

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - No se configura la causal de desconocimiento del precedente / DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - La diferencia de objeto y finalidad entre las acciones de pérdida de investidura y nulidad electoral no permite aplicar la regla fijada en las sentencias para resolver la controversia / DIFERENCIAS ENTRE LOS MEDIOS DE CONTROL DE PERDIDA DE INVESTIDURA Y NULIDAD ELECTORAL - En relación con su causa y objeto

Para efectos del análisis del defecto relacionado con el desconocimiento del precedente jurisprudencial deben tenerse en cuenta las diferencias que existen entre los medios de control de pérdida de investidura y nulidad electoral, toda vez que la mayoría de decisiones judiciales que el demandante estima que fueron desconocidas fueron dictadas en procesos en donde el medio de control ejercido fue el de pérdida de investidura y no el de nulidad electoral... La Sala Plena Contencioso Administrativa del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de precisar las diferencias que existen entre la acción de nulidad electoral y la acción de pérdida de investidura en relación, precisamente, con su causa y objeto. Así, ha dicho que mientras en la primera el objeto es la revisión de la validez del correspondiente acto administrativo electoral, y la protección del ordenamiento jurídico su causa; en la segunda se busca, en contraste, establecer la viabilidad de un juicio sobre las inhabilidades, las incompatibilidades y los comportamientos de quienes ejercen la labor de congresistas –lo que constituye su objeto– con miras a salvaguardar la integridad de las corporaciones públicas –que es su causa–... En efecto, en el proceso de nulidad electoral se enjuicia la validez del acto de elección para preservar la legalidad y la pureza del sufragio y, por ende, busca su desaparición en caso de que no se encuentre conforme a la Constitución y a la ley. En otros términos, se cuestiona la legalidad del acto que permitió el acceso a la dignidad de parlamentario, acto que mientras no haya decisión judicial en contrario, está revestido de la presunción de validez... A su turno, en el proceso de pérdida de investidura, por ejemplo, de los congresistas, se juzga su conducta de acuerdo con determinadas causales establecidas en la Carta Política para exigir su responsabilidad y lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes vayan a ingresar o se encuentren desempeñando el cargo. Es decir, consiste en verificar si el congresista se encuentra o no incurso en una de aquellas conductas reprobadas por el constituyente para ejercer el cargo y en consecuencia, determinar si se le despoja de esa calidad con efectos intemporales y permanentes, de manera que el objeto, su petitum y los efectos del pronunciamiento son diferentes a los del proceso de nulidad del acto electoral. Así, en jurisprudencia reiterada, la Corporación ha señalado que la pérdida de investidura implica en el fondo una sanción por conductas asumidas por la persona del congresista que lo priva de esa condición, mientras que el juicio electoral lo que pretende es definir si la elección y la condición de congresista son legítimas o, si por el contrario, en el caso de que existan motivos para su anulación, son legítimas. En términos coincidentes se ha pronunciado la Corte Constitucional, quien ha precisado que, aunque la acción de pérdida de investidura puede fundamentarse en las mismas causales que eventualmente se aleguen como sustento de la acción de nulidad electoral, ello no implica que se trate de medios de control que versen sobre un mismo objeto y causa, pues lo cierto es que persiguen finalidades diversas, lo que impide la configuración del fenómeno de cosa juzgada entre ellas... Así las cosas, en razón de las diferencias existentes entre las causas y objetos de ambas acciones, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha dicho que no se configura el fenómeno de la cosa juzgada –ni se viola el principio de non bis in idem– cuando, en sede de la acción de pérdida de investidura, se analiza el caso relacionado con un congresista cuya elección ya fue demandada y juzgada por la Sección Quinta en sede de la acción

de nulidad electoral, sin que para el efecto sea relevante el hecho de que en ambos casos –en la nulidad y en la pérdida de investidura– el análisis de juridicidad se haga con base en las mismas causales de inhabilidad... Así, las sentencias fueron proferidas en ejercicio del medio de control de pérdida de investidura, que difiere, como lo explicó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del medio de control (en vigencia del Código Contencioso Administrativo, se denominaba acción) de nulidad electoral y, en dicha medida, si bien es cierto que tratándose de congresistas, algunas de las causales de pérdida de investidura de dichos servidores públicos son también causales de nulidad de los actos administrativos de carácter electoral... no por ello puede decirse válidamente que el juicio electoral y el de pérdida de investidura persigan fines iguales... lo que no permite que sean tenidas en cuenta dichas decisiones judiciales en el análisis de violación del precedente judicial toda vez que la diversidad de objeto y finalidad entre las dos acciones indudablemente implica que no existan problemas jurídicos semejantes que permitan aplicar la regla fijada en la ratio decidendi de dichas sentencias para resolver la controversia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 184

NOTA DE RELATORIA: En relación a la diferencia entre la pérdida de investidura y el proceso electoral, consultar, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 20 de marzo de 2001, exp. AC-1257, sentencia de septiembre de 1992, exp. AC-175, sentencia de 5 de marzo de 2002, exp. 11001-03-15-000-2001-0199-01, M.P. Camilo Arciniegas Andrade, sentencia de 21 de mayo de 2002, exp. 11001-03-15-000-2002-0042-01, M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié, sentencia del 21 de abril de 2009, exp. 11001-03-15-000-2007-00581-01, M.P. María Claudia Rojas Lasso, sentencia del 8 de febrero de 2011, exp. 11001-03-15-000-2010-00990-00, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

INHABILIDAD POR GESTION DE NEGOCIOS ANTE ENTIDADES PUBLICAS - Se requiere prueba de la intervención en gestión de negocios ante entidades públicas en interés propio o en el de terceros / INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO CONGRESISTA - Celebración de contratos con entidad pública dentro de los seis meses anteriores a la elección.

Para determinar si efectivamente la providencia del 3 de agosto de 2015 ha transgredido el precedente judicial del Consejo de Estado relacionado con la interpretación y aplicación de la inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, es necesario establecer cuál fue la interpretación que dicha providencia le dio a la misma... La norma constitucional del 179 numeral 3, en el aparte que ocupa el supuesto fáctico de esta demanda electoral, contiene un aspecto temporal limitado a los seis meses inmediatamente anteriores a la elección; un aspecto material relacionado con la conducta denominada intervención en la gestión de negocios y, el sujeto pasivo: ante autoridades públicas y finalmente, un aspecto modal o de propósito: en interés propio o en el de terceros. La configuración de la intervención en la gestión de negocios, requiere que se pruebe la participación del demandado en diligencias conducentes al logro de un negocio con entidad pública que le aporte beneficios a sí mismo o a terceros, patrimoniales o extrapatrimoniales... Estas gestiones negociales son indicativas para la Sala de que la actora sí intervino para gestionar negocios y lo hizo frente a estas entidades públicas del orden territorial. Las negociaciones precontractuales y los contratos de adhesión o de condiciones generales. Lo cierto, para la Sala como operador de la nulidad electoral, es que las tratativas y los negocios de adhesión -a pesar de que las partes se someten a cláusulas

preconcebidas por la autoridad de control y vigilancia estatal- son negocios jurídicos contractuales perfectos generadores de derechos y obligaciones, y como tal, sus tratativas y gestiones no se desdibujan como actos precontractuales perfectos y encuadrables dentro de la intervención en la gestión de negocios, pues no pueden invalidarse con el derrotero de la restricción de los elementos del consentimiento o de la voluntad de las partes, lo cual sólo acontece en casos excepcionales ante la existencia de una tratativa o cláusula leonina o que viole los principios generales de la contratación o normas constitucionales o legales, que no es del caso en el asunto que ocupa a la Sala.

FUENTE FORMAL: ARTICULO 179 - NUMERAL 3

NOTA DE RELATORIA: Sobre la teología del propósito de la causal de inhabilidad, consultar, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 13 de septiembre de 2007, exp. 11001-03-28-000-2006-00045-00(3979-3986), M.P. Susana Buitrago Valencia.

EL ASPECTO MODAL O DE PROPOSITO DE LA CAUSAL DE INHABILIDAD - Interés propio o en el de terceros / INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO CONGRESISTA - Intervención en gestión de negocios seis meses antes de la elección / INHABILIDAD DE REPRESENTANTE A LA CAMARA - Gestión de negocios a favor de un tercero

Indiscutible resulta que la inhabilidad está cimentada en la garantía de los principios que rigen el campo electoral público, en especial el del equilibrio en la contienda política y el de la igualdad de condiciones y de oportunidades en campaña entre los que compiten por una elección. Tiene que ver con la necesidad de prevenir que quien siendo candidato al Congreso de la República y de manera simultánea se desempeñe laboralmente en el manejo de asuntos y de temas que impliquen participar o tomar parte en actuaciones ante entidades públicas en la realización de cualquier diligencia ya en nombre propio, ya en nombre de la persona jurídica que representa, pueda valerse de tal situación para obtener prevalentemente sobre los demás candidatos la concreción o la materialización del asunto de interés que tramite ante dichas entidades oficiales. Igualmente, impedir que el aspirante que se encuentre en estas circunstancias de acercamiento a organismos Estatales, por cuenta de las diligencias que adelante ante éstas, se beneficie, porque las mismas pueden traducirse en prestigio para su candidatura... Encuentra la Sala, que siguiendo el derrotero jurisprudencial pretranscrito, la actora dentro de los seis meses anteriores a la elección al fungir como Gerente del Banco Finandina laboralmente manejó asuntos que le implicaron participar y tomar parte en actuaciones y diligencias ante entidad pública, que implicaron acercamientos a organismos estatales, que se trató de negocios privados y lucrativos y que con ello potenció su prestigio para su candidatura y en forma directa gestionó negocios a favor de un tercero, en este caso el Banco Finandina. Huelga aclarar que el despliegue de actividades devenidas de un contrato laboral o de una vinculación de la misma estirpe, a lo cual tiene derecho todo ciudadano no es lo que se analiza en este caso, sino que dentro del análisis de legalidad objetiva, la actora, dentro del período inhabilitante de los seis meses anteriores a la elección, intervino en la gestión de negocios y con ello favoreció a un tercero (Banco Finandina) y potencializó en beneficio propio su nombre ante las entidades estatales, circunstancia que no es igualitaria para todos aquellos participantes en las justas electorales.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Juicio objetivo de legalidad / INHABILIDAD DE CONGRESISTA POR INTERVENCION EN LA

GESTION DE NEGOCIOS - Argumento de fuerza mayor no exime la configuración de la causal de inhabilidad / REGIMEN DE INHABILIDADES – Propósito

Al respecto la Sala ha de recordar que el contencioso de legalidad electoral es un medio de control típicamente de corte objetivo en su análisis acción de nulidad electoral corresponde a un juicio objetivo de legalidad sobre un acto administrativo (de elección, nombramiento, designación), se trata del juzgamiento sobre un acto desde su encuadramiento en el ordenamiento constitucional y legal. Así las cosas, el hecho constitutivo de fuerza mayor, en realidad es el fallecimiento del anterior candidato –hijo de la actora- pero ese funesto episodio no resultaba intempestivo ni irresistible ni imprevisible para la asunción de una candidatura congresal y posterior elección como Representante a la Cámara, porque a contrario sensu lo previsible, resistible y determinable es que en el lapso inhabilitante de los seis (6) meses previstos en la norma Constitucional se proscriba que quien tenga la intención de postularse como candidato debe estar libre de conductas y hechos constitutivos de inhabilidad como en efecto lo es la intervención en la gestión de negocios. Por ello es que el supuesto eximente de la inhabilidad que se apoya en la inscripción a último momento por fuerza mayor no desvirtúa ni morigerará la incursión en inhabilidad para efectos de la declaratoria de nulidad electoral, precisamente porque deviene de un análisis objetivo ajeno a cualquier aspecto de la conducta ni de los elementos y presupuestos que le son propios como la culpabilidad y la antijuridicidad, no siendo de recibo para este asunto ni para la competencia del operador de la nulidad electoral(...) Siguiendo éste derrotero, la Sección Quinta ha señalado que las inhabilidades buscan preservar los principios de moralidad, transparencia e imparcialidad de la función administrativa y la garantía (sic) del derecho de igualdad de oportunidades. Es así como cada cargo de elección popular tiene previsto un régimen de inhabilidades, que enlista actuaciones que no pueden observarse durante un plazo determinado anterior a la inscripción o a la elección -según el caso- so pena de impedir la aspiración política.

DEFECTO DE VIOLACION DEL PRECEDENTE - No se acreditó una interpretación extensiva de la causal de inhabilidad / DEFECTO SUSTANTIVO - No se evidenció una indebida interpretación de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución / VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION - No se configura. Aplicación de la teleología de la inhabilidad / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - No se configura / ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Providencias cuestionadas no vulneran el derecho a ser elegida y a ocupar cargos públicos

El actor sostiene que la providencia del 3 de agosto de 2015 incurrió, en defecto sustantivo por una indebida interpretación de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3° del artículo 179 de la Constitución... Por lo anterior, concluye, la sentencia objeto de reproche interpretó de manera contraevidente el sentido que desde un principio el Constituyente quiso otorgarle al artículo 179 (numeral 3) de la Carta Política, por cuanto no existió un análisis razonable de las actividades realizadas por la demandada, las cuales, en su opinión, se limitaron a una mera oferta de los servicios que prestaba la entidad financiera, la cual no iba dirigida a una entidad pública en particular sino a los potenciales usuarios... Esta Sala reitera los razonamientos esbozados al resolver sobre la violación del precedente judicial. En primer lugar, como se indicó, la decisión judicial impugnada tuvo presente, siguiendo para el efecto la sentencia de 13 de septiembre de 2007, la teleología de la inhabilidad, indicando que ella se edifica en la garantía de los principios de

equilibrio en la contienda electoral y de igualdad de condiciones y oportunidades en campaña entre los contendientes, agregando que la misma tenía que ver con la necesidad de prevenir que quien siendo candidato al Congreso de la República se aproveche de su cercanía con organismos estatales para, de un lado, obtener la concreción de un asunto de intereses de dichas entidades y, de otro lado, aplicable al caso en cuestión, aumentar su prestigio en favor de su candidatura... No sobra señalar que si bien se tuvieron en cuenta únicamente las gestiones realizadas ante Aguas del Huila y el municipio de Baraya, por ser estas las que se presentaron dentro del período inhabilitante, también lo es que la demandante había tenido contacto con otras entidades de la circunscripción correspondiente al departamento del Huila, como el municipio de Neiva y el departamento de Neiva, lo que implicó una cercanía con las autoridades públicas que desequilibraba la contienda electoral. La Sala nuevamente reitera, conforme a los análisis que ha emprendido en relación con los defectos de violación del precedente judicial y sustantivo, que no se evidenció que hubiera una interpretación extensiva de la causal de inhabilidad contenida en el numeral 3° del artículo 179 de la Carta Política ni violación del precedente judicial respecto de su interpretación y aplicación, razón por la que no se encuentra, consecuentemente, vulneración alguna del derecho de la demandante a ser elegida y a ocupar cargos públicos en la medida en que se encontró que incurrió en la inhabilidad que se le endilgaba, lo cual dio lugar a que se anulara su elección como representante a la cámara por el departamento del Huila.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 179 - NUMERAL 3

DEFECTO FACTICO - No se configura. Se acredita la causal de inhabilidad de Congresista por gestión de negocios

La coadyuvante de la parte demandada en el proceso de nulidad electoral intervino en el trámite de esta acción constitucional esgrimiendo, entre otros argumentos, que se había generado una vía de hecho por valoración indebida del material probatorio en la medida en que el fallo se sustenta en una prueba inexistente que acredita la gestión desplegada por la actora frente al Municipio de Baraya (Huila) ... Revisado el expediente correspondiente al medio de control de nulidad electoral... conforme lo anota la coadyuvante, el oficio de 24 de octubre de 2013, no tiene constancia de radicación en el municipio de Baraya (Huila). Sin embargo, no debe perderse de vista que, aun prescindiendo de dicho documento, el sentido del fallo no cambiaría, puesto que la Sección Quinta del Consejo de Estado encontró acreditada la causal de inhabilidad de la gestión que realizó la demandante frente a la empresa Aguas de Huila. Por ello no se evidencia, entonces, la existencia de un defecto fáctico en la providencia impugnada.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 184 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 179 - NUMERAL 3

NOTA DE RELATORIA: En lo relacionado a la inhabilidad de Congresista por intervención en gestión de negocios, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 23 de febrero de 2012, exp. 11001-03-28-000-2010-00038-00, M.P. Susana Buitrago Valencia. Al respecto de la nulidad electoral, consultar: Consejo de Estado; Sección Quinta, sentencia de 1 de noviembre de 2012, exp. 11001-03-28-000-2010-00086-00, M.P. Mauricio Torres Cuervo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDES

Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02793-00(AC)

Actor: ANA MARIA RINCON HERRERA

Demandado: SECCION QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO

Procede la Sala a decidir la acción de tutela interpuesta por Ana María Rincón Herrera, actuando por intermedio de apoderado judicial, en contra de la sentencia de 3 de agosto de 2015, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que declaró la nulidad de la elección de la demandante, Ana María Rincón Herrera, como Representante a la Cámara por el departamento del Huila, para el período constitucional 2014-2018, y ordenó, consecuentemente, la cancelación de su credencial de congresista.

I.- La solicitud

I.1.- La ciudadana Ana María Rincón Herrera, pidió el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a elegir y ser elegida y al desempeño de cargos y funciones públicas, consagrados en los artículos 29 y 40 (numeral 1° y 7°) de la Carta Política, los cuales estimó vulnerados por la Sección Quinta del Consejo de Estado, al proferir la sentencia de 3 de agosto de 2015, la cual puso fin a la acción contencioso administrativa iniciada en ejercicio del medio de control de nulidad electoral identificado con el número 11001-03-28-000-2014-00051-00.

I.2.- A juicio del apoderado de la parte actora, la providencia judicial vulneró los derechos fundamentales de su representada al desconocer “(...) *el propio precedente jurisprudencial de dicho Tribunal en relación con el verdadero alcance que se le debe dar a la causal de inhabilidad relacionada con la intervención en gestión de negocios (...)*”, puesto que, al analizar su caso, considera que no está acreditado que la actividad de la doctora Ana María Rincón Herrera como gerente

del Banco Finandina, en particular aquella consistente en haber ofertado los servicios de dicha entidad y haber firmado la apertura de una cuenta de ahorros, le hubiere reportado una alguna ventaja electoral. De hecho la demandante, cuando realizó dichas actividades, no era candidata a la Cámara de Representantes y no habría contemplado tal posibilidad sino hasta la muerte de su hijo en el mes de enero de 2014.

I.3.- A lo anterior adiciona que la *“(...) simple oferta de servicios financieros no puede ser una gestión efectiva, valiosa, útil y trascendente que haya tenido tal connotación para afectar el equilibrio y la igualdad que debe imperar entre todos los candidatos a los comicios electorales (...)”* y que *“(...) las actividades desplegadas por mi representada sólo tuvieron como móvil o causa, el desempeño de su trabajo como Gerente del Banco Finandina y no la pretensión de obtener un provecho personal o un posicionamiento ante las entidades que le privilegiaran en su futura elección (...)”*.

I.4.- Insiste la demandante en que *“(...) la Doctora ANA MARÍA RINCÓN HERRERA no obtuvo provecho alguno de su aspiración popular para obtener algún tratamiento privilegiado ante alguna entidad pública (...)”* e igualmente que:

“(...) Tampoco se mostró frente a la comunidad del Huila como una “hábil negociadora” de intereses con las administraciones, al menos por dos razones: de un lado, porque cuando fungió como Gerente del Banco Finandina no era aún candidata a la Cámara de Representantes, y de otro, porque en gracia de discusión, la oferta de servicios financieros así como la rúbrica que imprimió en la apertura de la cuenta de ahorros de la Empresa Aguas del Huila, no le podrían haber generado ningún tratamiento privilegiado que haya repercutido en la ruptura de la igualdad entre sus contrincantes. (...)”

I.5.- Esgrime que la finalidad de la inhabilidad que se estudia consiste en evitar que el candidato aproveche la condición de aspirante a un cargo de elección popular *“(...) para acceder a beneficios que le otorgan preeminencia frente al electorado, gracias a las acciones llevadas a cabo que le permitan ser calificado como un efectivo gestor de reclamos comunitarios (...)”*, la cual no se configuró en este caso para la demandada, toda vez que en el tiempo que fungió como aspirante al cargo de representante a la cámara, *“(...) jamás aprovechó su condición de aspirante a la*

Cámara de Representantes para acceder a beneficios que le otorgaran una posición predominante ante su electorado. Se insiste en que sus actividades como Gerente del Banco Finandina no se realizaron de manera concomitante con su candidatura. Es más, desde el tiempo de su inscripción como candidata hasta el día de las selecciones (sic) sólo transcurrió un (1) mes y dos (2) días, tiempo insuficiente para lograr semejante cometido (...)”.

I.6.- Acusa la decisión judicial, igualmente, de incurrir en defecto sustantivo por una indebida interpretación de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3° del artículo 179 de la Constitución. En su concepto “(...) *la razón de ser de la intervención en gestión de negocios como causal de inhabilidad tiene dos elementos: (i) evitar que una persona con dineros del Estado haga labores de la campaña o que adquiriera la influencia necesaria en una comunidad para ser elegida, realizando alguna clase de obra en la misma; ii) impedir que la hipotética posibilidad de ser elegido cree a su favor unas condiciones frente al Estado que no tendrían los demás (...)*”.

La demandante afirma que su caso no se encuadra en ninguna de las hipótesis indicadas por cuanto:

“(...) de un lado, nunca tuvo manejo de dineros del Estado para realizar su corta campaña, como tampoco sus actividades como Gerente del Banco Finandina le representaban la adquisición de influencia alguna en la comunidad. Finalmente, la razón más contundente tiene que ver con la candidatura intempestiva de mi poderdante. Recuérdese que cuando mi representada ejerció su cargo de Gerente, no tenía siquiera en mente la idea de ser candidata a la Cámara de Representantes, argumento suficiente para demostrar que jamás pudo tener una influencia que, de una parte, le generara una ventaja ante las entidades públicas con las cuales el Banco Finandina quería prestar servicios financieros y, de otra, que le otorgara un posicionamiento privilegiado ante sus futuros electores. (...)”

I.7.- Por la razón expuesta, entonces, concluye que “(...) *que la sentencia objeto de reproche interpretó de manera contraevidente el sentido que desde un principio el Constituyente quiso otorgarle al artículo 179. 3 de la Carta Política. (...)*”, por cuanto no existió un análisis razonable de las actividades realizadas por la demandada, las cuales, en su opinión, se limitaron a una mera oferta de los servicios que prestaba la entidad financiera, la cual no iba dirigida a una entidad pública en particular sino a

los potenciales usuarios. Así, la demandante considera que la Sección Quinta del Consejo de Estado interpretó de manera extensiva la causal de inhabilidad al abarcar comportamientos que resultaban inocuos en la contienda electoral.

I.8.- Igualmente cuestiona la decisión por violar directamente la Constitución Política manifestando que *“(...) es claro que al incurrirse en una interpretación indebida de la causal de inhabilidad endilgada a mi poderdante, se violó de manera directa la misma Constitución, como quiera que, como quedó demostrado, el sentido que el constituyente quiso darle a la misma es completamente diferente al que entendió la Sala de Decisión (...)*”.

I.9.- Finalmente y en relación con los derechos políticos a elegir y ser elegido y a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, afirma que *“(...) Por lo tanto las interpretaciones extensivas de las causales de inhabilidad de origen constitucional no pueden ser consideradas como un ejercicio legítimo de la independencia y autonomía judicial, pues tal como se ha señalado a lo largo de este libelo constituyen una restricción desproporcionada de derechos fundamentales, especialmente del derecho a ser elegido y del derecho a ejercer cargos y desempeñar funciones públicas (...)*”

II.- Los hechos

II.1. La demandante, Ana María Rincón Herrera, fue elegida representante a la cámara por la circunscripción del departamento del Huila, para el período constitucional 2014-2018. Comenta que decidió aspirar a ser elegida en dicho cargo ante la muerte de su hijo, Sergio Younes Rincón, el día 25 de enero de 2014, quien había renunciado a la curul como diputado de Asamblea Departamental del Huila para el período 2012 – 2015, para aspirar al cargo de representante a la cámara por el mencionado departamento.

II.2. El último empleo desempeñado por la demandante fue el de Gerente Local de la agencia del Banco Finandina en la ciudad de Neiva (Huila), el cual ocupó desde el 22 de julio de 2013. Dentro de las funciones del mismo se encontraba la de informar

al público en general sobre los productos ofrecidos por la institución financiera, a través del envío de escritos promocionales, sin que, en su concepto, ello le hubiese significado para su futura candidatura alguna ventaja electoral.

II.3. El señor Iván Medina Ninco, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, impugnó la elección de la demandante, argumentando que había incurrido en la inhabilidad establecida en el artículo 179 (numeral 3°), por haber intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas en interés propio o en el de terceros, consistente en ofrecer los servicios financieros del banco al municipio de Baraya (Huila) y a la sociedad Acueductos y Alcantarillado del Huila – Aguas del Huila S.A. E.S.P. y la posterior apertura de una cuenta de ahorros por dicha entidad.

II.4. Mediante sentencia de 3 de agosto de 2015, la Sección Quinta del Consejo de Estado decidió declarar la nulidad de la elección de la demandante, Ana María Rincón Herrera, como representante a la cámara por el departamento del Huila, al constatar que incurrió en la inhabilidad señalada.

III.- Las pretensiones

“... VIII. PRETENSIONES.

Por lo expuesto, solicito muy respetuosamente, se protejan los derechos fundamentales de mi representada al debido proceso, a elegir y ser elegida y a ejercer cargos públicos. En consecuencia se disponga

Primero.- SUSPENDER los efectos de la Sentencia de 3 de agosto de 2015, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado que declaró la nulidad de la elección de la Doctora RINCÓN HERRERA como representante a la Cámara por el Departamento del Huila para el período constitucional 2014-2018 mientras se tramita la acción de tutela.

Segunda.- DEJAR SIN EFECTO la Sentencia de 3 de agosto de 2015, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado que declaró la nulidad de la elección de la Doctora RINCÓN HERRERA como representante a la Cámara por el Departamento del Huila para el período constitucional 2014-2018.

Tercero.- Declarar directamente que en este caso mi representada no incurrió en la causal de inhabilidad endilgada, ordenando lo pertinente para que la Doctora RINCÓN pueda seguir en ejercicio del cargo para el cual resultó electa. En su defecto,

Cuarto: Ordenar a la Sección Quinta del Consejo de Estado que profiera la decisión de acuerdo a los parámetros dados por el Juez Constitucional.

IV.- El trámite de la acción de tutela

El Magistrado Ponente admitió la acción de tutela y dispuso su notificación a la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, magistrada de la Sección Quinta del Consejo de Estado y a los conjueces de la sala que suscribieron la providencia impugnada, para que rindieran informe sobre los hechos y argumentos expuestos en la solicitud de amparo constitucional; y a los señores Iván Medina Ninco, Christian Camilo Suárez y Mildred Samary Quesada Toledo, quienes tienen interés directo en el proceso por haber intervenido como demandante y coadyuvantes de la parte demandada respectivamente, a quienes igualmente solicitó que rindieran informe relacionado con los hechos y argumentos expuestos en la solicitud de amparo constitucional

V.- Las actuaciones de las personas vinculadas al proceso

V.1. La Consejera de Estado, doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

En su condición de consejera ponente de la decisión objeto de impugnación, la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez solicita que la acción de amparo constitucional sea declarada impróspera y, en subsidio, que se denieguen las pretensiones de la demanda.

Encuentra que son dos los fundamentos de la solicitud de amparo constitucional. El primero, la existencia de un supuesto error sustantivo y, el segundo, el desconocimiento del precedente judicial horizontal. Frente al primero señala:

“(...) La línea jurisprudencial de nulidad electoral por inhabilidad se ha decantado hacia el criterio objetivo propio del estudio de legalidad y constitucionalidad que recae sobre el acto administrativo, en contraste con la tendencia mixta de criterios subjetivo-objetivo de la pérdida de investidura, en atención al carácter sancionatorio que se dirige a la conducta del demandado.

(...)

Bastaría decir que la sentencia habla por sí sola, pues los derroteros empleados para dirimir el litigio fijado en audiencia inicial analizaron todas las aristas posibles dentro de la imparcialidad que debe caracterizar a todos juez, se pasó desde el estudio de cada contrato de servicio financiero celebrado por la demandada dentro del período inhabilitante, al punto de excluirse algunos que estaban por fuera de ese interregno, aun cuando lo contratista fuera una entidad pública; se excluyó al contrato celebrado con FOMCULTURA por no ser una entidad pública; se verificó que la rúbrica de los contratos probados fuera de la de la doctora RINCÓN HERRERA y no de otro funcionario de la entidad financiera, se evaluó si de alguna forma los contratos de adhesión podrían desnaturalizar la esencia de un acuerdo de voluntades, se recepcionó el testimonio del Gerente General de la entidad financiera a fin de tener claro la dinámica bancaria en el actuar del Gerente local y finalmente, se abordó la situación personal de la doctora RINCÓN HERRERA.

Se concluyó que la muerte de su hijo es un hecho funesto y lamentable, jurídicamente, imprevisible e intempestivo, pero no pueden calificarse y considerarse de igual forma, las negociaciones que ella como candidata al Congreso de la República desplegó dentro del período inhabilitante de los seis (6) meses anteriores a la elección, pues todo candidato y todo partido, conocedores de la normativa y de los principios de transparencia e igualdad que deben regir las justas electorales desde sus etapas pre, durante y post electoral, sabe de antemano la clara prohibición positivizada tanto en su contenido como en su límite temporal, sin que argumentos como la intención de candidatizarse o no, que corresponden al aspecto netamente subjetivo, puedan desvirtuar el contenido claro y preciso de la norma contentiva de la prohibición, pues el optar por lanzarse a las justas electorales si bien corresponde al libre albedrío de la persona interesada, no pueden desvirtuar el contenido claro y preciso de la norma contentiva de la prohibición, pues el optar por lanzarse a las justas electorales si bien corresponde al libre albedrío de la persona interesada, no puede extenderse o verse como una opción de encuadrar o no en el supuesto jurídico que contiene la norma, más aún cuando de prohibiciones se trata.

Así las cosas, existiendo el hecho constitutivo de inhabilidad fehaciente y comprobado, la persona no puede ampararse en un hecho externo como es la muerte de un ser querido, al carecer de relación directa y dependiente con la inscripción como candidata y posterior elección y menos cuando la persona ha realizado actividades negociales o contractuales con entidades públicas, como aconteció con la doctora RINCÓN HERRERA. (...)”

En relación con el segundo fundamento de la acción de tutela, recuerda que existen diferencias en el tratamiento de la inhabilidad cuando se invoca como sustento de una demanda contencioso administrativo en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, y cuando se invoca en el medio de control de pérdida de investidura, *“(...) que se materializan en el aspecto objetivo al que debe responder la nulidad electoral al juzgar la legalidad del acto administrativo y al aspecto mixto (subjetivo y objetivo), en tanto tratándose de una sanción política, carácter del que carece la nulidad electoral, el aspecto subjetivo en varias oportunidades debe ser tenido en cuenta y este punto parece haberlo olvidado el actor en tutela. (...)”*.

Luego de analizar en detalle cómo opera el elemento subjetivo y objetivo como presupuesto para el estudio del medio de control de pérdida de investidura, resalta que *“(...) cuando de conductas tipificadas como causal de pérdida investidura se trata es imperativo – por mandato constitucional – tener en cuenta el aspecto subjetivo de ese “acto” típico y, en consecuencia, descartar de plano la responsabilidad objetiva que ha proscrito la Carta para el derecho sancionador (...)”*, para señalar que *“(...) el análisis que el accionante en tutela pretende no es el propio de la nulidad electoral sino el del medio de control con estirpe sancionatorio (...)”* y que *“(...) dados los principios y presupuestos autónomos de cada una de las acciones, entendiéndose pérdida de investidura y nulidad electoral, no es de recibo afirmar la violación del precedente judicial horizontal si las acciones o medios de control no son los mismos (...)*”.

Por otro lado se refiere a la sentencia de 10 de marzo de 2005, proferida en contra del alcalde del municipio de Tausa, dentro del trámite de la acción de nulidad electoral de radicación 2003-01133, citada por el demandante como sustento de sus argumentos, indicando que en dicho antecedente *“(...) la intervención negocial no fue demostrada porque conforme al acervo probatorio ninguna actividad desplegó el demandado al respecto (...)”*. Y agrega frente a dicho antecedente, lo siguiente:

“(...) El accionante no tuvo en cuenta el contexto total de ese antecedente y con base en éste pretende que el juez de tutela concluya que en la doctora RINCÓN HERRERA no se configuran los supuestos de inhabilidad que la

jurisprudencia del Consejo de Estado ha analizado y lo concreta en los siguientes aspectos, a los que contesto en ese orden:

a) La gestión que configura la inhabilidad debe reportarle ventaja electoral al candidato e insistió en que la doctora RINCÓN HERRERA no era candidata a la Cámara ni tenía dicha intención al momento de celebrar los contratos financieros, pues fue una decisión que adoptó a partir de la muerte de su hijo.

Este fue un punto considerado y decidido en el fallo de la nulidad electoral, con la explicación de que la norma no califica que sea candidato o no, simplemente lo hace en términos amplios al consagrar: “Quienes hayan intervenido... dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección”, como en efecto quedó fehacientemente probado con los medios documentales.

b) La gestión debe ser potencialmente efectiva, valiosa, útil y trascendente. A lo cual indicó que “no es necesario apelar más allá de la lógica y del sentido común, para deducir que la simple oferta de servicios financieros no puede ser una gestión efectiva, valiosa, útil y trascendente que haya tenido tal connotación para afectar el equilibrio y la igualdad que debe imperar entre todos los candidatos a los comicios electorales”.

Nuevamente el accionante aboga por temas que fueron decantados y analizados en su contexto fáctico y probatorio en la sentencia atacada en tutela, para reabrir el debate propio del juez natural, pero lo cierto es que quedó suficientemente demostrado que la demandada sí gestionó negocios financieros que conllevan lucro incluso para la entidad financiera que gerenciaba y que lo hizo durante el período inhabilitante previsto en la norma constitucional y frente al sujeto pasivo que prevé el artículo, esto es, con entidades públicas.

Precisamente, esos extremos probados generaron la declaratoria de nulidad de la elección de la doctora RINCÓN HERRERA, más aún cuando en el juicio objetivo de legalidad no se evalúa el monto del negocio, si lo celebró o no, si se ejecutó o no o si un hecho ajeno a la relación directa inscripción y elección tuvo supuesto jurídico que prevé la norma, para terminar incurso en el supuesto jurídico que prevé la norma, ello es propio de acciones que como la pérdida de investidura campean en el ámbito sancionatorio que no es propio de las demandas en las que se ataca la presunción de legalidad del acto administrativo. Pero se reitera, entratándose de la acción de nulidad ninguna consideración subjetiva o circunstancia subjetiva resulta de posible análisis, consideración o decisión. Aquí el juicio es estrictamente objetivo.

(...)

Finalmente, el accionante indicó, que según su sentir y entender, que el negocio realizado por la demandada en nulidad electoral no afectó la transparencia en las elecciones porque “la situación de la doctora RINCÓN HERRERA no se enmarca en ninguna de las hipótesis planteadas por el Constituyente, como quiera que, de un lado, nunca tuvo manejos de dineros del Estado para realizar su corta campaña, como tampoco sus actividades como Gerente del Banco Finandina le representaban la adquisición de influencia alguna en la comunidad. Finalmente, la razón más contundente tiene que ver con la candidatura intempestiva de mi poderdante. Recuérdese que cuando mi representada ejerció su cargo de Gerente, no tenía siquiera en argumento suficiente para demostrar que jamás pudo tener una influencia que, de una parte, le generara una ventaja ante las entidades públicas con las cuales el Banco Finandina quería prestar servicios financieros y, de otra, que le otorgara un posicionamiento privilegiado ante sus futuros electores”. Todo esto para concluir que la gestión debe ser potencialmente efectiva, valiosa, útil y trascendente y que no se advierte así frente a la doctora RINCÓN HERRERA al resultar electa Representante a la Cámara.

(...)

Contrario a lo afirmado por el accionante, considero que si se hubiera incurrido en la violación de la Constitución Política en los derechos políticos, debido proceso, igualdad y principio de legalidad si habiéndose demostrado el hecho constitutivo de causal electoral devenido del incumplimiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se sostiene la legalidad de la elección de la doctora Herrera Rincón, enarbolando argumentos conductuales ajenos al análisis de la nulidad electoral como: el fallecimiento intempestivo de su hijo y la consecencial asunción de una candidatura no querida, o peor desconociendo lo que finamente sí quedó probado: que fue candidata, que gestionó servicios financieros ante entidades públicas y que obtuvo provecho o ventaja electoral, resultando elegida. (...)

V.2. Los ciudadanos Cristian Camilo Suarez y Mildred Samary Quesada Toledo, terceros con interés en el resultado del proceso

El ciudadano Cristian Camilo Suarez Ortiz intervino en la presente acción de tutela presentando escrito en el que reitera los argumentos expuestos en la solicitud de amparo constitucional.

A su turno, la ciudadana Mildred Samary Quesada Toledo intervino igualmente en el trámite de esta acción constitucional concluyendo que la providencia del 3 de

agosto de 2015, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, ha “(...) *incurrido en una vía de hecho judicial por desconocimiento del precedente judicial y por desconocimiento del alcance de la norma jurídica en la que se apoya (...)*”.

Considera que en el caso bajo estudio se demostró que tanto el municipio de Neiva, como la Lotería de Huila y Aguas del Huila abrieron cuentas de ahorro en el Banco Finandina, lo que significa que celebraron contratos con dicha institución financiera, lo cual, en su sentir, “(...) *obligaba al fallador a estudiar la causal de anulabilidad, desde el punto de vista de la intervención en la celebración del contrato, cargo que, como oportunamente lo alegué, además de aceptarlo la propia Sala en su Sentencia, NO FUE FORMULADO por el actor en su escrito de demanda (...)*”. Lo anterior, señala la ciudadana, de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado.

La decisión judicial impugnada, entonces, no respetó el precedente judicial que señala “(...) *hasta donde puede inhabilitarse un candidato por gestionar negocios y a partir de qué momento, se inhabilita por celebrar contratos, conductas abiertamente autónomas e independientes que solamente pueden estudiarse por el Juez o Magistrado, si en la demanda electoral aparecen formuladas de manera clara y precisa en el escrito de demanda de Nulidad Electoral (...)*”.

De otro lado, la ciudadana resalta que se generó una vía de hecho por valoración indebida del material probatorio en la medida en que:

“(...) el fallo se sustenta en una prueba inexistente, la cual, en sentir del Despacho, comprueba la gestión desplegada por ANA MARÍA RINCÓN frente al Municipio de Baraya – Huila, lo que NO ES CIERTO, pues, si se observan detenidamente los folios 469 y 470 del expediente, se encuentra que, si bien allí aparece un oficio dirigido al Alcalde del Municipio de Baraya-Huila, fechado el 24 de octubre de 2013 y que aparece firmado por ANA MARÍA RINCÓN, también lo es la circunstancia que éste NO PRESENTA CONSTANCIA ALGUNA DE HABER SIDO RECIBIDO POR EL DESTINATARIO. Y al no existir certeza de su entrega, ¿respecto de quién podría endilgarse la supuesta gestión? (...)”.

V.3.- El ciudadano Iván Medina Ninco, tercero con interés en el resultado del proceso

El ciudadano Iván Medina Ninco intervino en la presente acción de tutela presentando escrito radicado el 23 de noviembre de 2015, conocido por el despacho del magistrado sustanciador el 24 de noviembre de 2015, solicitando que se declare “(...) *la improcedencia de la tutela y deniéguese el amparo impetrado (...)*”.

Al respecto, el ciudadano indica frente a la afirmación de la parte demandante consistente en que no existe prueba de la ventaja electoral, que “(...) *además de la demostración de la gestión de negocios no hay que entrar a demostrar influencia alguna en el elector, puesto que la Constitución la presume con el desarrollo de la conducta prohibida (...)*”. Agrega que: “(...) *Debe decirse además que no estamos frente a una gestión, de aquellas que los ciudadanos realizamos en condiciones de igualdad, ante una entidad pública, como cuando solicitamos una línea telefónica, petitionamos un servicio público domiciliario o pagamos un impuesto territorial. No, aquí estamos frente a un negocio que las entidades públicas no están obligadas a realizar con todos en condiciones de igualdad y pueden ser selectivas, al punto que representa un beneficio para quien formule una oferta que resulte seleccionada (...)*”.

En su entender, lo que exige la jurisprudencia es que la gestión sea relevante, potencialmente eficiente y tenga la capacidad de realizar el negocio, a pesar de que no se realice, lo que es diferente de tener que demostrar que la gestión influyó en los electores o desequilibró la contienda electoral.

Conforme a la argumentación expuesta encuentra, entonces, que “(...) *Está plenamente acreditada la ruptura del equilibrio frente a los demás candidatos a la Cámara por el Huila, toda vez que ellos acatando la Constitución se abstuvieron de gestionar negocios ante entidades públicas y tomaron la distancia que la Constitución les exigía en aras de la transparencia y la igualdad (...)*”.

De otro lado, el ciudadano expone que, contraria a la posición del apoderado de la parte demandante, *“(...) de la lectura de los textos dirigidos por ANA MARÍA RINCÓN a las entidades públicas, se concluye que estamos ante una oferta de productos financieros (cuenta de ahorros y CDTs) con valores y tasas específicamente determinadas (...)”*, estableciendo, de los documentos que obran en el expediente, específicamente las oferta de servicios a la entidad Aguas del Huila y al municipio de Baraya (Huila), que se está en presencia de una gestión de negocios realizada en forma directa y escrita por parte de la señora Ana María Rincón Herrera, en su condición de gerente de la oficina del banco Finandina en la ciudad de Neiva (Huila).

Considera que existió ánimo de lucro para un tercero en las gestiones realizadas, esto es, para la institución financiera Finandina y en su opinión *“(...) A pesar de no ser necesario para realizar el tipo de la inhabilidad, esta situación le reportó una ventaja frente a sus competidores, toda vez que mientras ellos se dedicaban a gastar recursos en sus campañas, la señora ANA MARÍA RINCÓN HERRERA trabajaba y se remuneraba gracias a sus buenos contactos con el Estado. (...)”*, sumado al hecho que *“(...) Aunque el texto de la norma no exige la eficacia de la gestión, y la jurisprudencia la define como inhabilidad preventiva, no de resultado, en este caso no solo hubo una evidente gestión de negocios sino que el negocio se concretó, toda vez que se apertura la cuenta de ahorros a nombre de AGUAS DEL HUILA y se depositaron cifras nada despreciables (más de 200 millones de pesos (...))”*.

Finalmente, estima que *“(...) por virtud del lapso establecido en la Carta para la inhabilidad, ésta puede ser cometida por quien no es candidato en estricto sentido, ya que por virtud del artículo 30 de la Ley 1435 de 2011, el período de inscripción o de modificación de las listas de los partidos es inferior a tres (3) meses a la fecha de elección, y la condición de candidato solo se adquiere con la inscripción. (...)”*, para manifestar, frente al caso concreto, que: *“(...) Por tal razón, no sirve de excusa en este caso manifestar que como la representante ANA MARÍA RINCÓN no había presupuestado inicialmente ser candidata, y lo fue en razón de la trágica muerte de su hijo, el exdiputado SERGIO YOUNES, no está sujeta a la inhabilidad alegada, pues no era candidata cuando realizó la gestión de negocios. Recuérdese que en estricto sentido es posible incurrir en la inhabilidad sin ser candidato, por*

cuanto el lapso inhabilitante es muy anterior al período de cierre de las inscripciones y modificaciones de las listas. (...)

La posición anterior es reiterada por el demandante en su escrito de 3 de marzo de 2016¹.

VI.- Impedimentos, recusaciones y designación de conjuces dentro del trámite de esta acción de tutela

VI.1.- Designación de conjuces dentro del trámite de la presente acción de tutela.

Teniendo en cuenta las solicitudes de impedimento de los señores consejeros de Estado, doctores María Elizabeth García González y Guillermo Vargas Ayala y la recusación formulada en contra del suscrito consejero ponente de esta acción constitucional, fue necesario el sorteo de tres (3) conjuces para efectos de integrar en debida forma el quorum para decidir la recusación y las solicitudes de impedimento formuladas, siendo designados los doctores Gustavo Cuello Iriarte, Hernando Yepes Arcila y Eduardo Cifuentes Muñoz.

VI.1.- Impedimento presentado por la Consejera de Estado, doctora María Elizabeth García González.

Mediante escrito del diez (10) de diciembre de dos mil quince (2015), la doctora María Elizabeth García González, Consejera de Estado e integrante de la Sección Primera de la Corporación, le manifestó a la Sala que se encontraba incurso en la causal de impedimento prevista en el artículo 56, numeral 5, del Código de Procedimiento Penal, por cuanto *“(...) me une con el doctor MIGUEL HERNANDO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, apoderado de la parte actora en la acción electoral radicada bajo el núm. 2014-00051-00, proceso dentro del cual se profirió la*

¹ Folios 314-315, Expediente.

sentencia objeto de la acción de tutela de la referencia, una amistad entrañable. (...)”.

Mediante providencia de dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016), la Sala declaró *“(...) fundado el impedimento manifestado por la señora Consejera de Estado doctora María Elizabeth García González, para intervenir en el proceso de la referencia (...)*”.

VI.2.- Recusación presentada por el señor Iván Medina Ninco en contra del Consejero de Estado, doctor Roberto Augusto Serrato Valdés.

El señor Iván Medina Ninco manifestó, a través de escrito radicado el diez (10) de diciembre de dos mil quince (2015), solicitó que el suscrito consejero ponente de esta acción constitucional *“(...) se declare IMPEDIDO para conocer este proceso de tutela (...)”*, invocando para el efecto la causal prevista en el numeral 5 del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, esto es, la existencia de una amistad íntima entre uno de los apoderados de las partes y el funcionario judicial.

El suscrito consejero de Estado, replicó la solicitud presentada por el señor Medina Ninco, manifestando que los hechos expuesto *“(...) no tienen la virtud de acreditar la “amistad íntima” a la que se refiere el artículo 56, numeral 5°, del Código de Procedimiento Penal. (...)”*.

En providencia de dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016), la Sala negó la solicitud de recusación propuesta y ordenó la devolución del expediente al despacho de este consejero, para continuar el trámite de esta acción de amparo constitucional.

VI.3.- Impedimento presentado por el Consejero de Estado, doctor Guillermo Vargas Ayala.

El doctor Guillermo Vargas Ayala, Consejero de Estado e integrante de la Sección Primera de la Corporación, le manifestó a la Sala, en escrito de once (11) de diciembre de dos mil quince (2015), que mantenía una estrecha amistad con el apoderado de la parte actora en la acción de nulidad electoral cuya providencia está siendo cuestionada mediante la presente acción de tutela, por lo que solicitó se le aceptara su impedimento y, en consecuencia, se le separara de su conocimiento.

Mediante providencia de dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016), la Sala declaró “(...) *fundado el impedimento manifestado por señor Consejero de Estado doctor Guillermo Vargas Ayala, para intervenir en el proceso de la referencia (...)*”.

VII.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.

VII.1.- Problema jurídico.

Corresponde establecer a la Sala si se debe conceder el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a elegir y ser elegido y al desempeño de cargos y funciones públicas, consagrados en los artículos 29 y 40 (numeral 1° y 7°) de la Carta Política y, en consecuencia, dejar sin efecto la sentencia de la sentencia de 3 de agosto de 2015, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que declaró la nulidad de la elección de la señora Ana María Rincón Herrera, en el trámite de la acción contencioso administrativa iniciada en ejercicio del medio de control de nulidad electoral identificado con el número 11001-03-28-000-2014-00051-00.

La demandante considera que se le violaron los citados derechos constitucionales por cuanto la providencia impugnada: **(i)** desconoce el precedente del Consejo de Estado relacionado con la interpretación y aplicación de la inhabilidad prevista en el numeral 3° del artículo 179 de la Carta Política; **(ii)** incurre en defecto sustantivo al haber interpretado indebidamente y en forma contraevidente la inhabilidad prevista en la citada norma; y **(iii)** viola directamente la Constitución Política por cuanto, de

un lado, la interpretación y aplicación de la citada causal de inhabilidad que dio la Sección Quinta del Consejo de Estado difiere de la que el constituyente quiso darle y, de otro lado, por haberla interpretado de forma extensiva.

Adicionalmente, la señora Mildred Samary Quesada, en su condición de tercero con interés en el resultado del proceso, considera que la providencia impugnada incurre en defecto fáctico por que se han valorado en forma errónea las pruebas allegados al plenario, cargo que igualmente será estudiado por la Sala.

A fin de resolver lo anterior, resulta pertinente pronunciarse de manera previa sobre: **(i)** la tutela contra providencias judiciales y su evolución jurisprudencial; **(ii)** los requisitos tanto generales como especiales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales; entrando posteriormente a: **(iii)** resolver el caso concreto, previa verificación de la observancia de los requisitos tanto generales como especiales de procedibilidad de la tutela.

(i).- Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Evolución jurisprudencial.

Con ocasión de la tutela instaurada por Nery Germania Álvarez Bello², en un asunto que fue asumido por importancia jurídica, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 19 de junio de 2012, consideró necesario admitir que debe acometerse el estudio de fondo de la acción de tutela cuando se esté en presencia de providencias judiciales, sin importar la instancia y el órgano que las profiera, que resulten violatorias de derechos fundamentales, observando al efecto los parámetros fijados jurisprudencialmente hasta el momento y los que en el futuro determine la Ley y la propia doctrina judicial.

(ii).- Requisitos generales y especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

² Rad.: 2009-01328. Consejera Ponente: Dra. María Elizabeth García González.

Esta Sección adoptó como parámetros a seguir los señalados en la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional, sin perjuicio de los demás pronunciamientos que esta Corporación elabore sobre el tema.

En la referida sentencia la Corte consideró que “(...) *no obstante que la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias es compatible con el carácter de ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales inherente a los fallos judiciales, con el valor de cosa juzgada de las sentencias y con la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público; **ello no se opone a que en supuestos sumamente excepcionales la acción de tutela proceda contra aquellas decisiones que vulneran o amenazan derechos fundamentales** (...)” (Negrilla fuera del texto).*

Por lo anterior, y con el fin de hacer operante la nueva posición jurisprudencial, estableció como **requisitos generales de procedibilidad** de esta acción constitucional, cuando se dirige contra decisiones judiciales, los siguientes:

1. Que el asunto objeto de debate sea de **evidente relevancia constitucional**.
2. Que se haya hecho **uso de todos los mecanismos de defensa judicial** - ordinarios y extraordinarios- de que disponga el afectado, **salvo** que se trate de evitar un **perjuicio iusfundamental irremediable**.
3. Que se cumpla el requisito de la **inmediatez**. Así, la tutela debe haber sido interpuesta en un término razonable y proporcionado desde el momento de ocurrencia de la vulneración del derecho fundamental.
4. Cuando se trate de una **irregularidad procesal que tenga un efecto decisivo en la sentencia objeto de controversia y que afecte los derechos fundamentales de la parte actora**.
5. Que quien solicita el amparo tutelar **identifique debidamente los hechos que generaron la vulneración** y los derechos afectados y que **hubiere alegado tal vulneración dentro del proceso judicial**, siempre que ello hubiere sido posible.
6. Que **no se trate de sentencias de tutela**, por cuanto los debates sobre derechos fundamentales no pueden prolongarse indefinidamente.

Además de estas exigencias, la Corte en la mencionada sentencia C-590 de 2005, precisó que era imperioso acreditar la existencia de unos **requisitos especiales** de procedibilidad, que el propio Tribunal Constitucional los ha considerado como las causales concretas que “(...) *de verificarse su ocurrencia autorizan al juez de tutela a dejar sin efecto una providencia judicial (...)*”.³

Así pues, el juez debe comprobar la ocurrencia de al menos uno de los siguientes defectos:

1. **Defecto orgánico**, que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece, de manera absoluta, de competencia para ello.
2. **Defecto procedimental absoluto**, que tiene lugar cuando el juez actuó al margen del procedimiento establecido.
3. **Defecto fáctico**, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
4. **Defecto material o sustantivo**, que se origina cuando las decisiones son proferidas con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión.
5. **Error inducido**, que se presenta cuando la autoridad judicial ha sido engañada por parte de terceros y ese engaño lo llevó a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales.
6. **Decisión sin motivación**, que tiene lugar cuando el funcionario judicial no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión, pues es en dicha motivación en donde reposa la legitimidad de sus providencias.
7. **Desconocimiento del precedente**, que se origina cuando el juez ordinario, por ejemplo, desconoce o limita el alcance dado por esta Corte a un derecho fundamental, apartándose del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.
8. **Violación directa de la Constitución.**

De lo expuesto, la Sala advierte que cuando el juez constitucional conoce una demanda impetrada en ejercicio de la acción de tutela y en la que se alega la vulneración de derechos fundamentales con ocasión de la expedición de una providencia judicial, en primer lugar, debe verificar la ocurrencia de los requisitos generales y, luego de encontrarlos satisfechos, examinar si en el caso objeto de

³ Sentencia T-619 de 2009, Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio.

análisis se presenta uno de los defectos especiales ya explicados, permitiéndole de esta manera “*dejar sin efecto o modular la decisión*” (Sentencia T- 225 del 23 de marzo de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo) que se encaje en dichos parámetros.

(iii).- El caso concreto

VII.1.- La Observancia de los requisitos generales.

Resulta evidente la **relevancia constitucional** del caso bajo estudio pues se denuncia que la providencia judicial impugnada proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, violó el derecho al debido proceso (Artículo 29 de la C.P.), el derecho a elegir y ser elegido (Artículo 40, numeral 1°, de la C.P.) y el derecho al desempeño de funciones y cargos públicos (Artículo 40, numeral 7°, de la C.P.), violaciones que explicó ampliamente la demandante y que encuadró en el desconocimiento del precedente judicial, el defecto sustantivo y en la violación directa de la Constitución, los cuales han sido previstos como defectos cuya configuración permite la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

No cabe duda que se ha cumplido con el requisito de la **inmediatez** en la medida que han transcurrido menos de seis (6) entre la fecha en que la decisión judicial fue proferida (3 de agosto de 2015) y la presentación de la solicitud de amparo constitucional (13 de octubre de 2015)⁴.

No se está ventilando la presencia de una irregularidad procesal que tenga un efecto decisivo en la decisión controvertida y el demandante ha identificado debidamente los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados, agregando que la vulneración que se le endilga a las providencia impugnada no pudo haber sido discutida en la acción contencioso administrativa en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, en la medida en que es una decisión que se

⁴ Fol. 1, Expediente. Constancia de radicación de la solicitud de amparo constitucional.

profiere en única instancia, al tenor de lo previsto en el artículo 149 (numeral 3°) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

No se impugna una sentencia de tutela e igualmente hay que advertir que frente a la decisión judicial que se enjuicia no era posible interponer recurso extraordinario de revisión, en la medida en que no se configura ninguna de las causales para su interposición.

Cumplidos están, en criterio de la Sala, los requisitos generales de procedencia de la tutela en contra de providencias judiciales.

VII.2.- Observancia de los requisitos especiales de procedencia. El desconocimiento del precedente jurisprudencial, el defecto sustantivo, la violación directa de la Constitución y el defecto fáctico.

VII.2.1.- Desconocimiento del precedente jurisprudencial

La demandante considera que la providencia judicial impugnada vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso (Artículo 29 de la C.P.), a elegir y ser elegido (Artículo 40, numeral 1°, de la C.P.) y al desempeño de funciones y cargos públicos (Artículo 40, numeral 7°, de la C.P.) pues desconoció el precedente jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado frente al alcance de la inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 179 de la Carta Política relativa a la intervención en la gestión de negocios.

Esta Sala⁵ ha caracterizado el defecto por desconocimiento del precedente jurisprudencial en la siguiente forma:

*“(…) **Desconocimiento de Precedente Jurisprudencial.** La Corte Constitucional ha desarrollado ampliamente el concepto de precedente judicial, definiéndolo así:*

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, Bogotá, D.C., cinco (05) de febrero de dos mil quince (2015), Radicación número: 11001-03-15-000-2014-01864-01(AC), Actor: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, Demandado: CONSEJO DE ESTADO - SECCION QUINTA

“(...) conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia.” (negrilla fuera de texto original)

Así las cosas, la aplicación del precedente judicial en un caso determinado, busca asegurar la eficacia de los principios y derechos fundamentales a la igualdad, la buena fe, la seguridad jurídica y la confianza legítima que, a su vez, garantizan la protección del debido proceso y el acceso efectivo a la Administración de Justicia.

Lo anterior encuentra su fundamento en el criterio desarrollado por la Corte Constitucional, según el cual la actividad interpretativa que se realiza con fundamento en el principio de la autonomía judicial, está supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, lo que supone, necesariamente que, en casos análogos, los funcionarios judiciales se encuentran atados en sus decisiones, por la regla jurisprudencial que, para el asunto concreto, se haya fijado por el funcionario de superior jerarquía (precedente vertical) o por el mismo juez u órgano de similar jerarquía (precedente horizontal).

En efecto, la Corte Constitucional en sentencia T-457 de 2008, indicó que:

“En relación a la aplicación del precedente, esta Sala de Revisión en sentencia T-158 de 2006 señaló: “Por ello, la correcta utilización del precedente judicial implica que un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación.” (negrilla fuera de texto original)

Sin embargo, la misma Corte ha indicado que, salvo en materia constitucional, cuya doctrina es obligatoria, la regla del respeto del precedente no es absoluta, debido a que la interpretación judicial no puede tornarse inflexible frente a la dinámica social, ni petrificarse, o convertirse en el único criterio tendiente a resolver una situación concreta.

Lo anterior, se traduce en el reconocimiento de un conjunto de supuestos en los cuales resulta legítimo apartarse del precedente judicial vigente, desarrollados jurisprudencialmente y recogidos en pronunciamientos

anteriores de la Sala , a saber: (i) la disanalogía o falta de semejanza estricta entre el caso que origina el precedente y el que se resuelve con posterioridad; (ii) una transformación significativa de la situación social, política o económica en la que se debe aplicar la regla definida con anterioridad con fuerza de precedente; (iii) un cambio en el orden constitucional o legal que sirvió de base a la toma de las decisiones adoptadas como precedentes; (iv) la falta de claridad o consistencia en la jurisprudencia que debe ser tomada como referente, y, (v) la consideración que esa jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico.

En efecto, la Sala ha reconocido que, “en los eventos referidos, el juez que se separa del precedente asume una especial carga de argumentación, en virtud de la cual debe exponer, de manera clara, razonada y completa, las razones en las que fundamenta el cambio de posición jurisprudencial”, para lo cual resulta obligatorio referirse a éste –al precedente-, analizarlo respecto del caso concreto y fundamentar con suficiencia los motivos y las normas en que se sustenta la decisión de apartarse.

Así las cosas, y como lo ha sostenido la Sala, sólo el desconocimiento injustificado de un precedente es el que da lugar a la configuración del defecto de desconocimiento de precedente judicial, como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. (...)

Los precedentes que el demandante considera han sido desconocidos son los contenidos en las sentencias C-903 de 2008 y SU 339 de 2012 proferidas por la Corte Constitucional, así como las sentencias de 8 de octubre de 1996⁶, 28 de noviembre de 2000⁷, 22 de octubre de 2002⁸, 10 de diciembre de 2002⁹, 10 de marzo de 2005¹⁰, 27 de junio de 2006¹¹, 21 de abril de 2009¹², 1 de noviembre de 2010¹³, 13 de diciembre de 2010¹⁴ y 5 de marzo de 2012¹⁵ proferidas por el Consejo de Estado y el concepto de 30 de abril de 2015 de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta misma Corporación.

⁶ Expediente No. AC 3864, C.P. Juan Alberto Polo F.

⁷ Expediente No. AC 11349, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

⁸ Expediente No. 11001-03-15-000-2002-00504-01 (P.I. – 046), C.P. Ligia López Díaz.

⁹ Expediente No. 2002-1027 (P.I.-055), C.P. Germán Ayala Mantilla.

¹⁰ Expediente No. 2003-01133. C.P. María Nohemí Hernández Pinzón.

¹¹ Expediente No. 11001-03-15-000-2005-01331, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹² Expediente No. 2007-00581, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹³ Expediente No. 63001-23-31-000-2011-00311-01, C.P. Mauricio Torres Cuervo.

¹⁴ Expediente No. 17001-23-31-000-2009-00077-01.

¹⁵ Expediente No. 2010-00025, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

Inicialmente para la Sala resulta pertinente ilustrar el concepto de precedente, entendiendo por éste, siguiendo para el efecto a la Corte Constitucional, “(...) *aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso. (...)*”¹⁶, señalando dicha Corporación, los criterios a tener en cuenta para su identificación, así:

“(...) Esta noción ha sido adoptada en sentencias como la T-794 de 2011¹⁷, en la que la Corte indicó los siguientes criterios a tener en cuenta para identificar el precedente:

“(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente”¹⁸(...)”¹⁹

Para efectos del análisis del defecto relacionado con el desconocimiento del precedente jurisprudencial deben tenerse en cuenta las diferencias que existen entre los medios de control de pérdida de investidura y nulidad electoral, toda vez que la mayoría de decisiones judiciales que el demandante estima que fueron desconocidas fueron dictadas en procesos en donde el medio de control ejercido fue el de pérdida de investidura y no el de nulidad electoral.

En tal sentido, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo²⁰ precisó las diferencias entre estos dos medios de control, así:

“(...) 4.6. La inexistencia de cosa juzgada vis a vis la acción de nulidad electoral fallada por la Sección Quinta de la Corporación en sentencia de 21 de septiembre de 2011, que tuvo por fundamento idéntica causal de inhabilidad.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-831 de 2012.

¹⁷ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁸ Cfr. sentencia T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio. Ver también las sentencias T-1317 de 2001. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y T-292 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-831 de 2012.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejera Ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO, Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil quince (2015), Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00059-00(PI), Actor: JULIO CESAR ORTIZ GUTIERREZ

(...)

En efecto, la Sala considera que el fenómeno de la cosa juzgada no se configura en el caso concreto pues, como lo han puesto de presente tanto esta Corporación como la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, el objeto de la acción de pérdida de investidura es esencialmente distinto al que fue abordado en la aludida sentencia, de modo que así resulten coincidentes las causales que fundamentan ambos medios de control, lo cierto es que las referidas acciones –la de nulidad electoral y la de pérdida de investidura– son distintas en cuanto al objeto del que se ocupan y las finalidades que persiguen, circunstancia que impide la configuración de la cosa juzgada.

La Sala Plena Contencioso Administrativa del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de precisar las diferencias que existen entre la acción de nulidad electoral y la acción de pérdida de investidura en relación, precisamente, con su causa y objeto. Así, ha dicho que mientras en la primera el objeto es la revisión de la validez del correspondiente acto administrativo electoral, y la protección del ordenamiento jurídico su causa; en la segunda se busca, en contraste, establecer la viabilidad de un juicio sobre las inhabilidades, las incompatibilidades y los comportamientos de quienes ejercen la labor de congresistas –lo que constituye su objeto– con miras a salvaguardar la integridad de las corporaciones públicas –que es su causa–. Al respecto se dijo en la sentencia del 8 de febrero de 2011:

“A juicio del actor... la declaración de nulidad del acto de elección se equipara a la declaración de pérdida de investidura y, por lo mismo, se convierte en la causal de inhabilidad materia de examen, en la medida en que ambas tienen como efecto el que el congresista deje de ejercer su cargo. En otros términos, asimila el objeto, fines y efectos del juicio electoral con los del de pérdida de investidura, para concluir que el señor... estaba inhabilitado al momento de postularse como congresista, por habersele declarado la nulidad de su elección como Diputado a la Asamblea Departamental del Tolima.

Para la Sala tal argumentación jurídica no resulta acertada, pues desconoce claramente el objeto, los fines y los efectos de estos dos medios de control judicial, que determinan que la declaratoria de nulidad del acto electoral no implica per se que la persona afectada con esa decisión pierda la investidura del cargo materia de la elección anulada.

En tratándose de los congresistas -e incluso de otros servidores elegidos por voto popular- es cierto que algunas de las causales de pérdida de investidura de las mismas enumeradas en el artículo 183 de la Constitución Política -o en las leyes en relación con esos servidores-, son también causales de nulidad de los actos administrativos de carácter electoral (arts. 223 y 228 C.C.A.), pero no por ello puede decirse válidamente que el juicio electoral y el de pérdida de investidura persigan fines iguales.

De ahí que esta Corporación ha manifestado que por los mismos hechos, situaciones o circunstancias constitutivas de las inhabilidades indicadas en el artículo 179 de la Carta Política "... es posible adelantar procesos de nulidad de la elección y de pérdida de investidura, pues los dos, dadas sus diferencias, finalidades, los procedimientos consagrados para el uno y el otro, los jueces competentes para adelantarlos, no se excluyen entre sí..."²¹.

En efecto, en el proceso de nulidad electoral se enjuicia la validez del acto de elección para preservar la legalidad y la pureza del sufragio y, por ende, busca su desaparición en caso de que no se encuentre conforme a la Constitución y a la ley. En otros términos, se cuestiona la legalidad del acto que permitió el acceso a la dignidad de parlamentario, acto que mientras no haya decisión judicial en contrario, está revestido de la presunción de validez.

A su turno, en el proceso de pérdida de investidura, por ejemplo, de los congresistas, se juzga su conducta de acuerdo con determinadas causales establecidas en la Carta Política para exigir su responsabilidad y lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes vayan a ingresar o se encuentren desempeñando el cargo. Es decir, consiste en verificar si el congresista se encuentra o no incurso en una de aquellas conductas reprobadas por el constituyente para ejercer el cargo y en consecuencia, determinar si se le despoja de esa calidad con efectos intemporales y permanentes, de manera que el objeto, su petitum y los efectos del pronunciamiento son diferentes a los del proceso de nulidad del acto electoral.

Así, en jurisprudencia reiterada, la Corporación ha señalado que la pérdida de investidura implica en el fondo una sanción por conductas asumidas por la persona del congresista que lo priva de esa condición, mientras que el juicio electoral lo que pretende es definir si la elección y la condición de congresista son legítimas o,

²¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 20 de marzo de 2001, Exp. AC-12157.

si por el contrario, en el caso de que existan motivos para su anulación, son legítimas [22]23.

En términos coincidentes se ha pronunciado la Corte Constitucional, quien ha precisado que, aunque la acción de pérdida de investidura puede fundamentarse en las mismas causales que eventualmente se aleguen como sustento de la acción de nulidad electoral, ello no implica que se trate de medios de control que versen sobre un mismo objeto y causa, pues lo cierto es que persiguen finalidades diversas, lo que impide la configuración del fenómeno de cosa juzgada entre ellas.

Particularmente ilustrativa resulta la sentencia SU-399/12 (M.P. Humberto Sierra Porto) en la cual la Sala Plena de la Corte Constitucional consignó un minucioso y detallado estudio acerca de esta temática que por su relevancia para el caso presente, resulta pertinente transcribir, como sigue:

“...la acción electoral y la pérdida de investidura de congresistas tienen objetos, finalidades y ciertas particularidades especiales que las diferencian, a pesar de que pueden afectar a una misma persona o miembro del Congreso de la República.

En efecto, mientras que la acción electoral se orienta a preservar la pureza del sufragio y al mantenimiento de la legalidad de los actos de elección de los congresistas, mediante la imposición de unos requisitos que debe cumplir quien pretenda ser elegido en el órgano legislativo, que actúan como causales de inelegibilidad, la acción de pérdida de investidura, tiene como finalidad sancionar al elegido por la incursión en conductas que contrarían su investidura, como lo son la trasgresión del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses. Ahora bien, la acción electoral tiene una caducidad de 20 días y la acción de pérdida de investidura no tiene término de caducidad. La acción electoral se tramita por el proceso previsto en los artículos 223 y siguientes del C.C.A. y la pérdida de investidura sigue el trámite regulado en la Ley 144 de 1994.

²² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 8 de septiembre de 1992, Exp. AC-175, reiterada en las Sentencias de 5 de marzo de 2002, Exp. 11001031150002001019901, 21 de mayo de 2002, Expediente n.º 11001-03-15-000-2002-0042-01-039, 21 de abril de 2009, Exp. PI n.º 11001-03-15-000-2007-00581-01-00, entre otras.

²³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de febrero de 2011, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Radicación N° 11001-03-15-000-2010-00990-00 (acumulados), Actores: César Julio Gordillo Gómez y Pablo Bustos Sánchez, Demandado: Rubén Darío Rodríguez Góngora.

Del mismo modo, de configurarse la causal que originó la acción electoral, la Sección Quinta del Consejo de Estado en un proceso que se surte en única instancia decreta la nulidad del acto de elección del miembro del Congreso de la República. De configurarse igualmente la causal que fundamentó la acción de pérdida de investidura, la Sala Plena del Consejo de Estado en un proceso de única instancia, declara la pérdida de investidura del Senador o del Representante a la Cámara. La nulidad del acto de elección del congresista tiene efectos retroactivos, es decir, desde el propio acto de elección, lo que no es óbice para que la persona a quien se le anuló la elección, pueda volver a presentarse como candidato a la Cámara de Representantes o al Senado de la República, lo que no ocurre cuando se ha declarado la pérdida de investidura, en razón a que queda imposibilitado definitivamente para presentarse como candidato y en consecuencia para ser elegido miembro del Congreso de la República en calidad de Representante a la Cámara o Senador de la República.

En suma, las diferencias notorias entre una y otra acción, empezando por el objeto, la finalidad, el trámite que sigue el proceso, el juez natural encargado de definir las y las consecuencias y efectos especiales, muestran, la independencia y autonomía de la acción electoral, frente a la acción de pérdida de investidura de congresistas.

Ahora bien, al verificar el contenido de los artículos 179 y 183-1 de la Constitución, se advierte que coinciden algunas de las causales que pueden fundamentar una solicitud de nulidad del acto de elección de un congresista, con las causales de pérdida de investidura del mismo. Por esta razón, enseguida pasa la Sala a verificar el alcance del contenido de las disposiciones a ese respecto, con la finalidad de establecer si pueden producir efectos de manera independiente dos fallos emitidos por la Sección Quinta del Consejo de Estado al definir una acción electoral y, por la Sala Plena de esa Corporación al resolver una acción de pérdida de investidura, las cuales pueden fundamentarse, se insiste, en idéntica causal de inhabilidad y presentarse por el mismo demandante, en contra del mismo demandado. Además, si la autonomía de los efectos de los fallos así adoptados, está supeditada a la aplicación de la institución de la cosa juzgada.

5.4. La autonomía e independencia de las acciones electorales y la pérdida de investidura de los Congresistas, hace que los fallos proferidos tengan sus propios efectos, a pesar de que dichas acciones puedan fundarse en la misma causal de inhabilidad (arts. 179 y 183 C.P.)

En el artículo del 179 de la Constitución se establecen las causales de inhabilidad o de inelegibilidad de los congresistas. En el numeral 3º de la citada normativa, se dispone que no podrán ser congresistas “Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección”.

Por su parte, en el artículo 183 de la misma normativa constitucional, se regulan las causales de pérdida de investidura, dentro de las cuales se estipulan la violación del “régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses (...)”.

De los anteriores preceptos se infiere que las inhabilidades que constituyen el fundamento para impugnar los actos de elección de los congresistas mediante la acción electoral, también constituyen causales de pérdida de investidura de los miembros del Congreso de la República.

En consecuencia, puede presentarse acción electoral contra el acto de elección de un Representante a la Cámara o de un Senador de la República con base en la trasgresión del régimen de inhabilidades dispuesto para esta clase de servidores públicos de elección popular, y al mismo tiempo acudirse en acción de pérdida de investidura con fundamento en la vulneración de dicho régimen.

Surgen entonces las cuestiones relacionadas con la garantía del non bis in ídem, los efectos de la cosa juzgada e incluso la eventual prejudicialidad entre los procesos de nulidad electoral y de pérdida de investidura, cuando se adelantan contra un mismo sujeto por una idéntica causal de inhabilidad, respecto de los cuales ya se ha pronunciado esta Corporación.

En efecto, mediante la sentencia C-507 de 1994 se ejerció control de constitucionalidad por vía de demanda ciudadana sobre apartes de los artículos 227 y 228 del Decreto Ley 01 de 1984 (C.C.A.) que en sentir del actor desconocían lo dispuesto en los artículos 29, 183-1 y 184 de la Constitución. En opinión del demandante la violación del régimen de inhabilidades debía fungir exclusivamente como causal de pérdida de investidura de congresistas, por lo tanto al estar prevista en los apartes demandados como causales de nulidad electoral se trasgredía los artículos 183-1 y 184 constitucionales. Por estas mismas razones, a juicio del actor, se vulneraba también la garantía de non bis in ídem (art. 29 C.P.) porque una misma persona podía ser juzgada dos veces por los

mismos hechos, en un proceso de nulidad electoral y en un proceso de pérdida de investidura.

La Sala Plena de esta Corporación desestimó los cargos y en consecuencia los apartes demandados fueron declarados exequibles, con fundamento en las siguientes razones:

“Tercera.- No se trata realmente de dos juicios idénticos

Lo primero que cabe observar es la diferencia prevista entre la acción encaminada a conseguir la declaración de nulidad de la elección y el proceso en el cual se pide que se decrete la pérdida de la investidura, con fundamento en el artículo 184 de la Constitución. Tal diferencia está explicada en la jurisprudencia del H. Consejo de Estado citada por el Procurador General de la Nación, cuya tesis la Corte comparte:

"La Sala considera, en acuerdo con la distinguida Procuradora Delegada, que no son, el juicio que se adelanta para decretar la pérdida de investidura de un congresista -con fundamento en el artículo 184 de la Carta- y el juicio electoral que pretende la nulidad de su elección- aunque se refieran a una misma persona- juicios idénticos, fundados en los mismos hechos y con igualdad de causa. En efecto la pérdida de investidura implica en el fondo una sanción por conductas asumidas por la persona del Congresista que lo priva de esa condición que una vez fue poseída por él; al paso que el juicio electoral lo que pretende es definir si la elección y la condición de Congresista son legítimas, o si por el contrario, en el caso de que existan motivos para su anulación, son ilegítimas. Quiere decir lo anterior que en el primer caso, lo que se juzga es la ruptura del pacto político existente entre el elector y el elegido, elemento fundamental de la democracia representativa; cuando el candidato se presenta ante el electorado hace una declaración, a veces implícita, de no estar incurso en causal de inhabilidad, que impida su elección; si tal declaración no resulta cierta, el elegido, en este caso el Congresista, viola dicho pacto político, caso en el cual procede, por mandato de la Constitución, la pérdida de la investidura cuya finalidad es preservar la legitimidad de las instituciones de la sociedad política, sin perjuicio de las consecuencias personales que el decreto de la medida acarrea de conformidad con el artículo 179, numeral 4 de la Constitución Política. En el segundo caso, en cambio, se cuestiona la legalidad de los actos que permitieron el acceso del congresista a esa condición y si estos se declaran nulos, ello equivale a que nunca se tuvo acceso legítimamente a la referida investidura". (Cfr. Sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena, septiembre 8 de 1992).

No sobra advertir que la acción de nulidad consagrada por las normas demandadas, tienen sustento en los siguientes artículos de la Constitución, en principio: 40, numeral 6; 89; 236; 237, numeral 1; y, 238.

Finalmente, debe recordarse que las sentencias correspondientes a los dos procesos, tienen efectos diferentes”.

En este orden, de acuerdo a la sentencia citada, la acción electoral y la pérdida de investidura, a pesar de poderse iniciar en contra de la misma persona, con base en la misma causal de inhabilidad, tienen autonomía e independencia, habida cuenta que no se trata de juicios idénticos, fundados en la misma situación fáctica y con igualdad de causa.

Fue por ello que en la aludida sentencia, respecto del cargo relacionado con la vulneración de la garantía dispuesta en el artículo 29 Constitucional, que prohíbe juzgar a una persona dos veces por el mismo hecho (non bis in idem), con la posibilidad que se tiene de acudir a las citadas acciones con base en idéntica causal para buscar, tanto el examen de la legalidad del acto de elección, así como el examen de la actuación del congresista, la Corte Constitucional sostuvo que esa garantía constitucional no se vulnera.

De acuerdo a lo anotado, la autonomía e independencia como criterios originados en que los juicios no son idénticos, basados en hechos similares y con igualdad de causa, así como en los diferentes efectos de los fallos emitidos, hacen que la acción electoral y la acción de pérdida de investidura contra congresistas puedan fundarse en la misma causal de inhabilidad (arts. 179 y 183-1 C.P), sin que se vulnere el non bis in idem o prohibición de juzgamiento de una persona por los mismos hechos, pues esta garantía constitucional integrante del debido proceso, se salvaguarda, aplicando la institución de la cosa juzgada, siguiendo las aludidas reglas jurisprudenciales.

Cabe tener en cuenta que se trata además de órganos distintos, pues la sentencia de nulidad electoral es proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado y la de pérdida de investidura por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la misma Corporación, los cuales realizan juicios diferentes sobre los mismos hechos, uno sobre la legalidad de la elección y otro de carácter sancionatorio sobre la conducta desplegada por el congresista. Por lo tanto la falta de

identidad en torno a la interpretación de la causal de inhabilidad y sobre la calificación de los hechos sometidos a análisis judicial no conduce ineludiblemente a que la decisión que sea menos favorable a los intereses del congresista o ex congresista haya incurrido en defectos que puedan ser atacados en sede de tutela.”

*Así las cosas, en razón de las diferencias existentes entre las causas y objetos de ambas acciones, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo **ha dicho que no se configura el fenómeno de la cosa juzgada –ni se viola el principio de non bis in idem– cuando, en sede de la acción de pérdida de investidura, se analiza el caso relacionado con un congresista cuya elección ya fue demandada y juzgada por la Sección Quinta en sede de la acción de nulidad electoral, sin que para el efecto sea relevante el hecho de que en ambos casos –en la nulidad y en la pérdida de investidura– el análisis de juridicidad se haga con base en las mismas causales de inhabilidad. (...)*** (Subrayado y resaltado fuera de texto).

Así, las sentencias de 8 de octubre de 1996²⁴, 28 de noviembre de 2000²⁵, 22 de octubre de 2002²⁶, 10 de diciembre de 2002²⁷, 27 de junio de 2006²⁸ y 21 de abril de 2009²⁹, como la sentencia de 18 de noviembre de 2008, Expediente No. 110010315000 2008 00316-00, C.P. Mauricio Torres Cuervo, citada por el tercero con interés en el resultado del proceso, ciudadana Mildred Samary Quesada Toledo³⁰, fueron sentencias proferidas en ejercicio del medio de control de pérdida de investidura, que difiere, como lo explicó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del medio de control (en vigencia del Código Contencioso Administrativo, se denominaba acción) de nulidad electoral y, en dicha medida, si bien es cierto que tratándose de congresistas, algunas de las causales de pérdida de investidura de dichos servidores públicos son también causales de nulidad de los actos administrativos de carácter electoral, “(...) *no por ello puede decirse válidamente que el juicio electoral y el de pérdida de investidura persigan fines iguales. (...)*”, lo que no permite que sean tenidas en cuenta dichas decisiones judiciales en el análisis de violación del precedente

²⁴ Expediente No. AC 3864, C.P. Juan Alberto Polo F.

²⁵ Expediente No. AC 11349, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

²⁶ Expediente No. 11001-03-15-000-2002-00504-01 (P.I.-046), C.P. Ligia López Díaz.

²⁷ Expediente No. 11001-03-15-000-2002-01027-01 (P.I.-055), C.P. Germán Ayala Mantilla.

²⁸ Expediente No. 11001-03-15-000-2005-01331-00, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

²⁹ Expediente No. 11001-03-15-000-2007-00581-00, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁰ El objeto de dicha sentencia es resolver la demanda interpuesta en ejercicio de la “(...) *la acción de pérdida de investidura contra el senador Jorge Enrique Gómez Montealegre, quien fue llamado por la Mesa Directiva del Senado de la República para ocupar una curul por el Movimiento Colombia Viva para el periodo 2006 a 2010; por considerar que está incurso en la causal de inhabilidad señalada en los respectivos numerales 3° de los artículos 179 de la C.P. y 280 de la Ley 5ª de 1992. (...)*”.

judicial toda vez que la diversidad de objeto y finalidad entre las dos acciones indudablemente implica que no existan problemas jurídicos semejantes que permitan aplicar la regla fijada en la “*ratio decidendi*” de dichas sentencias para resolver la controversia.

Cabe adicionar, frente al fundamento general de la nulidad, que: “(...) *esta obedece ante todo a la sujeción de todos los actos de las autoridades públicas al principio de legalidad, y en ese contexto, al carácter unitario del ordenamiento jurídico, que hace que tienda a expulsar toda norma o disposición que le sea incongruente o incompatible, lo cual se manifiesta en la jerarquización de las normas y demás elementos que componen dicho ordenamiento, partiendo de la Constitución como primer o supremo nivel jerárquico, de modo que, en voces de la Corte Constitucional, “Las de inferior categoría, deben resultar acordes con los superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento, que garantiza su coherencia interna” (...)*”³¹, lo que implica que en las acciones de nulidad se demanda la absoluta sujeción de la administración al parámetro legislativo y, por ello, se exige un juicio intenso sobre la actuación vigilada, restringiéndose el ejercicio hermenéutico. Es lo que sucede en la acción de nulidad electoral, que al ser “(...) *modalidad de la acción de nulidad (...)*”³², restringe el ejercicio interpretativo a la verificación de la conformidad, congruencia y compatibilidad de los actos administrativos enjuiciados con el ordenamiento jurídico, **sin que se juzgue el comportamiento de las personas elegidas.**

Se advierte adicionalmente frente a la decisión judicial citada por la ciudadana Mildred Samary Quesada Toledo, que interviene en esta acción de tutela como tercero con interés en el resultado del proceso, a la que se hizo referencia anteriormente, que en su concepto fue desconocida y de la cual concluye que “(...) *Como puede observarse, la supuesta gestión desplegada por ANA MARÍA frente a AGUAS DEL HUILA, culminó en la apertura de una cuenta bancaria, **es decir, que se celebró un contrato, luego era incuestionable que el cargo***

³¹ BERROCAL GUERRERO, Luís Enrique. MANUAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO, Séptima Edición. Bogotá D.C.: LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA, 2016. Pág. 546.

³² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA, Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO, Bogotá D.C., primero (1) de noviembre de dos mil doce (2012), Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00086-00, Actor: ROBERTO HERRERA DIAZ Y OTROS

respecto de esta situación específica, debió ser analizado bajo la óptica de la INTERVENCIÓN EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS, cargo que por no aparecer formulado en la demanda electoral, NO podía ser estudiado (...)”, es necesario señalar que ya en otras oportunidades y al estudiar una demanda en ejercicio de la acción de nulidad electoral en contra de un representante a la cámara³³, la Sección Quinta del Consejo de Estado ha procedido al estudio de fondo de la **inhabilidad por gestión de negocios ante entidades públicas** a pesar de que indique que la gestión haya implicado la celebración de un contrato (segundo supuesto del artículo 179, numeral 3°, de la Carta Política). Al respecto, dicha Sección manifestó:

*“(…) Como reiteradamente lo ha considerado la jurisprudencia, la estructuración de este motivo de inhabilidad requiere que se acredite, durante los 6 meses previos a la elección, la participación activa del demandado a través de **diligencias conducentes al logro** de un negocio que le reporte beneficios a él o a un tercero, bien de carácter lucrativo, bien de índole extrapatrimonial, y ante entidades públicas -independientemente del orden de éstas-, pero siempre acaecidas en el marco de la circunscripción en la que ha de surtirse la elección.*

Es necesario precisar que la gestión de negocios a la que se refiere la norma no necesariamente exige para su configuración que las diligencias que efectivamente se hayan concluido en la suscripción del contrato o celebración del negocio, pues lo relevante de la prohibición es evitar, impedir la ventaja electoral que a un aspirante, en este caso a la Cámara de Representantes, puede derivarle el hecho de participar en tales asuntos (independientemente de su resultado), por la cercanía que le confiere a los elementos de poder frente a los demás candidatos que no tienen las mismas posibilidades para relacionarse con el sector oficial, y lo que de ello puede trascender a la comunidad electora³⁴.

En el sub iudice el demandante considera que se configuró intervención en gestión de negocios debido a que el demandado, actual Representante a la Cámara, dentro de los 6 meses anteriores a la elección “gestionó el contrato a nombre de un tercero” al haber participado como “verdadero contratista” en la ejecución del contrato interadministrativo No. 0015 de 25 de enero de 2013³⁵ **y en especial del**

³³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA, Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA, Bogotá D.C., quince (15) de abril de dos mil quince (2015), Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00021-00, Actor: SERGIO DAVID BECERRA BENAVIDES, Demandado: REPRESENTANTE A LA CAMARA POR EL DEPARTAMENTO DEL AMAZONAS.

³⁴ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia. Sentencia del 13 de septiembre de 2007. Exp. N° 11001-03-28-000-2006-00045-00(3979-3986) Actor: Humphrey Roa Sarmiento y Otro. Demandado: Representantes a la Cámara por el Departamento de Boyacá.

³⁵ Suscrito entre la Gobernación del departamento del Amazonas (Secretaría de Salud Departamental) y el Hospital San Rafael de Leticia E.S.E. cuyo objeto el desarrollo del “*plan de intervenciones colectivas en municipios y corregimientos del departamentos del Amazonas*” en materia de salud.

contrato sindical No. 0034 de 1º de febrero 2013³⁶, pues intervino en actuaciones cumplidas con tal propósito, aprovechándose de su cercanía con el Gobernador del departamento del Amazonas su cuñado, lo cual le permitió obtener “ventaja sobre sus competidores políticos”, e incluso “aprovechó su posición para ejercer presión entre las personas vinculadas en el contrato para ayudarlo en su campaña política”. Ello por cuanto adelantaba “labores de manejo de personal y de gestión de recursos de ejecución”. (...)

Dichas decisiones relacionadas con el medio de control de pérdida de investidura, entonces, pueden constituir antecedentes, más no precedentes; concepto que ha expuesto la Corte Constitucional³⁷, en la siguiente forma:

*“(...) El primero –**antecedente**– se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho (e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter **orientador**, lo que no significa (a) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo eximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad.*

*Esta noción fue esbozada en la sentencia T-292 de 2006³⁸, en la que la Corte, ante la pregunta de **“¿debe entenderse por precedente cualquier antecedente que se haya fijado en la materia, con anterioridad al caso en estudio?”**, indicó lo que sigue:*

“La respuesta a esta inquietud es negativa por varias razones. La primera, es que no todo lo que dice una sentencia es pertinente para la definición de un caso posterior, como se ha visto (vgr. la ratio es diferente al obiter dicta). La segunda, es que aunque se identifique adecuadamente la ratio decidendi de una sentencia, resulta perentorio establecer para su aplicabilidad, tanto en las sentencias de constitucionalidad como en las de tutela, qué es aquello que controla la sentencia, o sea cual es el contenido específico de la ratio. En otras palabras, si aplica tal ratio decidendi para la resolución del problema jurídico en estudio o no”. (...)

³⁶ Suscrito entre el Hospital San Rafael de Leticia E.S.E. y el Sindicato Gremial de Trabajadores de la Salud del Amazonas en el que se subcontrató la ejecución del precitado contrato interadministrativo.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-831 de 2012.

³⁸ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Ahora bien, la Sentencia de 10 de marzo de 2005³⁹ no guarda identidad con el caso que fue objeto de la decisión impugnada en la presente acción de tutela por cuanto, como la misma parte demandante lo relata se decide “(...) *una demanda de carácter electoral en contra del alcalde del municipio de Tausa (...)*”, esto es, se trata de un servidor público distinto a un congresista, por lo que las circunstancias del caso no son semejantes.

Lo mismo ocurre con la sentencia de 1 de noviembre de 2012, por cuanto el estudio de fondo en dicho caso está relacionado con “(...) *determinar si la demandada está incurso en la prohibición de doble militancia política y, si en razón de ello, se encontraba en una situación de ilegibilidad o de inhabilidad que implique la nulidad de su elección. (...)*”⁴⁰

La Sentencia C-903 de 2008, se pronuncia sobre la constitucionalidad de la expresión “(...) *el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad (...)*” contenida en el inciso 1° del Art. 1° de la Ley 1148 de 2007 y la expresión “(...) *del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad (...)*” contenida en los incisos 2° y 3° del mismo artículo, lo que no guarda identidad con el problema jurídico ni con los hechos que dieron lugar a la sentencia judicial impugnada en esta acción de amparo constitucional.

El mismo fenómeno se presenta con la sentencia “(...) *SU 339 de 2012 (...)*”, por cuanto se evidenció que para el año 2012 se profirió la **sentencia T-339 de 2012** cuya temática resulta ser una “(...) *acción de tutela en contra de la ARP POSITIVA a fin de lograr el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la dignidad humana, a la igualdad, a la seguridad social y al debido proceso administrativo, que estima vulnerados por la entidad accionada (...)*”, que no guarda relación con la temática debatida.

³⁹ Expediente No. 250002324000 2003 01133 01, C.P. María Nohemí Hernández Pinzón.

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejero Ponente: MAURICIO TORRES CUERVO, Bogotá, primero (1°) de noviembre de dos mil doce (2012), Radicación: 630012331000201100311 01.

Para el año 2011, se profirió la sentencia **SU 339 de 2011**, que nada tiene que ver con lo debatido en esta acción constitucional, como lo muestra la misma decisión judicial:

“(...) El Sr. Abuabara Eljaude impetra tutela contra la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial y la Unidad de Administración de la carrera judicial del Consejo Superior de la Judicatura, entidades a las que atribuye la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a cargos y funciones públicas durante el proceso de selección del Director Ejecutivo de administración judicial. Alega que participó en dicho proceso y no fue incluido en la terna elaborada por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, a pesar de reunir los requisitos señalados por el artículo 99 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (en adelante LEAJ), mientras que ninguno de los integrantes de la terna cumple las condiciones legales. Considera, por lo tanto, que al haber sido desplazado por candidatos no aptos para ocupar el cargo fueron vulnerados sus derechos fundamentales. (...)”

La única decisión judicial que tiene elementos coincidentes con el caso que nos ocupa, es la sentencia de 5 de marzo de 2015, proferida en el Expediente No. 1001-03-28-000-2010-00025-00, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, en la cual se decide *“(...) la demanda electoral instaurada por el actor contra la Resolución 1120 de 31 de mayo de 2010 del Consejo Nacional Electoral, en cuanto declaró elegido al demandado como representante a la Cámara por el departamento de Sucre para el período 2010-2014 (...)”*, en la cual se le atribuyó al demandado el haber incurrido en:

“(...) la inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política. En tal sentido, asegura que el segundo intervino en gestión de negocios ante una entidad pública de la misma circunscripción de la elección y dentro de los 6 meses anteriores, pues mientras fue administrador en Sincelejo de la Agencia Vimarco Servicios Generales Ltda., ésta participó en el proceso de selección abreviada para contratar y en efecto suscribió contrato de prestación de servicios de aseo con la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Sincelejo el 30 de septiembre de 2009. (...)”

Sea de paso señalar que esta sentencia fue erróneamente citada por la parte demandante en la medida en que se indicó con respecto a ella que *“(...) Consejo de Estado. Sentencia de 05 de marzo de 2012. Radicado 2010-00025. C.P. Alberto Yepes Barreiro. En esta ocasión, la Sección Quinta negó las pretensiones*

de una solicitud de pérdida de investidura de un representante a la Cámara, al considerar que el demandado no había incurrido en la causal de inhabilidad referente a la intervención en gestión de negocios ante entidades públicas, estipulada en el numeral 3° del artículo 179 de la Constitución Política (...).
(Subrayado y resaltado fuera de texto)

Ahora bien, para determinar si efectivamente la providencia del 3 de agosto de 2015 ha transgredido el precedente judicial del Consejo de Estado relacionado con la interpretación y aplicación de la inhabilidad prevista en el numeral 3° del artículo 179 de la Constitución Política, es necesario establecer cuál fue la interpretación que dicha providencia le dio a la misma. Al respecto la decisión judicial indicó:

(...) 2.3.4. Sobre la causal de inhabilidad de intervención en gestión de negocios con entidades públicas

La gestión de negocios, dentro de la teoría de los negocios jurídicos, se caracteriza por ser un acto libre de obligaciones y derechos para el gestor y el gestionado, ya que no existe contrato alguno que legalizar ni legalizado, esto significa que se queda en el plano de las tratativas precontractuales y prenegociales y, por ende no se requiere la celebración efectiva del negocio, por cuanto lo relevante es la potencialidad que la participación en diligencias ante entidades públicas le otorga al aspirante al Congreso en la obtención de ventajas respecto de los demás candidatos, quienes no tienen la misma oportunidad de tener tratativas o relaciones con entidades públicas.

*La norma constitucional del 179 numeral 3°, en el aparte que ocupa el supuesto fáctico de esta demanda electoral, contiene un aspecto temporal limitado a los seis meses inmediatamente anteriores a la elección; un aspecto material relacionado con la conducta denominada **intervención en la gestión de negocios** y, el sujeto pasivo: **ante autoridades públicas** y finalmente, un aspecto modal o de propósito: **en interés propio o en el de terceros**.*

La configuración de la intervención en la gestión de negocios, requiere que se pruebe la participación del demandado en diligencias conducentes al logro de un negocio con entidad pública que le aporte beneficios a sí mismo o a terceros, patrimoniales o extrapatrimoniales.

Visto las generalidades de la conducta inhabilitante, probatoriamente en el caso concreto, se acreditó lo siguiente:

Sobre el período inhabilitante: contados desde la elección hacia atrás seis meses, se cuenta desde el 9 de marzo de 2014 día en el que se llevaron a

cabo los comicios, es decir, entre el **9 de septiembre de 2013 hasta el 9 de marzo de 2014**.

Sobre la conducta de intervención en gestión:

En este punto la Sala hace claridad en que como la imputación determinada por la demanda y en la fijación del litigio conforme a dicho libelo fue la intervención en gestión de negocios, el estudio se limitará a aquellas tratativas y actividades precontractuales que se dieron exclusivamente en el marco del período inhabilitante, sin que interese, como quedó antes explicado la fecha de la celebración del contrato, por cuanto esto corresponde a la segunda parte de la causal que en el caso concreto fue imputado desde otro hecho y ya fue despachado desfavorablemente.

Se afirma de esa forma porque varios de los hechos probados incluyeron ofertas anteriores al período inhabilitante y actividades posteriores al mismo, tal como aconteció, entre otros, con el servicio financiero ofrecido al municipio de Neiva, a través de su Tesorero y de su Secretario de Hacienda, en el cual las respectivas ofertas se dieron los días **16 y 15 de agosto de 2013**, respectivamente (copia autenticada fls. 33 a 34, 473 a 474 y 459 a 466 cdno. 1); al Departamento del Huila, a través de su Secretario de Hacienda, por cuanto la oferta la hizo la demandada el **15 de agosto de 2013** (fls. 471 a 472 cdno. Ppal.); a la Gerencia de “Guipas y Chavos”, oferta que realizó la entonces Gerente el **21 de agosto de 2013** (fls. 475 a 476 cdno. Ppal.).

Tampoco la negociación acreditada con la Empresa de Lotería y Juego de Apuestas Permanentes es de recibo, por cuanto sólo se probó el contrato de cuenta de ahorros que se suscribió el día 19 de septiembre de 2013 (fls. 580 a 582 cdno. 1), sin que esté claro que la doctora **RINCON HERRERA** haya desplegado negociaciones precontractuales dentro del período inhabilitante.

Retomando, el estudio probatorio, la Sala observa que la vinculación de la doctora **ANA MARIA RINCON HERRERA**, al Banco Finandina -causa originaria de su posibilidad de tratativas con entidades públicas- se acreditó mediante certificación que el propio Banco Finandina expidiera el 4 de noviembre de 2014, en el que informó que la demandada laboró desde el día 22 de julio de 2013 hasta el 4 de febrero de 2014, con contrato a término indefinido y su último cargo fue el de Gerente de Oficina (fl. 489 cdno. 1). Y anexó el contrato de trabajo a término indefinido que celebraran ambas partes el 19 de julio de 2013, cuyo objeto era la **prestación del servicio de desarrollo y ejecución de las labores del cargo de Gerente de Oficina**.

Particularmente, la contratista se comprometió a lo siguiente: i) exclusividad en el servicio; ii) reserva en los asuntos de los cuales conozca y a su cargo; iii) “...a cumplir las metas de colocación y/o captación presupuestadas por el empleador”; iv) a dar una excelente atención al cliente que conlleva no solo la venta de productos sino el seguimiento del negocio y la colaboración con el cliente en todos sus requerimientos (cláusula segunda, párrafo). Fls. 490 a 493 cdno. 1.

Derivado de ese contrato de vinculación como Gerente de la Oficina de Neiva del Banco Finandina, la demandada desplegó las siguientes actividades que materializan la intervención en la gestión de negocios dentro del período inhabilitante:

Con la Sociedad “Acueductos y Alcantarillado del Huila - Aguas del Huila S.A. E.S.P.”, que es entidad descentralizada indirecta del orden departamental, con domicilio en Neiva, sometida a las normas propias de Empresa Industriales y Comerciales del Estado, conforme quedó protocolizado en la escritura de Creación y Constitución 568 de 28 de febrero de 1990 de la Notaría Primera del Círculo de Neiva y conforme aparece registrado en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la Cámara de Comercio de Neiva (copia autenticada fls. 47 a 69 y original fls. 70 a 75 cdno. 1), así:

El 22 de octubre de 2013, la Gerente del Banco **ANA MARIA RINCON HERRERA**, envió al Gerente de Aguas del Huila, oferta de servicios financieros informando sobre la apertura de la sucursal y los productos de inversión y los beneficios de contratar con dicha entidad financiera: excelente rentabilidad a bajo riesgo; sin costo alguno; atención y servicio personalizada; asesoría en inversión; acceso a línea fácil de internet; consignaciones a través de la Red de Oficinas. Se apoyó en la experiencia y conocimiento del mercado financiero durante 36 años y el socio internacional con el que cuentan. Dijo que en solidez poseen la máxima calificación de riesgo para inversiones a corto plazo, tales como, CDTs y cuentas de ahorro y la segunda mejor calificación en las de largo plazo. Así mismo, le indicó la Tasa Efectiva Anual vigente que el banco le pagaría por los CDT constituidos.

Con el municipio de Baraya, cuya oferta de servicios financieros data de **24 de octubre de 2013**, aparece suscrita por la doctora **RINCON HERRERA**, con contenido similar a la de la oferta enviada a Aguas del Huila (fls. 469 a 470 cdno. ppal.).

Estas gestiones negociales son indicativas para la Sala de que la doctora **RINCON HERRERA** sí intervino para gestionar negocios y lo hizo frente a estas entidades públicas del orden territorial.

A título de simple mención, se observa que el éxito de la tratativa frente a Aguas del Huila se reflejó en que el día **23 de octubre de 2013**, el Gerente de Aguas del Huila, solicitó la apertura de cuenta de ahorros al Banco Finandina (fl. 83 a 84 y 452 a 453 cdno. 1) y reposa certificación de la Directora de Operaciones Financieras del Banco informando que la cuenta de ahorros fue abierta (fl. 457 cdno. ppal.)

Cumpléndose así los aspectos temporal y material de la causal de inhabilidad que se estudia.

En este punto del análisis, hay un tema que merece estudio detenido a fin de considerar el caso concreto frente a la inhabilidad de gestión de negocios y es qué sucede con las tratativas precontractuales de los llamados contratos de adhesión o de condiciones generales porque la defensa de la parte demandada y algunos de los terceros intervinientes argumentaron que al tratarse de negocios adhesivos, la gestión de la demandada fue inexistente y, con ello, la situación fáctica comercial desplegada por la Congresista estaría abstraída de la inhabilidad que se le ha atribuido.

(...)

2.3.4.1. Las negociaciones precontractuales y los contratos de adhesión o de condiciones generales⁴¹.

(...)

Lo cierto, para la Sala como operador de la nulidad electoral, es que las tratativas y los negocios de adhesión -a pesar de que las partes se someten a cláusulas preconcebidas por la autoridad de control y vigilancia estatal- son negocios jurídicos contractuales perfectos generadores de derechos y obligaciones, y como tal, sus tratativas y gestiones no se desdibujan como actos precontractuales perfectos y encuadrables dentro de la intervención en la gestión de negocios, pues no pueden invalidarse con el derrotero de la restricción de los elementos del consentimiento o de la voluntad de las partes, lo cual sólo acontece en casos excepcionales ante la existencia de una tratativa o cláusula "leonina" o que viole los principios generales de la contratación o normas constitucionales o legales, que no es del caso en el asunto que ocupa a la Sala.

*Es más, incluso la parte contratante -en este caso la entidad financiera- tiene un rango o espacio de voluntariedad superior al de la parte contratista -en este caso en cuentahabiente-, sin que le sea viable a la parte demandada argumentar que en realidad la señora Congresista no intervino en la gestión del negocio porque se trataba de acuerdos adhesivos propios del mercado financiero, que responden a cláusulas estándares preconcebidas que inhiben la conducta y la voluntad de obligarse de las partes, por cuanto como se vio en el acervo probatorio, la rúbrica de la doctora **RINCON HERRERA** en cada uno de los negocios financieros celebrados con **entidad pública departamental, dentro del período inhabilitante** (seis meses antes de la elección, que transcurrieron entre el 9 de septiembre de 2016 y el 9 de marzo de 2014), como se analizó frente a la negociación con la empresa Aguas del Huila.*

Queda por verificar por el operador jurídico si se probó el aspecto modal o de propósito de la causal inhabilitante que tiene que ver con el interés propio o "en el de terceros".

2.3.4.2. El aspecto modal o de propósito de la causal: interés propio o en el de terceros

Dentro de la teleología de este aspecto presupuesto constitutivo de la causal, la Sala explicó en antecedente anterior⁴²:

⁴¹ Contrato de adhesión como aquel en el que se "somete la libertad contractual de un contratante al querer del otro, que está en condiciones de imponer al primero las estipulaciones del contrato" "la ausencia de libre negociación no constituye un obstáculo para hacer entrar el contrato de adhesión dentro del marco del concepto de contrato, puesto que obedece a la característica común de todos los contratos, o sea, la voluntad de vincularse jurídicamente." "si no hay duda de que el contrato de adhesión supone la ausencia de libre negociación entre las partes, cuando el legislador o la jurisprudencia no hace de él un contrato dirigido, no hay ningún ataque contra la libertad contractual por parte de quien impone su voluntad al otro, cuya voluntad contractual se reduce a aceptar o a negarse a celebrarlo, si las condiciones que se le imponen no le convienen".

⁴² Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 13 de septiembre de 2007. Exp. N° 11001-03-28-000-2006-00045-00(3979-3986. Actor: Humphrey Roa Sarmiento y otro. Demandado: Representantes a la Cámara por el Departamento de Boyacá.

“Ahora bien, indiscutible resulta que la inhabilidad está cimentada en la garantía de los principios que rigen el campo electoral público, en especial el del equilibrio en la contienda política y el de la igualdad de condiciones y de oportunidades en campaña entre los que compiten por una elección.

Tiene que ver con la necesidad de prevenir que quien siendo candidato al Congreso de la República y de manera simultánea se desempeñe laboralmente en el manejo de asuntos y de temas que impliquen participar o tomar parte en actuaciones ante entidades públicas en la realización de cualquier diligencia ya en nombre propio, ya en nombre de la persona jurídica que representa, pueda valerse de tal situación para obtener prevalentemente sobre los demás candidatos la concreción o la materialización del asunto de interés que tramite ante dichas entidades oficiales. Igualmente, impedir que el aspirante que se encuentre en estas circunstancias de acercamiento a organismos Estatales, por cuenta de las diligencias que adelante ante éstas, se beneficie, porque las mismas pueden traducirse en prestigio para su candidatura...”.

Para estos efectos, la Sala tendrá en cuenta:

*Por una parte, el Reglamento General para Depósitos De Ahorro Banco Finandina S.A. contiene los parámetros básicos que rigen la negociación contractual entre cuentahabiente y la entidad financiera (fls. 479 a 488 cdno. 1) y por otra, la prueba testimonial recaudada en el proceso del Gerente General del Banco Finandina, da cuenta de los siguientes aspectos: i) la vinculación de la doctora **ANA MARIA RINCON** mediante la búsqueda de personal cuando se abrió la oficina de Neiva, quienes presentaron las hojas de vida, incluida **ANA MARIA RINCON** y fue escogida por su experiencia durante muchos años en Colpatría. Indicó que dentro de la generalidad del sistema financiero el perfil de director de oficina se basa en cuatro grandes categorías: 1) profesional; 2) experiencia bancaria; 3) competencias y habilidades que se evalúan con pruebas especializadas y, 4) capacidad para relacionarse tanto con el equipo como con el entorno. Y afirmó que para los ascensos se ponderan variables como competencias, destrezas y resultados.*

*Recordó que la doctora **RINCON HERRERA** trabajó con la entidad seis (6) meses; su responsabilidad como Gerente es ofrecer productos y servicios habilitados por la Superfinanciera, tales como, cuentas de ahorro y otros servicios que se ofrecen a toda la comunidad, incluido el municipio, mediante contratos de adhesión y con base en esa modalidad comercial, tanto la entidad territorial como la empresa Aguas del Huila abrieron cuentas financieras; dentro de las actividades del Gerente de una sucursal está la de promoción y despliegue publicitario ante toda la comunidad.*

Al ponérsele a la vista el documento de oferta de los servicios financieros respondió: es el formato que emplea el banco como mecanismo o medio de comunicación masiva para los clientes y luego buscamos que los empleados del banco se comuniquen con los clientes para evitar resultados inadecuados de los servicios que oferta el banco.

Indicó que los contratos de adhesión son aprobados previamente por la Superfinanciera para regular la posición de las entidades financieras frente al

público. Aunque existen condiciones particulares que las reglamenta el propio banco, como la asignación de condiciones especiales.

Explicó que la apertura de cuenta conllevaba la suscripción del formulario de vinculación, pues con ello se acredita la capacidad financiera del cuentahabiente y es facultativo del Gerente de la sucursal; mientras que frente a los beneficios económicos dijo no recordar que las cuentas de ahorro generen beneficios específicos; que lo que sí puede otorgarse son condiciones comerciales diferentes a las que se ofrece al público en general basados en condiciones del mercado, pero dicho beneficio opera por orden de la dirección general y fueron personalmente aprobadas por el testigo en su calidad de Gerente Nacional y reconoció que se otorga tasas de rendimientos superiores a las de la oferta general que se envía a todo público.

Afirmó que no le consta si la actividad desplegada por la demandada como Gerente de la oficina Neiva fue utilizada para su aspiración al Congreso, pero enfatizó en que la actividad política en la entidad financiera no se permite ni es conveniente.

Dijo que el Gerente no recibe beneficio económico derivado de la apertura de cuentas o contratación de servicios financieros (fl. 508 a 518 y cd en fl. 19, cdno. ppal.).

Encuentra la Sala, que siguiendo el derrotero jurisprudencial pretranscrito, la gestora doctora **ANA MARIA RINCON HERRERA** dentro de los seis meses anteriores a la elección al fungir como Gerente del Banco Finandina laboralmente manejó asuntos que le implicaron participar y tomar parte en actuaciones y diligencias ante entidad pública, que implicaron acercamientos a organismos estatales, que se trató de negocios privados y lucrativos y que con ello potenció su prestigio para su candidatura y en forma directa gestionó negocios a favor de un tercero, en este caso el Banco Finandina.

Huelga aclarar que el despliegue de actividades devenidas de un contrato laboral o de una vinculación de la misma estirpe, a lo cual tiene derecho todo ciudadano no es lo que se analiza en este caso, sino que dentro del análisis de legalidad objetiva, la doctora **RINCON HERRERA**, dentro del período inhabilitante de los seis meses anteriores a la elección, intervino en la gestión de negocios y con ello favoreció a un tercero (Banco Finandina) y potencializó en beneficio propio su nombre ante las entidades estatales, circunstancia que no es igualitaria para todos aquellos participantes en las justas electorales.

Finalmente, resta pronunciarse sobre el argumento justificativo de la parte demandada atinente a la intempestiva e imprevista inscripción de la candidatura ante el hecho funesto de la muerte del doctor Sergio Younes Rincón –hijo de la demandada.

2.3.4.3. Argumento eximente de la inhabilidad: la inscripción imprevista e intempestiva de la candidatura y los hechos que la rodearon.

Probatoriamente, en cuanto al primer aspecto justificativo se tienen las siguientes pruebas documentales:

El 3 de diciembre de 2013, el Secretario General y Representante Legal del Partido Social de Unidad Nacional -Partido de La U- otorgaron aval al señor

Sergio Younes Rincón para las referidas elecciones (fl. 279). El 6 de diciembre siguiente el candidato informó al partido de La U, la designación del Gerente de su campaña (copia autenticada fls. 286 a 287).

El día 9 de diciembre de 2013 se expidió el formulario E-6 CT contentivo de la solicitud de inscripción de lista de candidatos y aceptación de la candidatura para la elección de Cámara territorial por el Departamento del Huila para las elecciones de 9 de marzo de 2014 (período 2014-2018), por el Partido Social de Unidad Nacional, en lista con voto preferente, relaciona cuatro candidatos, entre ellos, el señor Sergio Younes Rincón (fls. 274 a 276).

El 7 de febrero de 2014, el Partido de La U, mediante formulario E-7 CT suscribe modificación a la lista informando como causa del cambio de candidato, la muerte⁴³ de Sergio Younes Rincón reemplazándolo con la demandada ANA MARIA RINCON HERRERA, a quien había otorgado aval el día 4 de febrero anterior (copia autenticada fls. 288 a 290 y 293).

Al respecto la Sala ha de recordar que el contencioso de legalidad electoral es un medio de control típicamente de corte objetivo en su análisis acción de nulidad electoral corresponde a un juicio objetivo de legalidad sobre un acto administrativo (de elección, nombramiento, designación), se trata del juzgamiento sobre un acto desde su encuadramiento en el ordenamiento constitucional y legal.

*Así las cosas, el hecho constitutivo de fuerza mayor, en realidad es el fallecimiento del anterior candidato –hijo de la doctora **RINCON HERRERA**– pero ese funesto episodio no resultaba intempestivo ni irresistible ni imprevisible para la asunción de una candidatura congresal y posterior elección como Representante a la Cámara, porque a contrario sensu lo previsible, resistible y determinable es que en el lapso inhabilitante de los seis (6) meses previstos en la norma Constitucional se proscriba que quien tenga la intención de postularse como candidato debe estar libre de conductas y hechos constitutivos de inhabilidad como en efecto lo es la intervención en la gestión de negocios.*

Por ello es que el supuesto eximente de la inhabilidad que se apoya en la inscripción a último momento por fuerza mayor no desvirtúa ni morigerla la incursión en inhabilidad para efectos de la declaratoria de nulidad electoral, precisamente porque deviene de un análisis objetivo ajeno a cualquier aspecto de la conducta ni de los elementos y presupuestos que le son propios como la culpabilidad y la antijuridicidad, no siendo de recibo para este asunto ni para la competencia del operador de la nulidad electoral⁴⁴. (...)

⁴³ Sobre la muerte del candidato Younes Rincón reposa Registro Civil de Defunción con indicativo serial 08578161 de la RNEC, en el que se informa que murió el 25 de enero de 2014 (copia autenticada fl. 292).

⁴⁴ Por vía de aclaración de voto, quien es ponente de esta sentencia ha planteado el aspecto del estudio subjetivo y objetivo, como mecanismo para evaluar la pérdida de investidura, bajo los siguientes derroteros: “para ahondar en razones sobre la falta de estructuración de la causal de pérdida de investidura en el presente caso, debió igualmente precisar que dicha figura es una acción de carácter sancionatorio en la que la responsabilidad es personal y, por ende, debe contar con el elemento subjetivo de la conducta humana, que se traduce en la culpabilidad, por cuanto en materia sancionatoria no puede haber responsabilidad objetiva, por estar ella proscrita por el

La providencia impugnada no se distancia en modo alguno de la providencia judicial de 5 de marzo de 2015, proferida en el Expediente No. 1001-03-28-000-2010-00025-00, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, en la que se indicó frente a la inhabilidad prevista en el numeral 3° del artículo 179 de la Constitución Política, lo siguiente:

“(...) Son derechos fundamentales de acuerdo con la Constitución Política ser elegido (artículo 40, numeral 1) y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (artículo 40, numeral 7).

No obstante, la propia Constitución y la ley contemplan restricciones al ejercicio de tales derechos, motivadas en otras garantías -también constitucionales- como el interés general, la igualdad y el ejercicio eficiente de la función pública. Es justamente el caso de las inhabilidades para ocupar cargos de elección popular.

Es abundante la jurisprudencia sobre la justificación de las inhabilidades electorales. En tal sentido, ha dicho la Corte Constitucional que los regímenes de inhabilidades persiguen “impedir o limitar el ejercicio de la función pública a los ciudadanos que no ostentan las condiciones y cualidades que han sido estatuidas para asegurar la idoneidad y probidad del que aspira a ingresar o está desempeñando un cargo público.”⁴⁵

En términos similares, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación explica que: “el desarrollo indigno del poder, la influencia

artículo 29 constitucional. En efecto, mientras la acción de nulidad electoral corresponde a un juicio objetivo de legalidad sobre un acto administrativo (de elección, nombramiento, designación), el de pérdida de investidura es un juicio estrictamente sancionatorio en el que se juzga si un miembro de corporación incurrió en alguna de las causales que el constituyente o el legislador, según el caso, ha señalado como constitutiva de tal situación. Así, de entrada se observa que mientras en un caso el juzgamiento recae sobre un acto, en el otro recae sobre la conducta que ejecutó una persona. Cuando se trata de imponer la pérdida de investidura por la infracción al régimen de inhabilidades, al de incompatibilidades o por haberse incurrido en un conflicto de intereses, de que tratan los artículos 183, 110, 183.1, 179, 180 y 182 de la Constitución Política, imperativo se torna precisar tanto el precepto, en el que se contiene la descripción típica de la conducta que genera el reproche, como la consecuencia que la incursión en ella genera que en este evento es la sanción de pérdida de investidura. No obstante, el primer interrogante que surge en la aplicación de esta normatividad, es el de considerar, si para ello es suficiente la demostración de la simple causalidad material entre la acción y el resultado, y que establecida esta relación de causalidad, de contera surge la imposición de la consiguiente sanción, o si contrario sensu, lo que se impone es establecer en primer orden, bajo la comprensión de la norma completa, su real naturaleza jurídica, para a partir de ello, determinar si a la manera de las llamadas ciencias exactas, es suficiente para la imputación del resultado típico la simple causación material del mismo por parte de su autor....”. Exp. Pérdida de Investidura No. 2013-1115-00. Actor: Pablo Bustos Sánchez. Demandado: Roy Leonardo Barreras Montealegre. AV de 28 de julio de 2015.

⁴⁵ Sentencia C-064 de 2003.

negativa de la posición, el privilegio indebido con olvido del interés público, de la legalidad, de la buena administración, del patrimonio público y de la probidad en las actuaciones, constituyen, sin duda, razones para establecer restricciones a la libertad y a los derechos de los sujetos en el ámbito del derecho público, tendientes a evitar la vinculación a la función pública o el ejercicio de ésta en las diferentes ramas del Poder Público, de personas cuya conducta o situación pueda ser lesiva a esos intereses, principios y valores.”⁴⁶

Siguiendo ése derrotero, la Sección Quinta ha señalado que las inhabilidades “buscan preservar los principios de moralidad, transparencia e imparcialidad de la función administrativa y la garantía (sic) del derecho de igualdad de oportunidades.”⁴⁷

Es así como cada cargo de elección popular tiene previsto un régimen de inhabilidades, que enlista actuaciones que no pueden observarse durante un plazo determinado anterior a la inscripción o a la elección -según el caso- so pena de impedir la aspiración política.

A su vez, tales prohibiciones constituyen causales de nulidad de los actos de elección popular, en virtud de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, que señala:

“Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

“5. Cuando se computen votos a favor de candidatos que no reúnen las calidades constitucionales o legales para ser electos.”

En el caso concreto el actor atribuye al demandado la inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, en la parte que se subraya a continuación:

“No podrán ser congresistas:

“3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de elección.”

⁴⁶ Sentencia de 21 de abril de 2009, Rad. 2007-00581(PI).

⁴⁷ Sentencia de 31 de julio de 2009, Rad. 2007-00244-02.

(..)

“Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección.” (Se destaca).

La jurisprudencia ha justificado la existencia de esta inhabilidad, de una parte, en la necesidad de evitar que el particular que gestiona el negocio saque provecho de su aspiración popular para obtener un tratamiento privilegiado ante la entidad pública destinataria de las gestiones y, de otra, que la persona se muestre frente a la comunidad como una hábil negociadora de intereses con la administración, en detrimento de la igualdad entre los candidatos a una elección popular.⁴⁸

Los presupuestos configurativos de esta causal de inhabilidad, en tratándose de congresistas, son: a) La intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas, b) En interés propio o de terceros, c) Dentro de los 6 meses anteriores a la elección y d) En la misma circunscripción de la elección.

En particular, la conducta prohibida -intervención en la gestión de negocios- consiste en la realización de diligencias encaminadas a obtener un beneficio de lucro o uno extra patrimonial de parte de una entidad del Estado. Textualmente ha dicho esta Sección al respecto:

“La intervención en la gestión de negocios consiste entonces en la participación (tomar parte) o realización por el candidato ante entidades públicas, de diligencias tendientes a obtener para si (sic) o para un tercero un propósito con o sin carácter lucrativo. Significa ello que el interés también puede ser, en principio, de carácter extrapatrimonial que puede consistir, entre otras modalidades, en el provecho o la ventaja que puede representarle tomar parte en diligencias y en trámites ante organismos públicos, en tanto le posibilitan propiciarse una imagen preponderante ante el elector.”⁴⁹

Así mismo, la gestión que configura esta inhabilidad debe ser realizada directamente por el que luego es candidato o elegido y tiene que ser “potencialmente efectiva, valiosa, útil y trascendente.”⁵⁰

⁴⁸ Id.

⁴⁹ Sentencia de 13 de septiembre de 2007, Rad. 3979-3986.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 21 de abril de 2009, Rad. 2007-00581(PI).

Adicionalmente, la jurisprudencia ha advertido que esta inhabilidad es distinta a la otra que se configura por intervención en la celebración de contratos ante entidades públicas, a pesar de que en la mayoría de los casos las gestiones ante el Estado apunten a un contrato estatal.⁵¹ Son las diligencias previas al contrato, es decir, los acercamientos a una entidad pública para concretar el negocio o las propuestas que efectivamente se le hagan, las que se enmarcan en la prohibición en estudio, aún en los eventos en que lo pretendido no se concrete.⁵²

Siendo así, mucho menos constituyen gestiones de negocios las actuaciones posteriores a la celebración de un contrato con el Estado, como las relacionadas con su ejecución o liquidación.⁵³ (...)“ (Subrayado y resaltado fuera de texto)

La decisión judicial impugnada y el precedente citado por el demandante establecieron de forma similar los presupuestos para que se configurara la inhabilidad prevista en el numeral 3° del artículo 179 de la Carta Política:

Sentencia de 3 de agosto de 2015	Sentencia de 5 de marzo de 2015
<p>La norma constitucional del 179 numeral 3°, en el aparte que ocupa el supuesto fáctico de esta demanda electoral, contiene un <u>aspecto temporal</u> limitado a los seis meses inmediatamente anteriores a la elección; un <u>aspecto material</u> relacionado con la conducta denominada intervención en la gestión de negocios y, el sujeto pasivo: ante autoridades públicas y finalmente, un <u>aspecto modal o de propósito</u>: en interés propio o en el de terceros.</p>	<p>Los presupuestos configurativos de esta causal de inhabilidad, en tratándose de congresistas, son: a) La intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas, b) En interés propio o de terceros, c) Dentro de los 6 meses anteriores a la elección y d) En la misma circunscripción de la elección.</p>

Frente a la conducta proscrita por el ordenamiento jurídico, esto es, la intervención en la gestión de negocios, las providencias esbozaron los elementos para su configuración de la siguiente forma:

Sentencia de 3 de agosto de 2015	Sentencia de 5 de marzo de 2015

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 13 de agosto de 2004, Rad. 3944-3957.

⁵² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 22 de octubre de 2002, Rad. PI-046 y Sección Quinta, sentencia de 13 de septiembre de 2007, Rad. 3979-3986.

⁵³ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 10 de marzo de 2005, Rad. 3451.

La configuración de la intervención en la gestión de negocios, requiere que se pruebe la participación del demandado en diligencias conducentes al logro de un negocio con entidad pública que le aporte beneficios a sí mismo o a terceros, patrimoniales o extrapatrimoniales.

En particular, la conducta prohibida - intervención en la gestión de negocios- consiste en la realización de diligencias encaminadas a obtener un beneficio de lucro o uno extra patrimonial de parte de una entidad del Estado. Textualmente ha dicho esta Sección al respecto:

“La intervención en la gestión de negocios consiste entonces en la participación (tomar parte) o realización por el candidato ante entidades públicas, de diligencias tendientes a obtener para sí (sic) o para un tercero un propósito con o sin carácter lucrativo. Significa ello que el interés también puede ser, en principio, de carácter extrapatrimonial que puede consistir, entre otras modalidades, en el provecho o la ventaja que puede representarle tomar parte en diligencias y en trámites ante organismos públicos, en tanto le posibilitan propiciarse una imagen preponderante ante el elector.”⁵⁴

Así mismo, la gestión que configura esta inhabilidad debe ser realizada directamente por el que luego es candidato o elegido y tiene que ser “potencialmente efectiva, valiosa, útil y trascendente.”⁵⁵

Adicionalmente, la jurisprudencia ha advertido que esta inhabilidad es distinta a la otra que se configura por intervención en la celebración de contratos ante entidades públicas, a pesar de que en la mayoría de los casos las gestiones ante el Estado apunten a un contrato estatal.⁵⁶ Son las diligencias previas al contrato, es decir, los acercamientos a una entidad pública para concretar el negocio o las propuestas que efectivamente se le hagan, las que se enmarcan en la prohibición en

⁵⁴ Sentencia de 13 de septiembre de 2007, Rad. 3979-3986.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 21 de abril de 2009, Rad. 2007-00581(PI).

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 13 de agosto de 2004, Rad. 3944-3957.

	estudio, aún en los eventos en que lo pretendido no se concrete. ⁵⁷
--	--

En este punto cabe señalar, que la Sección Quinta de la corporación le ha dado alcance a la causal analizando los conceptos de intervenir, gestionar, negociar y negocio:

“(...) Acudiendo al significado gramatical de las palabras o términos que comprenden esta causal inhabilitante: -Intervención -Gestión- Negocio-, se tiene lo siguiente:

*Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima primera edición, año 1992, paginas 834, 732 y 1015. Las acepciones “**intervención**”, “**gestión**” y “**negocio**”, tienen el siguiente significado:*

Intervención. (Del lat. Interventio, -onis.) f. Acción y efecto de intervenir.

Intervenir. (Del latin intervenire). **Tomar parte en un asunto.**

Gestión. (Del lat. Gestio. –onis.) Acción y efecto de gestionar.

Gestionar. (De gestión). tr. **Hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera.**

Negocio. (Del lat. Negotium). 1. Cualquier ocupación, que hacer, o trabajo. 2 Dependencia, pretensión, tratado o agencia. 3. Todo lo que es objeto o materia de una ocupación lucrativa **o de interés.** 4. **Acción y efecto de negociar.** 5. **Utilidad o interés que se logra en lo que se trata, comercia o pretende.**

Negociar. (Del lat. Negotiari) Tratar y comerciar, comprando y vendiendo o cambiando géneros, mercaderías o valores para aumentar el caudal. 2. **Tratar asuntos públicos o privados procurando su mejor logro.**

*Las anteriores definiciones terminológicas permiten entender, sintetizando, que “Intervenir” es **participar,** que “Gestionar” es **realizar diligencias dirigidas a obtener cualquier clase de objetivo (un deseo cualquiera),** y que “Negocio” no se circunscribe al aspecto netamente económico, sino que **también implica la***

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 22 de octubre de 2002, Rad. PI-046 y Sección Quinta, sentencia de 13 de septiembre de 2007, Rad. 3979-3986.

obtención de cualquier interés o utilidad en lo que se lleva a cabo. Tratar asuntos públicos o privados procurando su mejor logro. (...)⁵⁸

Para posteriormente indicar que la causal se configura por la “(...) **realización de cualquier tipo de diligencias ante entidad pública**, (...)”⁵⁹. La amplitud de los conceptos de intervenir, gestionar, negociar y negocio, permiten incluir lo que el demandante denomina “(...) *simple oferta de servicios financieros (...)*”, en la medida en que ofertar es, conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: “(...) **2. tr. ofrecer** (ll comprometerse a dar algo). (...)”⁶⁰, esto es, conjugados los conceptos anteriores, que ofertar implica realizar una diligencia que tiene como objetivo comprometerse a dar algo, en el presente caso, **prestar servicios financieros a una entidad pública** y por ello, no se exige que aquella tenga los elementos propios de la oferta mercantil regulada en los artículos 845 a 863 del Código de Comercio, esto es, que la oferta involucre “(...) *los elementos esenciales del negocio (...)*”, como parece sugerir el apoderado de la demandante.

Si bien el concepto de gestionar⁶¹, es un concepto anfibológico, nótese como en todas sus acepciones se encuentra presente un elemento estratégico en el que se toma un curso de acción para lograr un objetivo. En ese sentido gestionar “(...) *es el arte de hacer posible un rumbo y alcanzar una meta en medio de las dificultades y de la imprevisibilidad de los acontecimientos (...)*”⁶²

⁵⁸ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA, Consejero ponente: FILEMON JIMENEZ OCHOA, Bogotá D. C., trece (13) de agosto de dos mil nueve (2009), Radicación número: 11001-03-28-000-2006-00011-00(3944-3957), Actor: PEDRO ALBERTO PEREZ DURAN Y OTROS, Demandado: REPRESENTANTES A LA CAMARA POR EL DEPARTAMENTO DE SUCRE:

⁵⁹ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA, Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA, Bogotá D. C., veintitrés (23) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación numero: 11001-03-28-000-2010-00038-00, Actor: HUGO ALBERTO GNECCO ARREGOCES Y OTRO, Demandado: REPRESENTANTE A LA CAMARA POR EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA.

⁶⁰ <http://dle.rae.es/?id=QvM34UQ>

⁶¹ **1. tr.** Llevar adelante una iniciativa o un proyecto.

2. tr. Ocuparse de la administración, organización y funcionamiento de una empresa, actividad económica u organismo.

3. tr. Manejar o conducir una situación problemática.

⁶² HUERGO, Jorge. LOS PROCESOS DE GESTIÓN.

<http://servicios2.abc.gov.ar/lainstitucion/univpedagogica/especializaciones/seminario/materialesparadescargar/seminario4/huergo3.pdf>

Dicho elemento coincide con la condición de “(...) *Administradora* (...)”⁶³ que ostentaba la accionante de la agencia del Banco FINANADINA de la ciudad de Neiva, conforme la certificación expedida por la Cámara de Comercio de Neiva⁶⁴; así como con las obligaciones previstas en la cláusula segunda del contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre la señora Rincón Herrera con el Banco FINANADINA, consistente en “(...) *cumplir con las metas de colocación y/o captación presupuestadas por el EMPREADOR* (...)” y en “(...) *dar una excelente atención al cliente, entendiéndose por tal, no sólo la simple venta de nuestros productos activos y pasivos sino el seguimiento del negocio y la colaboración con el cliente en todos sus requerimientos, respecto de la venta* (...)”⁶⁵.

Ese mismo elemento estratégico se encuentra reflejado en las comunicaciones dirigidas al Gerente de Aguas del Huila⁶⁶ y al Alcalde del Municipio de Baraya⁶⁷, en las que se toma un curso de acción (ofrecimiento de servicios financieros) para la consecución del objetivo consistente en el cumplimiento de las metas de colocación y/o captación impuestas a la señora Rincón Herrera.

Establecido lo anterior, en principio, pudiera pensarse que la decisión judicial impugnada no tuvo en cuenta que para la configuración de la gestión de negocios se requiera que la actuación sea potencialmente efectiva, valiosa, útil y trascendente, lo cierto es que, al momento de analizar lo que la providencia judicial denominó “(...) ***un aspecto modal o de propósito: en interés propio o en el de terceros.*** (...)”, explicó, de acuerdo a la sentencia de 13 de septiembre de 2007⁶⁸, la teleología de dicho elemento modal, señalando que dicha inhabilidad se edifica en la garantía de los principios de equilibrio en la contienda electoral y de igualdad de condiciones y oportunidades en campaña entre los contendientes, adicionando que la misma:

“(...) Tiene que ver con la necesidad de prevenir que quien siendo candidato al Congreso de la República y de manera simultánea se

⁶³ En una de sus acepciones, el verbo gestionar significa “(...) 2. tr. **Ocuparse de la administración, organización y funcionamiento de una empresa, actividad económica u organismo.** (...)”

⁶⁴ Fol. 505, Cdo Ppal Exp. 2014-00051

⁶⁵ Fol. 490-493, Cdo Ppal Exp. 2014-00051

⁶⁶ Fol. 452-454, Cdo Ppal Exp. 2014-00051

⁶⁷ Fol. 469-470, Cdo Ppal Exp. 2014-00051

⁶⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 13 de septiembre de 2007. Exp. N° 11001-03-28-000-2006-00045-00(3979-3986. Actor: Humphrey Roa Sarmiento y otro. Demandado: Representantes a la Cámara por el Departamento de Boyacá.

desempeñe laboralmente en el manejo de asuntos y de temas que impliquen participar o tomar parte en actuaciones ante entidades públicas en la realización de cualquier diligencia ya en nombre propio, ya en nombre de la persona jurídica que representa, pueda valerse de tal situación para obtener prevalentemente sobre los demás candidatos la concreción o la materialización del asunto de interés que tramite ante dichas entidades oficiales. Igualmente, impedir que el aspirante que se encuentre en estas circunstancias de acercamiento a organismos Estatales, por cuenta de las diligencias que adelante ante éstas, se beneficie, porque las mismas pueden traducirse en prestigio para su candidatura...”. (...)

Y posteriormente, estableció de acuerdo con las circunstancias y los fines de las actividades desplegadas por la demandante, que las gestiones realizadas tenían el carácter de ser potencialmente efectivas, valiosas, útiles y trascendentes para la configuración de la inhabilidad, conforme lo exige el precedente judicial estudiado, así:

*“(...) Encuentra la Sala, que siguiendo el derrotero jurisprudencial pretranscrito, la gestora doctora **ANA MARIA RINCON HERRERA** dentro de los seis meses anteriores a la elección al fungir como Gerente del Banco Finandina laboralmente manejó asuntos que le implicaron participar y tomar parte en actuaciones y diligencias ante entidad pública, que implicaron acercamientos a organismos estatales, que se trató de negocios privados y lucrativos **y que con ello potenció su prestigio para su candidatura y en forma directa gestionó negocios a favor de un tercero, en este caso el Banco Finandina.***

Huelga aclarar que el despliegue de actividades devenidas de un contrato laboral o de una vinculación de la misma estirpe, a lo cual tiene derecho todo ciudadano no es lo que se analiza en este caso, sino que dentro del análisis de legalidad objetiva, la doctora RINCON HERRERA, dentro del período inhabilitante de los seis meses anteriores a la elección, intervino en la gestión de negocios y con ello favoreció a un tercero (Banco Finandina) y potencializó en beneficio propio su nombre ante las entidades estatales, circunstancia que no es igualitaria para todos aquellos participantes en las justas electorales. (...)

Finalmente, resta pronunciarse sobre el argumento justificativo de la parte demandada atinente a la intempestiva e imprevista inscripción de la candidatura ante el hecho funesto de la muerte del doctor Sergio Younes Rincón –hijo de la demandada. (...)

El hecho de que el demandante considere que las gestiones realizadas por la demandante no cumplen con las características señaladas y estime, por ello, que no está configurada la causal de inhabilidad no implica que la decisión judicial impugnada haya desconocido el precedente de la Sección Quinta del Consejo de Estado sobre la interpretación y aplicación de la causal de inhabilidad.

Conforme lo ha expuesto la Corte Constitucional, resulta ser improcedente la acción de tutela cuando se trata de controvertir la interpretación, coherente y válida, que los jueces hacen en sus providencias de una norma o institución jurídica, pues ello desconocería el principio de autonomía e independencia judicial. Sobre este punto, la citada Corporación, en Sentencia T-302 de 2006, señaló:

“(...) 4. La discrepancia interpretativa de una norma, por sí sola, no constituye vía de hecho

*En virtud de los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial, consagrados en los artículos 228 y 230 de la Carta Política, **los jueces, en el ejercicio de sus funciones, gozan de amplia libertad interpretativa para determinar las normas jurídicas aplicables al caso que juzgan y los efectos que deben derivarse de ellas. En este sentido, la Corte Constitucional ha sido unánime al señalar que siempre que la interpretación normativa que los operadores jurídicos hagan de un texto legal permanezca dentro del límite de lo razonable, la mera divergencia interpretativa con el criterio del fallador no constituye una vía de hecho.** Así lo ha precisado esta Corporación:*

*“En materia de interpretación judicial, los criterios para definir la existencia de una vía de hecho son especialmente restrictivos, **circunscritos de manera concreta a la actuación abusiva del juez y flagrantemente contraria al derecho.** El hecho de que los sujetos procesales, los particulares y las distintas autoridades judiciales no coincidan con la interpretación acogida por el operador jurídico a quien la Ley asigna la competencia para fallar el caso concreto, o no la compartan, en ningún caso invalida su actuación ya que **se trata, en realidad, de “una vía de derecho distinta”** que, en consecuencia, no es posible acomodar dentro de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. De esta manera, queda a salvo, pues, el respeto por el principio democrático de la autonomía funcional del juez que reserva para éste, tanto la adecuada valoración probatoria como la aplicación razonable del derecho”.⁶⁹ (subraya fuera del texto)*

*Por tanto, **no es dable sostener que la interpretación que hacen los operadores judiciales de las normas, se torna violatoria de derechos fundamentales por el solo hecho de contrariar el criterio interpretativo de otros operadores jurídicos, e incluso de los distintos sujetos procesales.** Sobre la materia, señaló esta Corporación:*

*“Sobre este aspecto, **la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que es improcedente, la acción de tutela cuando se trata***

⁶⁹ Ver Sentencias T-1001 de 2001, T-085 de 2001, T-441/02, T-901/02, entre otras.

de controvertir la interpretación que los jueces hacen en sus providencias de una norma o de una institución jurídica.

La interpretación de un precepto no puede considerarse como un desbordamiento o abuso de la función de juez (vía de hecho), por el sólo hecho de no corresponder con aquella que se cree correcta u ofrece mayor beneficio para la parte que la plantea (Sentencias T-094 de 1997 y T-249 de 1997, entre otras).

Se desconocería el principio de autonomía e independencia judicial, si se admitiese la procedencia de la acción de tutela por la interpretación o aplicación que de un precepto o figura jurídica se hiciera en una providencia judicial, cuando esa interpretación o aplicación responde a un razonamiento coherente y válido del funcionario judicial⁷⁰.

En igual sentido, la Corte ha precisado que la autonomía e independencia propias del ejercicio de la actividad judicial, como manifestación de la facultad que tiene el operador jurídico para interpretar las normas legales, no es absoluta. Por el contrario, encuentra límites en el orden jurídico y en la propia institucionalidad, de lo que se sigue que el ejercicio de la función de administrar justicia debe realizarse con sujeción a los principios consagrados en la Constitución Política, de tal suerte que se garantice a los asociados la convivencia, el trabajo, la igualdad, la libertad, la justicia y la paz, y se coadyuve en la consecución del propósito Superior de asegurar un orden político, económico y social justo. En este sentido ha sostenido esta Corporación:

"[L]os mandatos contenidos en los artículos 228 y 230 del Estatuto Superior, en los que se dispone que la administración de justicia es autónoma y que los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la Ley, deben ser armonizados y conciliados con el artículo 1° de la Carta que propugna por la promoción y protección de la dignidad humana, con el artículo 2° del mismo ordenamiento que le impone a todos los órganos del Estado, incluidas las autoridades judiciales, la obligación de garantizar los derechos, deberes y libertades de todas las personas residentes en Colombia, y con el artículo 13 Superior que consagra, entre los presupuestos de aplicación material del derecho a la igualdad, la igualdad frente a la Ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades públicas"⁷¹.

Por tanto, si bien es cierto que al juez de conocimiento le compete fijar el alcance de la norma que aplica, no puede hacerlo en contravía de los valores, principios y derechos constitucionales, de manera que, debiendo seleccionar entre dos o más entendimientos posibles, debe forzosamente acoger aquél que en todo se ajuste a la Carta política. De esta manera, la autonomía y libertad que se le reconoce a los funcionarios judiciales no comprende, en ningún caso, aquellas manifestaciones de autoridad que supongan un desconocimiento de los derechos fundamentales de las personas. Así lo ha precisado esta Corporación:

⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-1004 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁷¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-1185 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

"Si bien los jueces cuentan con márgenes interpretativos, pudiendo escoger entre distintas opciones la que consideren más ajustada a derecho, los distintos ordenamientos jurídicos establecen límites que no pueden traspasar so pena de que sus actuaciones no sean tenidas como válidas. Por ello, puede afirmarse que si por un lado la razonabilidad en la interpretación de cuerpos normativos está ampliamente aceptada e incluso estimulada, por el otro, la arbitrariedad judicial es rotundamente negada. Tanto es así que han sido diseñados mecanismos de defensa a fin de corregir los yerros protuberantes y las actuaciones u omisiones arbitrarias de los jueces al momento de interpretar las Leyes. Pero en ciertas ocasiones los mecanismos de defensa regulares pueden no ser eficaces para terminar con la vulneración o conjurar la amenaza de los derechos fundamentales en juego y, por ello, se han estimado pertinentes los recursos judiciales especiales. Es en ese sentido en el que se ha pronunciado la Corte Constitucional colombiana al establecer que la acción de amparo resulta procedente cuando no exista otro medio judicial de defensa o cuando existiendo éste, su eficacia sea realmente restringida en el caso concreto"⁷². (...)"

De la jurisprudencia transcrita es dable afirmar que si bien el juez constitucional tiene amplios poderes en su rol de protección de los derechos fundamentales, lo cierto es que tratándose del amparo frente a providencias judiciales, toma especial relieve el precepto constitucional que garantiza la autonomía e independencia de la función judicial (Artículo 230, C.P.). En este contexto la existencia de una interpretación razonable y sustentada elimina la procedencia de la acción de amparo ante su imposibilidad de cuestionar una decisión judicial que posea dichas características.

Por otro lado, la reiterada afirmación de la parte demandante en torno a que al momento de realizar las gestiones que se le endilgan la doctora Rincón Herrera no era candidata y por ello no generó ruptura en la igualdad frente a sus contrincantes, carece de sustento en la medida en que la potenciación del prestigio que detectó la Sección Quinta, bien pudo ser empleada por la demandante posteriormente, al punto que, sin contar con un tiempo adecuado para llevar a cabo su campaña (relata la demandante que fue de un mes y dos días), fue elegida como representante a la cámara por el departamento del Huila.

La Sala, adicionalmente a todo lo expuesto, no evidencia que exista una interpretación extensiva de la disposición que contiene la inhabilidad en la medida en que no se encuentra que la Sección Quinta del Consejo de Estado la haya

⁷² Corte Constitucional, Sentencia T-359 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería.

aplicado a situaciones que no se encuentran comprendidas dentro de los términos literales de la norma. El defecto enunciado, entonces, no se configura.

VII.2.2.- Defecto sustantivo

El actor sostiene que la providencia del 3 de agosto de 2015 incurrió, en defecto sustantivo por una indebida interpretación de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3° del artículo 179 de la Constitución.

La Corte Constitucional ha indicado que el defecto sustantivo se presenta, entre otros eventos, en los siguientes:

“(…) 5.1. En diferentes pronunciamientos, la Corte ha ido precisando el ámbito de lo que ha denominado defecto sustantivo como una condición de procedibilidad de la tutela contra las providencias judiciales⁷³. Al respecto ha señalado que se presenta, entre otras razones: (…) (ii) cuando pese a la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable⁷⁴ o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes”⁷⁵ o cuando en

⁷³ Ver al respecto, entre otras, Sentencias T-573 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía,⁷³ T-567 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-001 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-377 de 2000. M.P. Alejandro Marínez Caballero, T-1009 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-852 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-453 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-061 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-079 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Rentería T-231 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-814 de 1999, MP: Antonio Barrera Carbonell.T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-842 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis, SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.,T-205 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, , T-701 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, T-807 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-1244 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-056 de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería, T-189 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-800 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-061 de 2007 M.P Humberto Antonio Sierra Porto , T-018 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-051 de 2009 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-060 de 2009 M.P Mauricio González Cuervo, T-066 de 2009 M.P. Jaime Araújo Rentería.

⁷⁴ T-051 de 2009 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver sentencias T-1101 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil dijo la Corte:” Sobre el tema relacionado con las vías de hecho ocasionadas por interpretaciones judiciales contrarias a la Constitución y la procedencia de la tutela para conjurarlas, la Corte tuvo oportunidad de precisar que debe aparecer probado que la aplicación de la norma se hizo (i) contraviniendo o haciendo caso omiso de los postulados, principios y valores constitucionales⁷⁴, (ii) imponiendo criterios irracionales o desproporcionados⁷⁴, (iii) sin respetar el principio de igualdad⁷⁴, y (iv) en desmedro de los derechos sustantivos en litigio⁷⁴” y T-1222 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Dijo la Corte en esta ocasión: “para que una interpretación judicial se considere constitutiva de vía de hecho, es indispensable que la misma defienda una lectura de las normas realmente contraria a su sentido lógico, manifiestamente opuesta a los principios de derecho y salida del cauce de la juridicidad”

⁷⁵ Sentencia T-462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Ver además Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo “Diferente es el caso de la ostensible aplicación indebida de una norma, en cuya virtud se pretende lograr que los hechos quepan en ella, aun

una decisión judicial “se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial”⁷⁶; (...)

5.2. Se considera también que existe un defecto sustantivo en providencias judiciales: (...) (viii) cuando sin un mínimo de argumentación se desconoce el precedente judicial⁷⁷ (...) ⁷⁸

Para el efecto, estima que las razones por las que se proscribió la intervención en gestión de negocios y se estableció dicha conducta como causal de inhabilidad, son, de un lado, evitar que una persona con dineros del Estado haga labores de la campaña o que adquiriera la influencia necesaria en una comunidad para ser elegida, realizando alguna clase de obra en la misma; y, por otro lado, impedir que la hipotética posibilidad de ser elegido cree a su favor unas condiciones frente al Estado que no tendrían los demás.

Dicho lo anterior, entonces, considera que su caso no se encuadra en ninguna de las hipótesis indicadas por cuanto, de un lado, nunca tuvo manejo de dineros del Estado para realizar su corta campaña, como tampoco sus actividades como Gerente del Banco Finandina le representaban la adquisición de influencia alguna en la comunidad; y de otro lado, se encuentra la candidatura intempestiva de la demandante por cuanto en el ejercicio de su cargo de Gerente, no tenía siquiera en mente la idea de ser candidata a la Cámara de Representantes, argumento que en su concepto es suficiente para demostrar que jamás pudo tener una influencia que, de una parte, le generara una ventaja ante las entidades públicas

contra toda evidencia. Allí puede darse la vía de hecho, como lo ha admitido esta Corte, si por haberse forzado arbitrariamente el ordenamiento jurídico se han quebrantado o se amenazan derechos constitucionales fundamentales (Cfr., por ejemplo, la Sentencia T-765 del 9 de diciembre de 1998).

⁷⁶ Sentencia T-066 de 2009 M.P. Jaime Araújo Rentería. “En esta hipótesis no se está ante un problema de interpretación normativa, sino ante una decisión carente de fundamento jurídico, dictada según el capricho del operador jurídico, desconociendo la ley, y trascendiendo al nivel constitucional en tanto compromete los derechos fundamentales de la parte afectada con tal decisión”. Ver además Sentencia T-079 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷⁷ Sentencia T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver Sentencia T-1285 de 2005. Además, en la sentencia T-193 de 1995, esta Corporación señaló: “Es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art.13). A través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la Constitución”. Sobre este tema, también puede consultarse la sentencia T-949 de 2003.

⁷⁷ Sentencia T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Ver la sentencias T-292 de 2006, SU-640 de 1998 y T-462 de 2003.

⁷⁸ SU 448 de 2011

con las cuales el Banco Finandina quería prestar servicios financieros y, de otra, que le otorgara un posicionamiento privilegiado ante sus futuros electores.

Por lo anterior, concluye, la sentencia objeto de reproche interpretó de manera contraevidente el sentido que desde un principio el Constituyente quiso otorgarle al artículo 179 (numeral 3°) de la Carta Política, por cuanto no existió un análisis razonable de las actividades realizadas por la demandada, las cuales, en su opinión, se limitaron a una mera oferta de los servicios que prestaba la entidad financiera, la cual no iba dirigida a una entidad pública en particular sino a los potenciales usuarios.

Esta Sala reitera los razonamientos esbozados al resolver sobre la violación del precedente judicial. En primer lugar, como se indicó, la decisión judicial impugnada tuvo presente, siguiendo para el efecto la sentencia de 13 de septiembre de 2007⁷⁹, la teleología de la inhabilidad, indicando que ella se edifica en la garantía de los principios de equilibrio en la contienda electoral y de igualdad de condiciones y oportunidades en campaña entre los contendientes, agregando que la misma tenía que ver con la necesidad de prevenir que quien siendo candidato al Congreso de la República se aproveche de su cercanía con organismos estatales para, de un lado, obtener la concreción de un asunto de intereses de dichas entidades y, de otro lado, aplicable al caso en cuestión, aumentar su prestigio en favor de su candidatura.

Posteriormente, y como se anotó, estableció de acuerdo con las circunstancias y los fines de las actividades desplegadas por la demandante, que las gestiones realizadas tenían el carácter de ser potencialmente efectivas, valiosas, útiles y trascendentes para la configuración de la inhabilidad, conforme lo exige el precedente judicial estudiado, al potenciar su prestigio en favor de su candidatura, generándose desigualdad en la contienda electoral.

⁷⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 13 de septiembre de 2007. Exp. N° 11001-03-28-000-2006-00045-00(3979-3986. Actor: Humphrey Roa Sarmiento y otro. Demandado: Representantes a la Cámara por el Departamento de Boyacá.

De estas consideraciones no se advierte que haya habido una interpretación contraevidente o alejada de los fines que edifican la inhabilidad estudiada (numeral 3°, Artículo 179 de la Carta Política).

Resulta ser irrelevante si las gestiones se dieron “(...) *de manera concomitante con su candidatura* (...)”, puesto que, se reitera, la potenciación del prestigio que detectó la Sección Quinta, pudo ser empleado por la demandante posteriormente a las gestiones identificadas por dicha Sala, al punto que sin contar con un tiempo adecuado para llevar a cabo su campaña, se reitera, las mismas contribuyeron a su elección como representante a la cámara por el departamento del Huila.

Cabe resaltar eso sí, que no cabe duda que entrar en contacto con entidades públicas de los distintos órdenes territoriales dentro de la circunscripción del departamento del Huila, en orden a manejar los dineros que hace parte de sus presupuestos, no es una gestión que pueda realizar cualquier persona y por ello, como lo identificó la providencia impugnada, es una circunstancia que “(...) *que no es igualitaria para todos aquellos participantes en las justas electorales* (...)” y no se advierte que esta conclusión a la que arribó dicha Sala se torne arbitraria y alejada de la teleología propia de la causal de inhabilidad indicada, razón por la que no se advierte la presencia del defecto sustantivo y la acusación no puede prosperar.

No sobra señalar que si bien se tuvieron en cuenta únicamente las gestiones realizadas ante Aguas del Huila y el municipio de Baraya, por ser estas las que se presentaron dentro del período inhabilitante, también lo es que la demandante había tenido contacto con otras entidades de la circunscripción correspondiente al departamento del Huila, como el municipio de Neiva y el departamento de Neiva, lo que implicó una cercanía con las autoridades públicas que desequilibraba la contienda electoral. La providencia impugnada identificó las gestiones señaladas así:

“(...) Se afirma de esa forma porque varios de los hechos probados incluyeron ofertas anteriores al período inhabilitante y actividades posteriores al mismo, tal como aconteció, entre otros, con el servicio financiero ofrecido al municipio de Neiva, a través de su Tesorero y de su Secretario de

Hacienda, en el cual las respectivas ofertas se dieron los días 16 y 15 de agosto de 2013, respectivamente (copia autenticada fls. 33 a 34, 473 a 474 y 459 a 466 cdno. 1); al Departamento del Huila, a través de su Secretario de Hacienda, por cuanto la oferta la hizo la demandada el 15 de agosto de 2013 (fls. 471 a 472 cdno. Ppal.); a la Gerencia de “Guipas y Chavos”, oferta que realizó la entonces Gerente el 21 de agosto de 2013 (fls. 475 a 476 cdno. Ppal.). (...)”

Retomando, el estudio probatorio, la Sala observa que la vinculación de la doctora **ANA MARIA RINCON HERRERA**, al Banco Finandina -causa originaria de su posibilidad de tratativas con entidades públicas- se acreditó mediante certificación que el propio Banco Finandina expidiera el 4 de noviembre de 2014, en el que informó que la demandada laboró desde el día 22 de julio de 2013 hasta el 4 de febrero de 2014, con contrato a término indefinido y su último cargo fue el de Gerente de Oficina (fl. 489 cdno. 1). Y anexó el contrato de trabajo a término indefinido que celebraran ambas partes el 19 de julio de 2013, cuyo objeto era la **prestación del servicio de desarrollo y ejecución de las labores del cargo de Gerente de Oficina**. (...)”

VII.2.3.- Violación directa de la Constitución Política

Frente al alcance de este defecto que hace procedente la acción de tutela en contra de providencias judiciales, esta Sala, en sentencia de 14 de mayo de 2015⁸⁰, lo caracterizó en la siguiente forma:

“(...) La Corte Constitucional ha precisado que el defecto de la violación directa de la Constitución se origina en la obligación que les asiste a todas las autoridades judiciales de velar por el cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 4° de la Carta Política: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.”

La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución, en principio fue concebida como un defecto sustantivo. Así por ejemplo, en la Sentencia SU- 1722 de 2000, en la que se estudiaron acciones de tutela interpuestas contra providencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en las cuales se les agravó la pena a los apelantes únicos argumentando que concurrían el recurso de apelación, la Corte Constitucional señaló que desconocer la disposición constitucional que expresamente prohíbe al superior funcional “agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”, suponía la materialización del defecto sustantivo. Al respecto manifestó la Corte que:

⁸⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO, sentencia de catorce (14) de mayo de dos mil quince (2014), Radicación número: 11001-03-15-000-2014-00861-00(AC), Actor: JORGE HERIBERTO MORENO GRANADOS, Demandado: CONSEJO DE ESTADO - SECCION QUINTA.

“En los casos que son objeto de revisión, la Corte aprecia un defecto sustantivo, en la medida en que las decisiones impugnadas se fundan en la sumisión de la no reforma en peor frente al principio de legalidad, lo cual resulta evidente inaplicable. En este sentido, el error superlativo en que incurrieron las autoridades demandadas consistió en el desconocimiento del principio constitucional consagrado en el inciso 2º del artículo 31 de la Constitución”.

Con posterioridad, en la sentencia T-949 de 2003 la Corte incluyó la violación directa de la Constitución como una causal de procedibilidad de la acción de tutela de carácter independiente y autónoma. En esta oportunidad se dijo:

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

Finalmente, la anterior interpretación se consolidó en la sentencia C-590 de 2005, en la que la Corte al estudiar una acción pública de inconstitucionalidad contra la disposición del Código de Procedimiento Penal, que aparentemente proscribía la acción de tutela contra fallos dictados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, incluyó definitivamente a la violación directa de la Constitución como un defecto autónomo que justifica la procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

Al respecto sostuvo el Alto Tribunal de lo Constitucional:

“(…) la violación directa de la Constitución opera en dos circunstancias: uno (i), cuando se deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto, dos (ii), al aplicar la ley al margen de los dictados de la Constitución”.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional⁸¹ ha sostenido que procede la tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución cuando:

- ✓ *En la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional;*

⁸¹ Sentencias T-809 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-747 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-555 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-071 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.

- ✓ *Se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata; y*
- ✓ *El juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución.*

En conclusión, es factible que una providencia judicial sea susceptible de cuestionarse por medio de la acción de tutela cuando desconozca o aplique indebida e irrazonablemente los postulados previstos por la Constitución, pues a las autoridades judiciales no les es dable en su labor apartarse de las disposiciones consagradas en ella, dado que el actual modelo de ordenamiento constitucional reconoce un valor normativo superior a los preceptos contenidos en la Carta Política. (...)"

En relación con este defecto, la parte demandante considera que las interpretaciones extensivas de las causales de inhabilidad de origen constitucional que, en su concepto llevó a cabo la Sección Quinta del Consejo de Estado en la decisión impugnada, no pueden ser consideradas como un ejercicio legítimo de la independencia y autonomía judicial, pues tal como lo indicó, constituyen una restricción desproporcionada de derechos fundamentales, especialmente del derecho a ser elegido y a ejercer cargos y desempeñar funciones públicas.

La Sala nuevamente reitera, conforme a los análisis que ha emprendido en relación con los defectos de violación del precedente judicial y sustantivo, que no se evidenció que hubiera una interpretación extensiva de la causal de inhabilidad contenida en el numeral 3° del artículo 179 de la Carta Política ni violación del precedente judicial respecto de su interpretación y aplicación, razón por la que no se encuentra, consecuentemente, vulneración alguna del derecho de la demandante a ser elegida y a ocupar cargos públicos en la medida en que se encontró que incurrió en la inhabilidad que se le endilgaba, lo cual dio lugar a que se anulara su elección como representante a la cámara por el departamento del Huila.

VII.2.4.- Defecto fáctico

La ciudadana Mildred Samary Quesada Toledo intervino en el trámite de esta acción constitucional esgrimiendo, entre otros argumentos, que se había generado una vía de hecho por valoración indebida del material probatorio en la medida en que el fallo se sustenta en una prueba inexistente que acredita la gestión desplegada por Ana María Rincón Herrera frente al Municipio de Baraya (Huila),

pues, en su concepto, si se observan detenidamente los folios 469 y 470 del expediente, se encuentra que si bien allí aparece un oficio dirigido al Alcalde de aquel municipio, fechado el 24 de octubre de 2013 y que aparece firmado por la demandada, también lo es la que éste no presenta constancia alguna de haber sido recibido por el destinatario,

Lo alegado por la demandante se encuadra en el defecto fáctico, frente al cuál la Sala ha esbozado, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los siguientes elementos para su configuración⁸²:

“(…) Defecto Fáctico. En lo que concierne al defecto fáctico, la jurisprudencia⁸³ de la Corte Constitucional ha determinado que:

“La existencia de un defecto fáctico que convierte a una decisión judicial en una vía de hecho es un asunto al que ya se ha referido con suficiencia esta Corporación.

*Para la Sala, de la jurisprudencia de la Corte en materia de defecto fáctico es posible identificar al menos tres modalidades, circunscritas por definición al aspecto probatorio que atañe a las providencias judiciales y que pueden ser presentadas como sigue: (i) defecto fáctico por la omisión en el decreto y la práctica de pruebas, (ii) defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio y, (iii) **defecto fáctico por la valoración defectuosa del material probatorio.***

(…)

8. La tercera hipótesis, se presenta cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva.

Esta situación se presenta en hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, como en el caso de la sentencia T-450 de 2001, en el que un

⁸² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, Bogotá, D.C., cinco (05) de febrero de dos mil quince (2015), Radicación número: 11001-03-15-000-2014-01864-01(AC), Actor: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, Demandado: CONSEJO DE ESTADO - SECCION QUINTA.

⁸³ Sentencia T-302 de 2003. M.P. Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

juez de familia en un proceso de aumento de cuota alimentaria, en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro, decidió aumentarle la cuota alimentaria al demandado.

Afirmó la Corte:

"En el proceso que ahora es objeto de revisión, no se aprecian las pruebas y razones que justifiquen la decisión tomada por el Juez 15 de Familia de Bogotá, pues aunque la materia sobre la que versa el proceso –aumento de cuota alimentaria- compromete principios centrales dentro de la organización social (v.gr. la protección del menor, la vigencia del principio de solidaridad, el valor de la justicia y la equidad), que, en principio, alentarían una postura activa por parte del juez competente con el propósito de proteger integralmente los derechos de un menor, **su acción no puede estar absolutamente desligada de las pruebas alegadas o decretadas dentro del proceso** –en esta oportunidad, las presentadas por la madre- Así, todo reconocimiento superior a las sumas probadas dentro del proceso, e incluso a los derechos alegados, debe estar plenamente sustentada, **so pena de convertir a la decisión judicial en un acto arbitrario que tiene un grave vicio fáctico y lesiona los derechos de la parte vencida en el juicio** –en este caso el señor Apóstol Espitia Beltrán-.

En el expediente no existen pruebas o indicios que avalen la posibilidad de aumentar la cuota alimentaria de la manera como lo hizo el juez competente, y si bien tras su determinación existe una clara intención encaminada a proteger los derechos de la niña, reprochando a su vez la indisposición que demostró el padre durante el trámite del proceso, estas no son razones suficientes para justificar la decisión, pues aquí también está en juego el respeto al debido proceso que se predica de toda actuación judicial. Por eso, tiene razón el juez de instancia a quien le correspondió conocer de la tutela, cuando afirma que: "a pesar de que se adopte la tesis que el juez en algunas materias de familia puede fallar más allá de lo pedido o por fuera de lo pedido, lo que si no puede hacer es más allá o por fuera de lo probado, ya que en tal caso la decisión sólo responde a su propio arbitrio, contradiciendo el deber de motivación o fundamentación de la providencia, lo cual vulnera ostensiblemente el debido proceso". Por estas razones el fallo de instancia será confirmado."

También se presenta cuando no se aplica la regla de exclusión de la prueba ilícita y con base en esta, el juez de la causa decide el asunto jurídico debatido."

Sobre el punto, la jurisprudencia ha establecido que, además de lo expresado, esto es, que la indebida interpretación de las pruebas resulte arbitraria por carecer de fundamento alguno; para que se constituya el defecto fáctico; ésta debe ser determinante en el sentido del fallo. Sobre el particular, la Corte en la sentencia T-550 de 2002 consideró que:

*"Se ha establecido de manera uniforme que la falta de consideración de un medio probatorio conlleva una vía de hecho **solamente si esta determina un cambio en el sentido del fallo.** De esto se desprende que es deber del juez respetar en alto grado la autonomía del funcionario judicial.*

(...)

*En lo referente a la apreciación hecha por la accionada de las pruebas, la Sala estima necesario recordar que para que un defecto fáctico configure una vía de hecho se necesita que el acervo probatorio haya sido analizado de manera tal **que de ser tenidas en cuenta las pruebas ignoradas o haberse hecho un análisis diferente del acervo probatorio, cambiaría el sentido del fallo.**" (Negrilla y subraya fuera de texto original)*

*Así las cosas, el defecto fáctico por valoración indebida del material probatorio, es objeto de control constitucional a través de la acción de tutela, **únicamente** cuando es indudable que, de haberse realizado su valoración de manera adecuada, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente.(...)"*

Revisado el expediente correspondiente al medio de control de nulidad electoral, específicamente los folios 469 y 470 del expediente, conforme lo anota la ciudadana Mildred Samary Quesada Toledo, el oficio de 24 de octubre de 2013, no tiene constancia de radicación en el municipio de Baraya (Huila).

Sin embargo, no debe perderse de vista que, aun prescindiendo de dicho documento, el sentido del fallo no cambiaría, puesto que la Sección Quinta del Consejo de Estado encontró acreditada la causal de inhabilidad de la gestión que realizó la demandante frente a la empresa Aguas de Huila (fol. 452-453, Cuaderno Principal, Expediente No. 2014-00051). Por ello no se evidencia, entonces, la existencia de un defecto fáctico en la providencia impugnada.

En suma y de conformidad con lo expuesto se denegará el amparo constitucional solicitado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DENIÉGASE la acción de tutela presentada por **ANA MARÍA RINCÓN HERRERA** en contra de la **SECCIÓN QUINTA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO**, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: De no ser impugnada esta sentencia, **REMÍTASE** el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído devuélvase a la **SECCIÓN QUINTA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO** el original del expediente número 11001-03-28-000-2014-00051-00, medio de control de nulidad electoral, actor **IVÁN MEDINA NINCO** contra **ANA MARÍA RINCÓN HERRERA**, remitido por ese despacho en calidad de préstamo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Conjuez

GUSTAVO ADOLFO CUELLO IRIARTE
Conjuez