

Sentencia T-780/06

LEGITIMACION PARA INTERPONER ACCION DE TUTELA-Caso de nulidad de elección de Alcalde/DERECHO A PARTICIPAR EN LA CONFORMACION, EJERCICIO Y CONTROL DEL PODER POLITICO-Legitimación para interponer tutela

Todos los ciudadanos son titulares del derecho a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, por lo cual quienes presentan la acción de tutela se encuentran legitimados para interponerla si consideran que han sido vulnerados sus derechos de participación política. Además en el expediente se demostró que la afectada coadyuvó en la acción de tutela en escrito que presentó

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Carácter excepcional

INHABILIDADES-Finalidad

RECURSO DE APELACION EN PROCESO ELECTORAL-Interpretación y aplicación del artículo 357 del C de P.C. y no del artículo 352/RECURSO DE APELACION EN PROCESO ELECTORAL-De acuerdo a interpretación hecha por Sección Quinta del Consejo de Estado se acepta que no se sustente

En la sentencia que se demanda el Consejo de Estado se refirió a todos los cargos propuestos por el demandante en la acción de nulidad electoral, considerando viables algunos de ellos. En tal sentido, el Consejo de Estado no ha realizado una interpretación ni aplicación normativa de la cual de ninguna manera se puede colegir irrazonabilidad, en tanto siguió su

propia jurisprudencia y analizó el alcance del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, en lugar del 352, para luego proceder a su aplicación en términos del interés superior de los ciudadanos y de la responsabilidad de quienes llegan ocupar cargos en la administración pública. Ante el vacío normativo, el Consejo de Estado entendió que debía aplicarse el 357 y no el 352 del Código de Procedimiento Civil. En términos razonables, no puede exigírsele al Consejo de Estado, máximo intérprete de la normatividad de lo contencioso administrativo, que aplique una norma que para el caso no está claramente determinada, en tanto el Código Contencioso Administrativo no establece un precepto específico para el caso concreto, procediendo entonces la remisión a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y, en tal caso, el Consejo de Estado entendió que en beneficio del apelante debía aplicar el 357 del referido estatuto.

VIA DE HECHO-Caso en que no se presenta en sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado/INHABILIDADES DE ALCALDE-Funciones implicaban ejercicio de autoridad civil y administrativa

La Sala considera que con tal decisión no se ha generado ninguna vía de hecho, en tanto la Sección Quinta analizó todas y cada una de las pruebas aportadas y con sustento en su propia jurisprudencia decidió que la señora, había incurrido en causal de inhabilidad para desempeñar el cargo de alcaldesa del municipio de San Pelayo. La Sección Quinta argumentó que, con base en los documentos enviados por el Ministerio de Educación Nacional, se estableció que las funciones que ejerció la señora, sí implican el ejercicio de autoridad civil y administrativa, conforme a los artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994, acorde además con la jurisprudencia de la propia Sección. Explicó que las funciones de representar legal o judicialmente a la Nación - Ministerio de Educación -, y cumplir las funciones que le asignen las normas vigentes relacionadas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, implican dicho ejercicio.

Referencia: expediente T-1328547

Acción de tutela contra la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Procedencia: Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Magistrado. Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, catorce (14) días de septiembre de (2006).

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

SENTENCIA

en proceso de revisión al fallo de tutela adoptado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de fecha 23 de febrero de 2006, por medio del cual negó la acción de tutela promovida por los señores Roberto García Soto y otros, contra el fallo de fecha 13 de octubre de 2005, emanado de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección N° 5, aceptó la insistencia presentada, para la revisión del expediente de la referencia.

La solicitud de insistencia de revisión expresa que es importante el examen de este expediente, en tanto debe verificarse si los vacíos normativos que existen en los procedimientos especiales deben suplirse con la normatividad del proceso administrativo ordinario, o debe acudir a las normas del Código de Procedimiento Civil. Y si existe legitimación por activa de los ciudadanos para interponer la acción de tutela.

## I. ANTECEDENTES.

Los señores Roberto E. García Soto, Ricardo M. Banda Arteaga, José M. Gallego Romero, y Álvaro Retro Muñoz, interponen la acción de tutela contra la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado por haber incurrido en vía de hecho al proferir la sentencia del 13 de Octubre de 2005, mediante la cual declaró la nulidad del acto que eligió a la señora Carmen Alicia Rubio de Esquivel, como alcaldesa del municipio de San Pelayo, departamento de Córdoba, para el periodo 2004 - 2007. Sostienen los tutelantes que el fallo vulnera los derechos constitucionales fundamentales de la elegida y de los

ciudadanos que ejercieron el derecho al voto.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

## II. LA DEMANDA.

1. El 26 de octubre de 2003, San Pelayo, Córdoba, eligió a la señora Carmen Alicia Rubio de Esquivel, como alcaldesa de su municipio, para el periodo 2004-2007.

2. El señor Luis Enrique Lengua Páez, solicitó al Tribunal Administrativo de Córdoba la declaratoria de nulidad del acto administrativo mediante el cual se declaró elegida a la señora Carmen Alicia Rubio de Esquivel como alcaldesa del municipio de San Pelayo, por existir vulneración del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modificó el 95 de la Ley 136 de 1994, por incurrir en la inhabilidad para ejercer cargos públicos, en tanto en los 12 meses anteriores a la elección, la citada señora se había desempeñado como Representante del Ministro de Educación Nacional para los departamentos de Córdoba y Sucre, cargo a través del cual ejerció autoridad civil y administrativa.

3. Explican que el Tribunal Administrativo de Córdoba mediante sentencia de diciembre 15 de 2005 negó las pretensiones de la demanda.

4. El demandante apeló la sentencia, pero únicamente manifestó que “apelaba” sin sustentarlo ante el Tribunal Administrativo de Córdoba ni ante la Sección Quinta del Consejo de Estado.

5. Del recurso de apelación conoció la Sección Quinta del Consejo de Estado, que sostuvo que a pesar de que el actor no había sustentado el recurso de apelación, éste era procedente al dar aplicación al artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo. En tal sentido, la citada Sección mencionó que la impugnación se entendía interpuesta en lo desfavorable al apelante, y bajo este argumento decidió la apelación revocando el fallo de primera instancia y accediendo a las súplicas de la demanda.

6. En cuanto al estudio de la inhabilidad, la Sección Quinta del Consejo de Estado aseguró que la alcaldesa había ejercido autoridad civil y administrativa cuando se desempeñó como representante del Ministro de Educación Nacional para los departamentos de Córdoba y Sucre, en los términos de los artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994, por cuanto el artículo 180 de la Ley 115 de 1995 le otorga la función de reconocer prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

7. Los tutelantes sostienen que la sentencia no puede ser impugnada en tanto no existe otro medio de defensa. Explican que no procede la interposición del recurso extraordinario de súplica, que como mecanismo procesal procedía contra esta clase de providencias, pero fue derogado de manera expresa por el artículo 2° de la Ley 954 del 27 de abril de 2005.

8. Tampoco es posible interponer el recurso extraordinario de revisión establecido en el artículo 185 del Código Contencioso Administrativo, pues si bien se trata de una sentencia ejecutoriada proferida por una Sección del Consejo de Estado, ninguna de las causales que en forma taxativa contempla el artículo 188 del referido estatuto, encuadra dentro de la situación fáctica que se expone en esta acción de tutela.

9. Sostienen que se encuentran ante un perjuicio irremediable, pues de hacerse efectiva la sentencia que declara la nulidad de la elección no podría seguir ejerciendo el mandato.

### III. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA.

1. Sostienen que la Sección Quinta del Consejo de Estado incurrió en vía de hecho por defecto sustantivo, orgánico y procedimental, en tanto vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la señora Carmen Alicia Rubio de Esquivel al decidir el recurso de apelación contra expresa prohibición legal, acudiendo a posiciones subjetivas. Sostiene que la actuación de la Sección Quinta, dista de ser una aplicación normativa razonable y está apartada por completo de la disposición especial que regula el recurso de apelación.

2. Argumentan que no era necesario acudir al artículo 357 del Código de Procedimiento Civil para llenar el aparente vacío que surgía del silencio del recurrente. Entienden los tutelantes que una cosa es interpretar la voluntad del impugnante cuando su escrito ofrece duda y otra es que, frente a la exigencia puntual de la sustentación el operador judicial, se aparte del mandato de la ley para suplir esa carga y obviar el requisito impuesto como presupuesto de procedibilidad de la actuación y de la competencia del Juez de segunda instancia. Es diferente sustentar el recurso en forma concreta, que no hacerlo; como también es diferente manifestar escuetamente que se apela para sustentar ante el superior sin que finalmente se cumpla con esa carga.

3. Explican que existe norma expresa que regula el recurso de apelación en los procesos de nulidad electoral y, por tanto, la remisión que hace la Sección Quinta con base en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, para justificar la aplicación del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil y darle curso a la impugnación, es caprichosa. Así las cosas, tanto el inciso segundo del artículo 212 del Código Contencioso Administrativo como el párrafo 1° del 352 del Código de Procedimiento Civil -normas especiales- son claros, precisos y puntuales al imponer como requisito de procedibilidad del recurso la sustentación,

por manera que aplicar una norma diferente (el 357) cuando el apelante guardó absoluto silencio, constituye una verdadera vía de hecho.

4. Cuando el artículo 352 parágrafo 1° del Código de Procedimiento Civil, emplea la expresión “deberá”, se refiere a un imperativo. Así el artículo 357 del referido ordenamiento, lo que consagra es la limitación del superior, denominada “no reformatio in pejus” frente a los motivos que esgrime el apelante, es decir, que la segunda instancia no puede agravar la situación del recurrente, pero forzar la interpretación de esta disposición para hacerla decir lo que no es de derecho, impone una carga para el ciudadano desproporcionada, que viola flagrantemente el debido proceso y fija un asombroso precedente de inseguridad jurídica.

5. De igual forma, se refieren a la existencia de una violación al debido proceso, en tanto la Sección Quinta efectuó una caprichosa calificación de una causal de inhabilidad y determinó que la señora Carmen Alicia Rubio de Esquivel se encontraba inhabilitada para ejercer el cargo de alcaldesa del municipio de San Pelayo, Córdoba y, por ello, anuló su elección.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

6. La Sección Quinta del Consejo de Estado consideró que “La demandada incurrió en la inhabilidad prevista en el numeral 2° del artículo 37 de la ley 617 de 2000, porque ejerció autoridad civil y administrativa dentro de los dos (sic) años anteriores a su elección al desempeñarse como Representante del Ministro de Educación Código 2215, Grado 17, en los departamentos de Córdoba y Sucre, empleo público del orden nacional, en el que ordenó el pago de prestaciones sociales de empleados del magisterio, celebró contratos que debían cumplirse o ejecutarse en el municipio de San Pelayo y ejerció funciones de control interno”.

7. Contra la decisión de la citada Sección, los tutelantes exponen que, en primer lugar, no está dentro de las funciones del representante del Ministerio de Educación Nacional, conforme a la resolución N° 2430 de 2001, la facultad de celebrar contratos, por lo que no está probado en el proceso que la señora Carmen Alicia Rubio de Esquivel, tuviese esa

facultad y mucho menos que los hubiere celebrado. Además sostiene que este cargo (el de representante), no implica el ejercicio de autoridad civil o administrativa.

8. Anotan que, de acuerdo con las funciones asignadas a la señora Carmen Alicia Rubio de Esquivel, como representante del Ministerio de Educación Nacional para los departamentos de Córdoba y Sucre, no tenía el poder de mando para exigir obediencia por medio de la fuerza o coacción. Tampoco podía nombrar y remover docentes adscritos a las instituciones educativas, pues no tenía la capacidad para designar y remover subalternos, conforme lo señalan las Leyes 115 de 1994 y 60 de 1993. No se encontraba investida de la facultad de sancionar a los empleados de su dependencia ni a los docentes, en fin, la señora no ejercía autoridad civil.

9. Consideran, en relación con la autoridad administrativa, que no fue definida por el legislador expresamente y el Consejo de Estado la asimila como aquello dirigido a “Hacer que la administración funcione, también ejerciendo mando y dirección sobre los órganos del aparato administrativo, nombrando y removiendo sus agentes, celebrando contratos, supervigilando la prestación de servicios, castigando infracciones al reglamento”. Así, explican que para que el ejercicio de autoridad administrativa configure la inhabilidad prevista en el numeral 2° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, según lo ha mencionado el Consejo de Estado, en forma uniforme que ésta se presenta cuando el desempeño de un cargo público otorga a su titular poder de mando, facultad decisoria y dirección de asuntos propios de la función administrativa, y no cuando la intervención del funcionario es compartida o limitada, es decir cuando la facultad decisoria no es autónoma.

10. En este asunto, según los accionantes, la Sección Quinta derivó el ejercicio de autoridad administrativa por parte de la señora Carmen Alicia Rubio de Esquivel, de la facultad que tenía de reconocer las prestaciones sociales de los docentes, resultando absurdo que esa Sección para justificar su argumento y darle visos de legalidad a su interpretación, diga que el reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones

Sociales del Magisterio corresponde de forma exclusiva al representante legal del Ministerio de Educación Nacional, a pesar de que inmediatamente acepta que la resolución que materializa dicho reconocimiento debe ser firmada por el Coordinador Regional de Prestaciones Sociales.

11. Refieren que las prestaciones sociales son derechos subjetivos que se reconocen, no se conceden, y tal derecho se materializa en un acto administrativo. Éstos, como expresión de la voluntad de la administración pública pueden ser, entre otros, simples o complejos, por estar más o menos sujetos a cierta formalidad con el fin de producir efectos. El acto administrativo que “reconoce” una prestación social a cargo del Fondo Nacional del Magisterio y a favor del docente vinculado es complejo, puesto que requiere la firma del representante del Ministro de Educación y del Coordinador Regional de Prestaciones Sociales, sin una y otra el acto no produce efectos jurídicos.

12. El artículo 180 de la Ley 115 de 1995 no dice que el acto administrativo de reconocimiento “podrá” llevar la firma del Coordinador Regional de Prestaciones Sociales, sino que “llevará” la firma de aquél, lo que hace de este requisito un presupuesto de forma y contenido insuperable e insustituible, es decir, sin el cual no puede predicarse el calificativo de “acto administrativo”.

13. Si ello es así, consideran los actores, ninguna potestad plena o autónoma tenía la señora Carmen Alicia para reconocer en forma unilateral la prestación social de estos servidores públicos y, por ende, su función no era suficiente “para desequilibrar al ciudadano potencialmente investido del derecho a elegir alcalde de San Pelayo Córdoba en los términos que exige el artículo 37 numeral 2° de la ley 617 de 2000 para configurar la inhabilidad” (transcripción textual).

14. Precisan, además que lo complejo del acto administrativo de reconocimiento prestacional

no deviene sólo de la firma conjunta del representante y coordinador, sino del visto bueno obligatorio que le impartiera la Fiduciaria la Previsora, creada legalmente con este propósito por la Ley 91 de 1989.

15. El Decreto 1775 de 1990 en sus artículos 5° y 6°, según aseveran, dispone que las solicitudes relacionadas con el reconocimiento y pago de prestaciones económicas del Magisterio, serán radicadas en la oficina de prestaciones sociales de cada Fondo Educativo Regional, siempre que reúnan los requisitos establecidos en las normas reglamentarias. Solicitudes que serán estudiadas por la oficina de prestaciones sociales de cada Fondo para verificar que la documentación se ajusta a la ley, cumplido lo cual se procederá a efectuar la liquidación respectiva con el visto bueno de la entidad fiduciaria. Aducen que sin la firma del Representante del Ministerio de Educación Nacional y del Coordinador Regional y sin el visto bueno de la Fiduciaria la Previsora la prestación no se paga, y si no se paga, la liquidación o el proyecto de liquidación del representante del Ministro de Educación no produce efecto alguno. Si ello es así, no existe potestad decisoria plena y por ende inhabilidad capaz de hacer nula la elección de la señora Carmen Alicia.

16. La Sección Quinta del Consejo de Estado motivó la sentencia haciendo aparecer el hecho como posible, pues las inhabilidades son aquellas expresamente consagradas en la Carta Política y en la ley, de tal suerte que las mismas no se pueden hacer extensivas a otro tipo de situaciones, además de que su interpretación es restrictiva y que, frente a varias interpretaciones posibles, el operador judicial debe escoger aquella que menos limite el derecho fundamental de acceder en igualdad de condiciones a los cargos públicos.

#### IV. SOLICITUD.

1. Amparar los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso e igualdad de la señora Carmen Alicia Rubio de Esquivel, vulnerados por la Sección Quinta del Consejo de Estado al proferir la sentencia de octubre 13 de 2005 incurriendo en vía de hecho.

2. Declarar la nulidad de la actuación a partir de la fecha en que se profirió la sentencia, ordenando al Consejo de Estado que profiera la que en derecho corresponda.

3. En subsidio, y teniendo en cuenta que el Consejo de Estado se ha negado sistemáticamente a aceptar las acciones de tutela contra sentencias judiciales, solicitan que se declare la nulidad conforme a la petición anterior, para que como consecuencia, la sentencia de primera instancia quede ejecutoriada.

#### V. RESPUESTA A LA ACCIÓN DE TUTELA.

La Sección Quinta del Consejo de Estado da respuesta a la acción de tutela, y al respecto menciona la necesidad de precisar que el proceso de nulidad electoral es especial y que los artículos 250 y 251 del Código Contencioso Administrativo, no prevén la sustentación del recurso de apelación; además, la jurisprudencia de la Sección ha establecido que cuando el apelante no sustente el recurso se entenderá interpuesto en lo que le resulte desfavorable, tal como lo establece el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo. En el proceso electoral no rige la norma prevista para el proceso ordinario, que autoriza declarar desierto el recurso que no fuere sustentado dentro del término legal. Sustenta su argumento en diversas sentencias proferidas por esa Sección.

De otra parte, la demanda “se orienta a dejar sin efecto una providencia judicial y contra éstas no procede la acción, tal como lo ha decidido en forma reiterada el Consejo de Estado”.

## VI. SENTENCIA QUE SE REVISA

Fallo de instancia.

La Sección Primera de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, C. P. Rafael E. Osteau de Lafont Pianetta, el 23 de febrero de 2006 decidió negar la acción de tutela interpuesta contra la Sección Quinta del Consejo de Estado.

En el trámite de la tutela, vinculó a la señora Carmen Alicia Rubio de Esquivel, mediante la providencia de 19 de diciembre de 2005 como tercera interesada en el asunto, señora que manifestó que coadyuva la acción y aduce que la Sección Quinta asumió una competencia que no le correspondía, interpretando en forma caprichosa los artículos 212 del Código Contencioso Administrativo y el párrafo 1º del artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, al suplir el sentido literal de la norma, vulnerando de esa forma el debido proceso. Advierte que a través de la decisión que se discute se suplió oficiosamente la carga de sustentar el recurso acudiendo a una aparente pero grosera interpretación, justificada con argumentos subjetivos amparados bajo el principio de la autonomía funcional.

Sostiene el fallo de instancia, con una aclaración de voto, que la acción de tutela es improcedente cuando va dirigida contra providencias judiciales, tal como desde el principio sostuvo el Consejo de Estado y luego precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-543

del 1° de octubre de 1992, que en buena parte transcribe, mediante la cual declaró inexecutable los artículos 11,12 y 40 del Decreto 2591 de 1991.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

## VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

### 1. Competencia.

La Sala es competente para decidir sobre el asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9°, de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Lo que se debate.

Los accionantes consideran que la Sección Quinta del Consejo de Estado incurrió en vía de hecho por defecto sustantivo, orgánico y procedimental, al proferir la sentencia de fecha 13 de octubre de 2005, mediante la cual revocó el nombramiento de la señora Carmen Alicia Rubio de Esquivel como alcaldesa del municipio de San Pelayo, Córdoba.

Argumentan que la vía de hecho se refleja en que la citada Sección tramitó un recurso de apelación, sin que el mismo hubiere sido sustentado tal como lo exige el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil. Sostiene que en su lugar acudió al artículo 357 de ese estatuto, disposición que no es aplicable al caso en estudio, en tanto este artículo se refiere a los límites de actuación que se le impone al juez en el trámite del recurso de apelación y no

al trámite del recurso en sí mismo. Para los tutelantes existe norma específica que obliga a la sustentación del recurso esto es, el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, al igual que el 212 del Código Contencioso Administrativo, relacionado con la apelación de sentencias.

También aseguran que la Sección demandada incurrió en vía de hecho al declarar la nulidad de la elección de la señora alcaldesa, en tanto consideró que incurrió en la inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 por cuanto desempeñó autoridad civil y administrativa al ejercer el cargo de representante del Ministro de Educación Nacional durante el año anterior a su elección. Según el accionante, esta decisión resulta caprichosa en tanto la función cumplida no implicó el ejercicio de autoridad civil o administrativa.

La Sala debe establecer si la Sección Quinta del Consejo de Estado al resolver el recurso de apelación, dentro del proceso de nulidad electoral adelantado contra la señora Carmen Alicia Rubio de Esquivel y dar aplicación al artículo 357 del Código de Procedimiento Civil y no al 352 del mismo ordenamiento, para declarar la nulidad electoral con base en su interpretación del numeral 2º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, incurrió en verdadera vía de hecho. Al efecto se debe examinar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y la finalidad del régimen de inhabilidades para quienes aspiran a ocupar el cargo de alcalde.

3. Legitimación para incoar la acción de tutela por el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

En tanto en la solicitud de insistencia para seleccionar este asunto se hizo referencia al tema de la legitimidad para presentar acciones de tutela, dentro de los procesos de nulidad electoral, al señalar que “resulta importante que esta acción de tutela sea seleccionada para

revisión con el fin de determinar con claridad lo siguiente: ...si existe legitimación por activa de los ciudadanos para interponer acción de tutela en los casos en que se le impide acceder al cargo de elección popular a quien obtuvo la votación mayoritaria”, debe decirse que todos los ciudadanos son titulares del derecho a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, por lo cual quienes presentan la acción de tutela se encuentran legitimados para interponerla si consideran que han sido vulnerados sus derechos de participación política. Además en el expediente se demostró que la afectada, señora Carmen Alicia Rubio de Esquivel, coadyuvó en la acción de tutela en escrito que presentó ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Los accionantes afirmaron en la demanda de tutela:

“Quienes presentamos esta ACCIÓN DE TUTELA ejercimos el derecho político de participación mediante el voto directo, que se materializó en la jornada del 26 de octubre de 2003, fecha en la que elegimos a la señora CARMEN ALICIA RUBIO DE ESQUIVEL Alcalde de nuestro municipio para el periodo institucional 2004-2007, pues su programa de gestión resultó ser el que convenció a la mayoría del electorado de San Pelayo Córdoba.

La elección de la señora CARMEN ALICIA RUBIO DE ESQUIVEL comporta entonces una doble connotación según los alcances del artículo 40 de la Constitución Política, pues garantiza el derecho de elegir de los ciudadanos como emanación de la democracia participativa fincada en el preámbulo de la Carta y, también constituye la forma primigenia de acceder a la conformación del poder político por parte de la elegida.

De manera pues que, los ciudadanos que elegimos a la doctora CARMEN ALICIA RUBIO DE ESQUIVEL estamos legitimados para formular la presente acción de tutela toda vez que

nuestro derecho político a que se cumpla el programa de gobierno constituye el fundamento de los artículos 259 y 40 de la Carta Política, éste último erigido en derecho fundamental por el constituyente, y sobre el cual la Corte Constitucional se ha referido diciendo que ‘los derechos políticos de participación (C.N. Art. 40) hacen parte de los derechos fundamentales de la persona humana...’. ”

En sentencia T-116 del 12 de febrero de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, citada en la demanda la Corte manifestó:

“Según lo señalado por la Corte Constitucional en sentencias C-011 de 1994, C-538 de 1995, C-1258 de 2001 y C-179 de 2002, el voto programático es realización de la democracia representativa. Como tal, es desarrollo del derecho fundamental contenido en el artículo 40 de la Constitución.

Controlar que el nuevo mandatario siga vinculado al programa de gobierno aprobado por el pueblo constituye una de las formas en que se logra ‘participar en la conformación, ejercicio y control del poder político’, que es el eje en torno al cual gira la disposición constitucional.

La posibilidad de dicha participación no es un asunto que esté limitado a los integrantes del movimiento, grupo o partido político o coalición que apoyó al candidato. Todos los ciudadanos locales son titulares de dicho derecho y, en esa medida, tienen un interés legítimo en el resultado del proceso de designación del nuevo alcalde.”

Además, en la providencia T-1337 del 7 de diciembre de 2001, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes, respecto a la legitimación en la causa se dijo:

“...la Corte considera que únicamente para identificar la legitimidad de la accionante, resulta procedente utilizar análogamente los mismos criterios de la citada regulación. En este sentido, bastará exigir a la demandante que demuestre que ha votado en la jornada electoral en la cual fue elegido el congresista, y como se trata de un representante a la Cámara, que demuestre que su derecho al voto lo ejerció en la circunscripción electoral correspondiente...”

Respecto a este requisito, se pudo determinar según los certificados electorales incorporados al expediente a (fs. 94 y 96 c.ppal.), que los demandantes sufragaron en los comicios en los cuales resultó elegida la señora Rubio de Esquivel, como alcaldesa de San Pelayo.

#### 4. Acción de tutela contra providencias judiciales.

La eventual procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales y otras providencias que pongan fin al proceso tiene la connotación de excepcionalísima, lo cual significa que procede siempre y cuando se cumplan unos determinados requisitos muy estrictos que la jurisprudencia se ha encargado de especificar.

Este carácter excepcional viene dado desde la sentencia C-543 del 1º de octubre de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, donde fue declarada la inconstitucionalidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 y se estableció que la acción de tutela contra decisiones judiciales vulnera la Constitución Política, salvo cuando se trate de “actuaciones de hecho”, lo cual ha sido objeto de amplio desarrollo por la Corte Constitucional<sup>1</sup>.

Es claro que los administradores de justicia deben respeto a la Constitución y las leyes, para el caso también en el ejercicio de sus competencias, sin que le sea dado al juez de tutela pronunciarse en torno a asuntos que la Constitución y la ley le han asignado a otras jurisdicciones, como la ordinaria y la contencioso administrativa.

En la jurisprudencia se ha venido desarrollando la noción de la vía de hecho, que incide en que para que prospere la acción de tutela contra providencias judiciales, debe tratarse de una actuación arbitraria y abiertamente contraria al ordenamiento jurídico, que implique una vulneración de los derechos fundamentales y que requiera un pronunciamiento del juez de tutela como única vía para su restablecimiento.

#### 1. Finalidad de las inhabilidades.

La inhabilidad por la cual se declaró la nulidad del nombramiento de la señora Rubio de Esquivel, se encuentra consagrada en el numeral 2º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que inhabilita para ser alcalde a las personas que dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección hayan ejercido como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio.

En la sentencia C-952 del 5 de septiembre de 2001, M. P. Álvaro Tafur Galvis, la Corte señaló

cuál es la finalidad de la regulación de las inhabilidades.

“...Para ello, la expedición de un régimen de inhabilidades se convierte en un mecanismo determinante para asegurar ciertas cualidades y condiciones en los aspirantes a ejercer un cargo o función públicos en forma acorde con los intereses que se pretenden alcanzar con ese desempeño<sup>2</sup>. Entre esas cualidades se encuentran la idoneidad, moralidad y probidad de las personas para cumplir con determinadas responsabilidades. Por lo tanto, el propósito moralizador del Estado que persigue alcanzar un régimen de inhabilidades y cuyo sustento radica en la misma Carta Política, según se ha analizado en numerosa jurisprudencia esta Corporación<sup>3</sup>, logra hacerse efectivo, precisamente, a través del desempeño de la funciones públicas en esos términos de idoneidad, moralidad y probidad, pues de esta manera se asegura el cumplimiento del interés general para el cual dicho cargo o función fueron establecidos, por encima del interés particular que dicha persona pueda tener en ese ejercicio”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“Las personas elegidas para desempeñar un cargo público deben pretender la satisfacción de los intereses de la comunidad y, para tal fin, se debe asegurar el idóneo cumplimiento de sus funciones con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C.P. art. 209). Por tal razón, es necesario que los aspirantes a desempeñar tales funciones cumplan con ciertos requisitos previamente estatuidos, para asegurar sus aptitudes.<sup>4</sup> De este modo, se pretende que no se confunda el interés privado del funcionario con los intereses públicos, evitando así que éste obtenga, en

uso de las influencias inherentes a su función, alguna ventaja o beneficio particular”.

## 6. Análisis del caso concreto.

El caso en examen, se trata de un fallo proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 13 de octubre de 2005, en el cual decidió revocar la sentencia del Tribunal Administrativo de Córdoba y declarar la nulidad del acto administrativo que declaró elegida a la señora Carmen Alicia Rubio de Esquivel como alcaldesa del municipio de San Pelayo, Córdoba para el periodo 2004-2007.

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, consideró que debía aplicarse el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, con objeto de dar trámite al recurso de apelación interpuesto, contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Departamento de Córdoba. La citada Sección explicó sus razones para aplicar dicha norma, al decir que en tanto el Código Contencioso Administrativo no establece de manera específica una norma que regule el procedimiento para el trámite del recurso de apelación en los procesos de nulidad electoral, se precisa acudir por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, al artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.

La Sección Quinta del Consejo de Estado dio entonces, aplicación al artículo 357 del citado ordenamiento, modificado por el 1º, numeral 175 del Decreto 2282 de 1989, que prevé “La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.”

Precisó que si bien el apelante no sustentó el recurso de apelación, esta circunstancia no es óbice para conocer el recurso. En su interpretación determinó que la disposición del Código de Procedimiento Civil a la que se remitió, prevé que el recurso de apelación se entenderá interpuesto en lo desfavorable al apelante, de lo cual dedujo que la norma no exige obligatoriedad para el recurrente de sustentar el recurso. En el estudio del recurso de apelación, la citada Sección valoró como argumentos los señalados en la interposición de la demanda de nulidad electoral ante el Tribunal Administrativo de Córdoba.

La Sección Quinta llegó a la conclusión que la señora Carmen Alicia Rubio de Esquivel había incurrido en una causal de inhabilidad, que le impedía ejercer el cargo de alcaldesa del municipio de San Pelayo. Explicó que durante los dos años anteriores había ejercido en su calidad de representante del Ministro de Educación Nacional en los departamentos de Sucre y Córdoba, autoridad civil y administrativa y en consecuencia revocó la sentencia del Tribunal Administrativo de Córdoba y declaró la nulidad del acto administrativo que declaró elegida a Carmen Alicia Rubio como alcaldesa de San Pelayo.

Por su parte, los demandantes en tutela aseguran que debió aplicarse el artículo 352 de Código de Procedimiento Civil, modificado por el 170 de la Ley 794 de 2003, que establece la obligatoriedad de sustentar el recurso de apelación, pues de lo contrario debe declararse desierto, y no el 357 del citado ordenamiento, en tanto esta norma tiene un contenido diferente que establece una restricción a la actuación del juez respecto a las facultades y límites sobre la decisión del recurso de apelación.

Como se ve, se trata de dos interpretaciones distintas, respecto al trámite del recurso de apelación en el proceso de nulidad electoral. Una, la interpretación de la Sección Quinta del Consejo de Estado y otra, la de los demandantes en tutela.

Vista la actuación de la Sección Quinta, la Sala entiende que ésta no ha incurrido en una vía de hecho, en tanto se trata de un conflicto en cuanto a la interpretación y aplicación normativa, que no implica arbitrariedad. El Consejo de Estado parte de la inexistencia de una norma específica que regula el trámite del recurso de apelación en el proceso de nulidad electoral, para lo cual recurre a la jurisprudencia emanada de dicha corporación, que ha sido reiterativa en el tema. Así, la jurisprudencia de esa sección ha señalado que sustentar el recurso de apelación no es un requisito sine qua non, para la procedencia de tal impugnación.

Por ejemplo, en el fallo del 23 de julio de 1992, C. P. Luis Eduardo Jaramillo Mejía (expediente N° 0750), la Sección Quinta se pronunció de manera expresa sobre los requisitos y oportunidad del recurso de apelación de manera específica para el proceso de nulidad electoral, al realizar la contabilización de los términos para la interposición del recurso. En tal sentido señaló que en cuanto hace a la oportunidad y requisitos del recurso de apelación, ha de aplicarse el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, por remisión expresa del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo. La primera de las normas exige que el recurso de apelación se interponga ante el juez que dictó la providencia, " ...en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres días siguientes...".

De igual forma, dicha Sección en fallo del 27 de agosto de 1992, C. P. Miren de la Lombana de Magyaroff (expediente No 0783), dio prioridad a la aplicación del artículo 181 del Código Contencioso Administrativo, sobre el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto al trámite y oportunidad del recurso de apelación cuando se presenta en subsidio del de reposición, en un caso específico sobre la procedencia del mismo contra la decisión de suspensión provisional en un proceso de nulidad electoral, para lo cual se señaló que la regulación contenida en el artículo 181 del Código Contencioso Administrativo es especial y trae una disposición contraria a la señalada en el 352 del de Procedimiento Civil. Por lo anterior, se determinó que en cuanto tenga relación con este específico tema debe acudir al 181 y no al 352.

De lo que se deduce que el Consejo de Estado tiene establecido que no existe una norma precisa aplicable a los requisitos y oportunidad para interponer el recurso de apelación en los procesos de nulidad electoral y por tanto ha acudido a otras normas, tanto del mismo ordenamiento Contencioso Administrativo, como del Procedimiento Civil, dependiendo del tema específico a aplicar.

De otro lado, también la Sección Quinta ha manifestado, en fallo del 5 de agosto de 1988 (expediente N° 160, C. P. Miguel González Rodríguez), que el proceso de nulidad electoral encierra un interés superior que involucra las altas aspiraciones del Estado, por tanto no es obligatorio sustentar el recurso de apelación al momento de interponerlo y por consiguiente su omisión no acarrearía la deserción, siempre y cuando la parte recurrente se encuentre legitimada.

Si bien las sentencias del Consejo de Estado citadas son anteriores a la Ley 794 de 2003, se extracta de los argumentos expuestos por la Sección Quinta del Consejo de Estado una interpretación acorde con el interés público del Estado, en tanto la acción de nulidad electoral implica el estudio de una vulneración de un interés superior, que cobija a todos los ciudadanos que con su ejercicio del derecho al voto decidieron el destino de la región. Además, como garantía para que no se pierda la oportunidad de defensa, se le dio al artículo una interpretación favorable al apelante y en procura de defensa de la acción de nulidad electoral, que define temas de interés para la comunidad y seguridad del ordenamiento jurídico, por lo cual no se vislumbra en la actuación de la Sección Quinta una actuación irracional, en el análisis de las disposiciones sobre el trámite del recurso de apelación en la acción de nulidad electoral, que está muy lejos de conducir a la variación por parte del juez de tutela del fallo de la citada Sección.

Además, se deduce de la interpretación de la mencionada Sección, que el artículo que aplicó debe ser entendido en cuanto a la garantía del apelante y deduce de la norma (art. 357 del Código de Procedimiento Civil), que éste ha recurrido en lo desfavorable, así no haya

sustentado el recurso. Pues bien, a la vista de esta interpretación se aprecia que la Sección Quinta no ha realizado una interpretación oscura ni arbitraria que implique la vulneración de derechos fundamentales, así sobre la misma disposición pudieren existir varias interpretaciones razonables.

De igual forma, en la sentencia que se demanda el Consejo de Estado se refirió a todos los cargos propuestos por el demandante en la acción de nulidad electoral, considerando viables algunos de ellos. En tal sentido, el Consejo de Estado no ha realizado una interpretación ni aplicación normativa de la cual de ninguna manera se puede colegir irrazonabilidad, en tanto siguió su propia jurisprudencia y analizó el alcance del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, en lugar del 352, para luego proceder a su aplicación en términos del interés superior de los ciudadanos y de la responsabilidad de quienes llegan ocupar cargos en la administración pública.

Ante el vacío normativo, el Consejo de Estado entendió que debía aplicarse el 357 y no el 352 del Código de Procedimiento Civil. En términos razonables, no puede exigírsele al Consejo de Estado, máximo intérprete de la normatividad de lo contencioso administrativo, que aplique una norma que para el caso no está claramente determinada, en tanto el Código Contencioso Administrativo no establece un precepto específico para el caso concreto, procediendo entonces la remisión a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y, en tal caso, el Consejo de Estado entendió que en beneficio del apelante debía aplicar el 357 del referido estatuto.

Debe señalarse que en un fallo posterior a la expedición de la Ley 794 de 2003, la Sala Quinta de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado reiteró su jurisprudencia respecto a la no obligatoriedad de sustentación del recuso de apelación al decir:

“Ha sido criterio reiterado de esta Sala que en los procesos electorales no es exigible la sustentación del recurso de apelación que se interponga contra las sentencias que se dicten en primera instancia.

Así se desprende del hecho de que en el proceso electoral no existe norma en ese sentido, ni una oportunidad para declarar desierto el recurso de apelación, en los términos del artículo 212 inciso segundo del Código Contencioso Administrativo, aplicable al proceso ordinario (Título XXIV de ese Estatuto Procesal).

Y refuerza esa posición el interés superior que encierran los procesos electorales, el cual es, en definitiva, la razón por la cual el legislador excluyó la sustentación obligatoria del recurso de apelación.

De esta forma, en atención a lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en este caso por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, debe entenderse que cuando el recurso de apelación no se sustente de modo expreso, el mismo se entenderá interpuesto en lo desfavorable al apelante.” (Fallo del 6 de mayo de 2005, expediente N° 3865, C. P. Darío Quiñónez Pinilla).

En tal sentido, a juicio de la Sala Quinta el inciso 2° del artículo 212 del Código Contencioso Administrativo, regula la sustentación del recurso pero en el proceso ordinario y no en el electoral. Por su parte el artículo 250 del mismo ordenamiento tampoco establece regulación alguna al respecto por tanto, debe acudir al artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, por remisión expresa del 267 del Código Contencioso Administrativo.

“...el juez de tutela no puede convertirse en un funcionario de instancia en relación con las decisiones adoptadas por la autoridad jurisdiccional accionada, pues en estos casos su función se limita a determinar si se incurrió en un grosero y protuberante error por desconocimiento de las normas sustanciales o procesales. Es decir, pese a que jurídicamente se puede controvertir una providencia jurisdiccional en sede de tutela, el juez constitucional no debe conceder el amparo simplemente porque considere que su juicio o interpretación deba predominar sobre la del funcionario judicial accionado, ya que, en virtud de la autonomía de que goza este último, la procedencia de la acción de tutela queda restringida para cuando su decisión carezca de tal grado de razonabilidad que no pueda predicarse ningún asidero en el derecho en correlación con la realidad procesal; o sea, cuando se trata de una manifestación del puro arbitrio del funcionario accionado.”

Y más adelante agrega la citada sentencia:

Aquellos asuntos que puedan ser objeto de polémica judicial o que no surjan a simple vista como lesiones superlativas del ordenamiento jurídico, no pueden dar origen a la descalificación, por vía de tutela, de la sentencia impugnada”<sup>5</sup>.

En otras palabras, si el juez de tutela encuentra que las dos interpretaciones tienen cabida,

no puede imponer cuál de ellas le resulta más convincente que la otra. Ante esta imposibilidad y cuando ya se ha visto que el Consejo de Estado argumentó su posición sobre la aplicación del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, es ostensible que no ha existido vía de hecho.

7. Análisis adicional sobre la eventualidad de la vía de hecho en cuanto a la interpretación de las inhabilidades para ejercer cargos.

Ahora bien, debe analizarse el otro cargo que presentan los demandantes contra la sentencia proferida por el Consejo de Estado, consistente en la supuesta vía de hecho surgida como consecuencia de la declaratoria de inhabilidad en que incurrió la alcaldesa, al haber ejercido durante el año anterior a su elección autoridad civil o administrativa.

La Sala considera que con tal decisión no se ha generado ninguna vía de hecho, en tanto la Sección Quinta analizó todas y cada una de las pruebas aportadas y con sustento en su propia jurisprudencia decidió que la señora Carmen Alicia Rubio de Esquivel, había incurrido en causal de inhabilidad para desempeñar el cargo de alcaldesa del municipio de San Pelayo.

La Sección Quinta argumentó que, con base en los documentos enviados por el Ministerio de Educación Nacional, se estableció que las funciones que ejerció la señora Carmen Alicia Rubio de Esquivel, sí implican el ejercicio de autoridad civil y administrativa, conforme a los artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994, acorde además con la jurisprudencia de la propia Sección. Explicó que las funciones de representar legal o judicialmente a la Nación - Ministerio de Educación -, y cumplir las funciones que le asignen las normas vigentes relacionadas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, implican dicho ejercicio.

Además señaló que “el reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a la norma anterior, corresponde exclusivamente al representante del Ministerio de Educación Nacional ante la respectiva entidad territorial, aunque la resolución que contiene dicho reconocimiento deba ser firmada adicionalmente por el respectivo Coordinador Regional de Prestaciones Sociales. Para demostrar que la demandada efectivamente cumplió con las funciones anteriores, dentro del término de la prohibición de la causal de inhabilidad examinada”. Precisa, además, que el demandante aportó copias de las resoluciones suscritas por la demandada en ejercicio de su cargo, mediante las cuales se estableció que ejerció efectivamente autoridad administrativa.

La referida Sección también encontró que las funciones de la señora Carmen Alicia también se extendían al municipio de San Pelayo, en tanto reconocía las prestaciones sociales a los docentes de dicho municipio.

En tanto la actuación de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado no es arbitraria, y en razón a todo cuanto antecede en esta motivación, esta Sala de Revisión no puede menos que confirmar el fallo proferido por la Sección Primera de esa corporación.

## VIII. DECISIÓN

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de fecha 23 de febrero de 2006, mediante la cual negó la acción de tutela promovida por Roberto E. García y otros, contra la Sección Quinta de esa misma corporación.

Segundo: Por Secretaría General, LÍBRENSE la comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero: Cópiese, comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

AUSENTE EN COMISION

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

2 Vid. Sentencia C-631 de 1996 (nota del fallo).

3 Sentencias C-537 de 1993, C-373 y C-194 de 1995, C-038 de 1996, C-617 y C-564 de 1997, C-338, C-448 y C-483 de 1998, T-649 de 1999 y C-1372 de 2000, entre muchas otras (nota del fallo).

4 Sentencia C-564/97 (MP Antonio Barrera Carbonell) (nota del fallo).

5 Sentencia T-008 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. (nota del fallo).