advierte la Corte que la misma encuentra respaldo en la ley y no es contraria a precedentes que resulten claramente aplicables al caso, como pasa a establecerse.

La norma que aplicó la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dispone que está inhabilitado para ser elegido concejal quien, dentro del año anterior a la elección, celebre contratos con entidades públicas, en interés propio o de terceros, sin distinguir la condición en la que se actué. La Sección Quinta del Consejo de Estado ha señalado que no incurre en esa inhabilidad quien, en la celebración de los contratos actúe en representación de una entidad pública, pues en tal eventualidad no obra en interés particular sino en interés público. Ese fue el fundamento de la decisión Tribunal para predicar, en la primera instancia, que en este caso no se presentaba la causal de inhabilidad.

Sin embargo una atenta lectura de la jurisprudencia del Consejo de Estado invocada por el Tribunal permite concluir que la misma no constituye un precedente necesariamente aplicable en el presente caso, por cuanto tiene elementos diferenciadores que pueden resultar determinantes.

En efecto, en el caso sobre el que recayó el pronunciamiento de la Sección Quinta citado por el Tribunal, y en otros en los que se han expedido con la misma ratio, se cuestionaban contratos realizados por servidores públicos, no por particulares. De allí que el Consejo de Estado hubiese expresado que la causal opera en presencia de un interés particular, propio o de terceros, y que, por el contrario, no obraba cuando se estaba ante un interés público. Agregó el Consejo de Estado que quien como servidor público suscribe un contrato en representación de la entidad, lo hacía en cumplimiento de un deber legal, lo cual excluye la presencia de un interés propio o de terceros. En este caso, los contratos que dieron lugar a la pérdida de la investidura del accionante se suscribieron por un particular que obraba por virtud del mandato que le fue conferido para la liquidación de Adpostal. Entendió el Consejo de Estado que el interés particular que, indudablemente está presente en la relación de mandato, y en virtud del cual está previsto el reconocimiento de unos honorarios, se proyecta sobre los contratos que deba realizar el mandatario en ejecución de su encargo.

Esa conclusión no se antoja arbitraria, y por el contrario, encuentra eco en el propio expediente, como quiera que sirvió de base para el salvamento de voto que suscribieron tres magistrados del Tribunal, en disidencia de la decisión mayoritaria que decidió no decretar la pérdida de la investidura del señor Lastra Fuscaldo.

En efecto señalan dichos magistrados que la jurisprudencia del Consejo de Estado – Sección Quinta en relación con los casos en los que no se configura la inhabilidad consistente en intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas dentro del año anterior a la elección si quien suscribe dichos contratos lo hace en interés general y no en interés particular, tiene un carácter verdaderamente excepcional y se restringe a los presupuestos y a las hipótesis concretas en las que ha sido aplicada.

Así, señalan, “... el Consejo de Estado, Sección Quinta, ha desarrollado tal planteamiento al indicar que en tres casos no se aplica la inhabilidad consistente en intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas dentro del año anterior a la elección, cuando quien interviene en la celebración de dichos contratos lo hace en su condición de servidor público o como representante de un cabildo indígena o en el caso especialísimo de los convenios docente-asistenciales que deben firmar los rectores de las universidades para asegurar las prácticas de sus estudiantes de medicina en centros de salud.”

Destacan que estos planteamientos jurisprudenciales fijados por el Consejo de Estado tienen en común que la obligación de contratar del servidor público, del representante de cabildo indígena o del rector de universidad, surge de la ley, pues es ella la que impone, en cada una de esas excepciones, el deber de contratar, y ponen de presente que la situación del demandado tiene una diferencia sustancial en tanto su obligación surge de los contratos de derecho privado por virtud de los cuales, como mandatario, se encargó de la liquidación de Adpostal.

A juicio de la Corte, de lo anterior se desprende que, en este caso, no se está ante la situación de un ciudadano desprevenido que en el ejercicio legítimo de sus derechos se ve despojado de su investidura por una decisión carente de soporte fáctico y jurídico, sino de una persona que desarrollaba, en virtud de un mandato privado, una función que implicaba disponer de recursos públicos y capacidad para celebrar contratos que habrían de ejecutarse en el ámbito del Distrito y cuya actividad, considerada en su conjunto, no puede desligarse del interés privado con el que actuó en su condición de mandatario.

Independientemente de que se comparta o no la línea argumentativa acogida por la sección Primera del Consejo de Estado en el fallo contra el cual se dirige la acción de tutela, no encuentra la Sala que se esté ante una lectura apartada por completo de la norma que le

sirve de soporte o claramente opuesta a un precedente aplicable, razón por la cual no se configura el defecto sustantivo alegado por el accionante.

2.1.4.2. Si bien es cierto que no hay una referencia expresa al argumento del Tribunal, ni se hace explícita consideración sobre la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado que el a quo estimó aplicable, no es menos cierto que esa falencia carece, per se, de la virtualidad de desconceptualizar el fallo, por cuanto como se ha visto, el mismo puede encontrar sustento en la ley y no se aparta de un precedente claramente aplicable.

2.1.4.3. Por las mismas consideraciones, tampoco cabe predicar la existencia de un defecto fáctico, por cuanto el Consejo de Estado tampoco desconoció la realidad probatoria conforme a la cual los contratos realizados comportan un claro interés público, sino que afirma que, a partir de esos mismos elementos fácticos, plenamente acreditados, es posible advertir la existencia concomitante de un interés propio del mandatario, en razón del cual se configura la causal de inhabilidad. Así, en criterio del Consejo de Estado, si bien es cierto que en los contratos que suscribió el señor Lastra Fuscaldo, existe un claro interés público, no es menos cierto que también concurre un interés privado, derivado del contrato de mandato en virtud del cual actuó.

2.1.4.4. Finalmente, advierte la Sala que habría sido deseable que la Sección Primera del Consejo de Estado, en la sentencia impugnada, hubiese hecho explícitas las consideraciones a partir de las cuales es posible señalar que en este caso no están presentes todos los elementos fácticos que concurren en las decisiones previas de la Sección Quinta del Consejo de Estado a las que alude el demandante y en las que basó su decisión el Tribunal. En la medida en que al Consejo de Estado le corresponde fijar los precisos contornos de su jurisprudencia y dado que el asunto había sido planteado en el proceso, se repite, dicha Corporación debió hacer explícitas sus consideraciones sobre la materia, en el sentido de indicar con mayor análisis las razones por las cuales resultaba impertinente aplicar la jurisprudencia de la Sección Quinta, acogida por el a quo en el caso examinado. Sin embargo, advierte la Sala que como quiera que el fundamento de la decisión adoptada por la Sección Primera, no es ajeno al alcance de la norma aplicada y que es posible establecer diferencias entre los supuestos que dieron lugar a las decisiones de la Sección Quinta y los actuales, las cuales fueron advertidas en el proceso por los magistrados del tribunal que salvaron el voto, estima la Sala que la omisión no tiene un efecto determinante en el resultado, porque aún

haciendo explícitas dichas consideraciones, la decisión podría ser la misma. Esto es, la decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado encuentra sustento en una razón clara y expresamente manifestada, cual es que el accionante no obró en cumplimiento de un deber legal, pues no era funcionario público, sino que actuó en desarrollo de un contrato de mandato que suscribió en ejercicio de su voluntad contractual, razón que, objetivamente, no puede considerarse contraria a la jurisprudencia de la Sección Quinta, puesto que al paso que para ésta, quien como funcionario público actúa en representación de una entidad pública, lo hace en cumplimiento de un deber legal que excluye la presencia de un interés propio o de terceros en los contratos que suscriba con otras entidades públicas, en la decisión impugnada, quien, como contratista privado, actúa en representación de una entidad pública, en su actividad, es portador del interés, tanto de la entidad que representa, como del propio, derivado de su calidad de contratista.

2.2. A partir del examen realizado, concluye la Sala que es preciso confirmar la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado mediante la cual se negó el amparo solicitado por Javier Alonso Lastra Fuscaldo, debido a que la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado por medio de la cual se decretó la pérdida de su investidura como concejal de Bogotá, no incurrió en los defectos sustantivo y fáctico que le endilga el actor, y porque no se trata de una decisión carente de motivación o que resulte contraria a jurisprudencia claramente aplicable.

IV. DECISIÓN

Con fundamento en lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2009, por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante la cual se negó por improcedente la acción de tutela interpuesta por Javier Alonso Lastra Fuscaldo contra la Sección Primera del Consejo de Estado.

Segundo: Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto

2591 de 1991.

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

Magistrado Ponente

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Magistrado

Aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 El Tribunal cita la Sentencia del Consejo de Estado del 11 de noviembre de 2005, Exp. 2003 00042-01 acumulado con otros, Sección Quinta, Consejero Ponente Darío Quiñonez Pinilla.

2 El accionante cita las siguientes sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo: 3 de septiembre de 1998 (Radicación No. 1954), 24 de agosto de 2001 (Radicación No. 2583), 11 de febrero de 1999 (Radicación No. 2143 y 11 de noviembre de 2005 (Radicación 3117)

3 Sentencias T-008/98 y SU-159/2000

4 En ese sentido, confrontar las Sentencias T-008 de 1998, SU-159 de 2000 y T-068 de 2005.

5 Sentencias T-008 de 1998 y T-189 de 2005.

6 Ver sentencia T-205 de 2004.

7 Al respecto, consultar sentencias T-804 de 1999 y T-522 de 2001.

8 Esta Corporación, mediante la sentencia T-1244 de 2004 manifestó que la autoridad judicial (juez laboral) había incurrido en una causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales por defecto sustantivo, al negar la indexación de la primera mesada pensional, al argumentar que la norma aplicable no lo permitía, a pesar de que la interpretación que había hecho la Corte Constitucional en varias sentencias de constitucionalidad señalaban el sentido de la norma y la obligación de indexar. Ver también, sentencia T-462 de 2003.

10 Corte constitucional, Sentencia T-056 de 2005.

11 Sentencia SU-159 de 2002.

12 Ver sentencia T-567 de 1998.

13 Sentencia T-935 de 2009

14 Ver sentencia T-567 de 1998.

15 Cfr. sentencia T-239 de 1996. Para la Corte es claro que, “cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela. La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria”.

16 Ver Sentencia T-576 de 1993.

17 Ver Sentencia T-538 de 1994.

18 Sentencia T-935 de 2009

19 Entre otras las sentencias T-235 y T-825 de 2007.

20 En la Sentencia T-935 de 2009 la Corte, para este efecto se remitió a la decisión del 14 de diciembre de 2004 de la Sección Primera del Consejo de Estado, de acuerdo con la cual: “De lo anterior se colige que desde la entrada en vigencia de la Ley 617 de 2000 (9 de octubre) las sentencias que decidan las solicitudes de pérdida de la investidura de concejales ya no son de única instancia, pues son susceptibles del recurso apelación. Y, por razón de lo preceptuado en el artículo 131 CCA, según fue modificado por el artículo 39 numeral 4º de la Ley 446 de 1998 tampoco es procedente el recurso especial extraordinario de revisión que preveía el artículo 17 de la Ley 144 de 1994, pues como quedó expuesto, aquel lo eliminó”, Consejo de Estado, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicación No. 05001-23-15-5000-2002-2388-01(PI), C.P. Camilo Arciniegas Andrade. Con anterioridad, la Corte en la Sentencia T-1285 de 2005 había conocido de fondo de una acción de tutela presentada contra la Sección Primera del Consejo de Estado en razón de la decisión de decretar la pérdida de la investidura de un Diputado, debido a que el Recurso Extraordinario Especial de Revisión entonces interpuesto había sido rechazado por el Consejo de Estado en decisión de enero 18 de 2005, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Rad 1653-00.

21 Radicación número: 05001-23-15-5000-2002-2388-01(PI) C.P. Camilo Arciniegas Andrade

22 Ibid.

23 C.P. Olga Inés Navarrete Barrero. Radicación 6389.

24 Ver Consejo de estado, sección Primera, Auto de 6 de agosto de 1999, Exp. 5529 C.P. Juan Alberto Polo Figueroa

25 Sólo lo serían las dictadas en segunda instancia por el Consejo de Estado.

26 C.P. María Elena Giraldo Gómez, Rad 1653-00.