

DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL – Debido proceso legal

En la sentencia SU-159 de 2002, se efectúa la distinción entre el debido proceso de alcance constitucional del simplemente legal para referir que el primero de ellos comprende no solamente las garantías previstas en el artículo 29 de la C.P. sino agrupa todos los derechos constitucionales fundamentales: “El constituyente no abordó todas las posibles violaciones al debido proceso, de carácter legal, si no sólo aquellos elementos que forman parte del ámbito de protección constitucional”. El ámbito del debido proceso constitucional acorde a la referida sentencia, comprende “las formalidades legales esenciales”. En ese sentido, se adujo que correspondía al juez constitucional examinar si a pesar de la irregularidad que presente una prueba, pueden subsistir otras con fundamento en las cuales pudo adoptarse la decisión; vale decir, siempre que no haya sido determinante para la misma, a la prueba irregular se le resta importancia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 29

NOTA DE RELATORIA: Corte Constitucional, sentencia SU-159 de 2002

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL. Presupuestos. Causales de procedibilidad

La Corte Constitucional elaboró el test de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, con la finalidad de destacar los eventos excepcionales de aplicación, los cuales deben satisfacerse plenamente en la tarea de identificar cuándo una sentencia judicial puede someterse al examen de orden estrictamente constitucional, en aras de establecer si con la actuación se afectan derechos de relevancia constitucional o si la misma no alcanza a vulnerar tales derechos porque se profirió dentro del marco de actuación propio de los órganos judiciales ordinarios. Tales presupuestos son: (a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional: Lo anterior porque el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. (b) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable: Señala la Corte Constitucional que de no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales. (c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez: Es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a

partir del hecho que originó la vulneración. (d) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora: Con fundamento en este presupuesto, se precisa que la irregularidad debe comportar grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad; la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio. (e). Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible: Indica la Corte que esta exigencia es comprensible, pues sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos. (f). Que no se trate de sentencias de tutela: Lo anterior se justifica bajo el riguroso proceso de selección que hace la Corporación. Igualmente, bajo el rótulo de las causales de procedibilidad se rediseñó el ámbito de comprensión de la acción de tutela contra sentencias judiciales, superando la noción de vía de hecho por la de decisión ilegítima con la finalidad de resaltar la excepcionalidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, la cual solamente cuando tenga eminente relevancia constitucional resulta procedente. Al respecto, indica los defectos o vicios que debe presentar la decisión que se juzga: (a) Defecto orgánico: Que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece absolutamente de competencia. (b). Defecto procedimental absoluto: Que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. (c) 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. (d) Defecto material o sustantivo: Como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. (e) Error inducido: Que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. (f) Decisión sin motivación: Que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones. (g) Desconocimiento del precedente: Según la Corte Constitucional, en estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del

derecho fundamental vulnerado (h.) Violación directa de la Constitución: Procede cuando la decisión judicial supera el concepto de vía de hecho, es decir, en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la tutela contra providencia judicial: Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005.

DEFECTO SUSTANTIVO – Concepto. Causales

Cuando se hace alusión al defecto sustancial o material, se hace referencia a las normas que el operador jurídico considera son aplicables, y/o a la interpretación que éste hace de las mismas frente a un caso concreto. En ese orden de ideas, se ha considerado que se incurre en tal defecto (I) cuando la decisión impugnada se funda en una disposición que ha sido derogada, subrogada o declarada inexecutable, (II) cuando la aplicación o interpretación que se hace de la norma en el asunto concreto desconoce la sentencia con efectos *erga omnes* que han definido su alcance, (III) cuando la decisión impugnada se funda en una disposición que indiscutiblemente no es aplicable al caso, (IV) cuando la norma pertinente para el asunto en concreto es desatendida y por ende inaplicada, (V) cuando se interpreta una disposición normativa desbordando el sentido de la misma, y (VI) cuando la interpretación de ésta se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el defecto sustantivo: Corte Constitucional, sentencia T-474 de 2008, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD – Fundamentos normativos del acto administrativo de retiro / DEFECTO SUSTANTIVO – Configuración por aplicación de norma derogada

Es necesario precisar, que esta Corporación ha sostenido, “que respecto a los empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, no es posible predicar fuero de estabilidad similar al que les asiste a los empleados escalafonados, de tal manera que el nominador puede disponer su retiro mediante acto administrativo que no requiere ser motivado, y el cual se presume expedido por razones del servicio público (...)”, pero en aquellos casos que se presentaron durante la vigencia de la Ley 443 de 1998 y normas concordantes, esto es, antes de la Ley 909 de 2004. Se realiza la anterior precisión, porque la Ley 909 de 2004 mediante su artículo 54 derogó

la Ley 443 de 1998 (a excepción de los artículos 24, 58, 81 y 82) y las demás disposiciones que le son contrarias, como el Decreto 1572 de 1998 (modificado por el Decreto 2504 de 1998) que reglamentaba la Ley 443 del mismo año, aunque éste expresamente fue derogado por el artículo 112 del Decreto 1227 de 2005, que reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998. Estima la Sala que la situación antes descrita es de significativa importancia, como quiera que las normas citadas por el Tribunal como fundamento de su decisión, al ser derogadas por la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, no podían ser aplicadas para determinar la legalidad o ilegalidad del Decreto N° 086 de 2007 del Gobernador de Arauca, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad del accionante como Profesional Especializado, Código 222, Grado 04, de la Secretaría de Educación Departamental, como quiera que este acto administrativo se profirió después de la derogatoria de la Ley 443 de 1998 y su decreto reglamentario. En ese orden de ideas, evidencia la Sala que la sentencia de 11 de febrero de 2010 del Tribunal Administrativo de Arauca, al aplicar normas derogadas y la jurisprudencia existente sobre las mismas, para resolver el recurso de apelación y verificar la legalidad del acto administrativo demandado, incurrió en un defecto sustantivo.

FUENTE FORMAL: LEY 443 DE 1998 / LEY 909 DE 2004 / DECRETO 1227 DE 2005

NOTA DE RELATORIA: Sobre el fuero de estabilidad de los empleados de carrera: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 11 de junio de 2009, Rad. 2004-01324 (0012-2008), MP. Gerardo Arenas Monsalve.

JUEZ DE TUTELA – Alcance de las órdenes. No puede ordenar a la autoridad el sentido del fallo / PRINCIPIO DE AUTONOMIA FUNCIONAL DEL JUEZ – No es absoluto

Sobre las medidas de protección solicitadas por el petente, es preciso aclarar que el Consejo de Estado en esta oportunidad actúa como juez de tutela y no como juez ordinario o de instancia, razón por la cual no puede ordenarle a la autoridad judicial accionada que falle en determinado sentido el proceso contencioso promovido por el accionante, so pena de desconocer que legalmente el Tribunal Administrativo de Arauca es el competente para resolver en segunda instancia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En concordancia con lo anterior, no es válido que en protección del derecho al debido proceso se obligue a la autoridad judicial demandada a resolver en favor del petente la referida acción, o que se le indique la forma en que debe interpretar las normas aplicables al asunto que fue puesto en su

conocimiento, so pena de desconocer el principio de la autonomía funcional y su condición de juez natural del asunto. No obstante lo anterior, ante la evidente vulneración del derecho al debido proceso por la configuración de un defecto sustancial en el sentido expuesto, no puede predicarse el carácter absoluto del principio de la autonomía funcional y por ende la intangibilidad de la providencia controvertida, so pena de no reconocer el carácter prevalente que le asigna la Constitución Política a este derecho fundamental, y la supremacía que ésta tiene como norma de normas. En ese orden de ideas, estima la Sala que para armonizar los principios de la autonomía funcional y la legalidad en la asignación de competencias, con el derecho fundamental al debido proceso, debe dejarse sin efectos la sentencia controvertida, y ordenársele al Tribunal Administrativo de Arauca, que en el término prudencial de un mes a partir de la notificación del presente fallo, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 2007-00120, profiera una nueva sentencia teniendo en cuenta el marco legal vigente a la fecha del expedición del Decreto 086 del 9 de mayo de 2007, proferido por el Gobernador de Arauca.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil diez (2010).

Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00540-00(AC)

Actor: RUBEN DARIO LARA BUSTAMANTE

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Decide la Sala la acción de tutela interpuesta mediante apoderado judicial, por el ciudadano Rubén Darío Lara Bustamante, contra el Tribunal Administrativo de Arauca, por la expedición de la sentencia del 11 de febrero

2010, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 2007-00120.

EL ESCRITO DE TUTELA

Solicita en amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia, que se deje sin efectos la sentencia antes señalada, y se le ordene al Tribunal Administrativo de Arauca proferir un fallo sustitutivo en el que aplique la normatividad vigente para la fecha de expedición del Decreto 086 de 2007 del Gobernador de Arauca, que en su criterio exige que los actos administrativos mediante los cuales se retira a los empleados públicos en provisionalidad deben motivarse, y que se fundamenten en alguna de las causales de retiro del servicio establecidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Como hechos y consideraciones en los que sustenta sus pretensiones expuso los siguientes (Fls. 1-29):

Afirma que mediante el Decreto 425 del 4 de octubre de 2005, fue nombrado en provisionalidad por el Gobernador del Departamento de Arauca, para desempeñar el cargo de carrera administrativa, “Profesional Especializado, Código 222, grado 04, de la Secretaría de Educación Departamental”.

Indica que mediante el Decreto 086 de 2007, el Gobernador del Departamento de Arauca declaró insubsistente su nombramiento en provisionalidad, sin expresar las razones de su decisión.

Subraya que para la fecha de expedición del decreto antes señalado estaba vigente la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1277 de 2005, que

exigen motivar los actos a través de los cuales se retira del servicio a los empleados públicos en provisionalidad.

Relata que el día 3 de septiembre de 2007 interpuso contra el Decreto 086 de 2007 la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para que se declarara su nulidad y se ordenara su reintegro con el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir.

Asevera que a través de la sentencia del 1° de diciembre de 2008 el Juzgado Segundo Administrativo de Arauca accedió a las pretensiones de la demanda, pero que esta providencia en segunda instancia fue revocada en su totalidad por el Tribunal accionado mediante el fallo del 11 de febrero de 2010, argumentando que los actos administrativos que disponen el retiro del servicio de los empleados públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad no requieren motivación, pues son expedidos en ejercicio de la facultad discrecional y se presumen proferidos por razones del servicio.

Señala que el Tribunal Administrativo de Arauca citó como fundamento normativo de la decisión controvertida, la Ley 443 de 1998 y los Decretos 1572, 1567 y 2504 de 1998.

Manifiesta que el Juzgado Segundo Administrativo de Arauca, mediante auto del 10 de marzo del año en curso, ordenó estarse a lo resuelto por el Tribunal accionado en la sentencia del 11 de febrero de 2010.

Subraya que el artículo 58 de la Ley 909 de 2004 derogó expresamente la Ley 443 de 1998, excepto los artículos 24, 58, 81 y 82, y que el Decreto 1227 de 2005, a su vez derogó los Decretos 1572 de 1998, 2504 de 1998, 1173 de 1999, y demás disposiciones concordantes.

Considera que al quedar derogadas las normas antes señaladas, las cuales fueron indebidamente aplicadas por el Tribunal accionado para negar las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento que instauró, éste incurrió en un defecto sustantivo que hace procedente el amparo solicitado, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre esta causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Lo anterior, porque al momento de proferirse el decreto que lo declaró insubsistente, las normas que fueron aplicadas por el Tribunal Administrativo de Arauca habían sido derogadas por la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005, que exigen para el retiro del servicio de un empleado público en provisionalidad, que el mismo se efectúe mediante un acto administrativo motivado proferido por la autoridad competente, y por las causales previstas en la Constitución Política y la ley.

Sostiene que la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005 tienen como finalidad, brindar un tratamiento distinto a los empleados públicos nombrados en provisionalidad, al que se les otorga a los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, como lo expreso la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia del 21 de agosto de 2008¹.

Añade que la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en el concepto emitido el 14 de julio de 2005², también expresó que en virtud de las normas antes citadas, para el retiro de un empleado público en provisionalidad se requiere de un acto administrativo motivado proferido por

¹ Expediente 0500-1233-1000-2002-01469-02. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

² Radicado 11001-03-06-000-2005-01652-00 (1652). C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

la autoridad competente, que tenga en cuenta las causales previstas para tal efecto en la Constitución Política y la ley.

A partir de las consideraciones expuestas concluye, que su retiro del cargo que venía desempeñando debía estar precedido de un acto administrativo motivado, de conformidad con lo establecido en los artículos 41 de la Ley 909 de 2004 y 10 del Decreto 1227 de 2005, que el Tribunal accionado desconoció al pronunciarse en segunda instancia sobre la legalidad del Decreto 086 de 2007 del Gobernador de Arauca.

Manifiesta que la decisión controvertida incurre en violación directa de la Constitución, que constituye otra causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto al sostener que el acto que lo declaró insubsistente no necesita motivarse, desconoce los artículos 29, 53 y 229 de la Constitución Política, esto es, los derechos a la defensa, debido proceso, acceso a la administración de justicia y el principio de estabilidad laboral, que a partir de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005, se predica claramente frente a los empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa.

Indica que con Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005, se introdujo la obligación de motivar los actos administrativos mediante los cuales se pretende retirar del servicio a un empleado público en provisionalidad, motivo por el cual esta potestad fue sustraída de las facultades discrecionales a las que hace referencia el artículo 36 del C.C.A., para entrar en la órbita de las reguladas en el artículo 35 de la misma normatividad, de manera tal que los funcionarios en provisionalidad gozan de todas las garantías establecidas por el ordenamiento jurídico, particularmente de las que ofrecen los derechos a la

defensa y al debido proceso, para controvertir las decisiones carentes de motivación que afectan sus intereses.

Añade que la providencia del Tribunal Administrativo de Arauca contraviene el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal consagrado en el artículo 228 constitucional, y el deber del Estado colombiano de garantizar la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, previsto en el artículo 2° del mismo cuerpo normativo.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del 7 de mayo de 2010, se admitió la acción de tutela interpuesta por Rubén Darío Lara Bustamante contra el Tribunal Administrativo de Arauca, y se ordenaron las pruebas y notificaciones pertinentes (Fl. 392).

INTERVENCIONES

Surtidas las comunicaciones de rigor, acudió a la presente actuación el Gobernador encargado del Departamento de Arauca, Dr. José Antonio Bermúdez Contreras (Fls.406-416).

Afirma que la declaratoria de insubsistencia es una medida prevista por el ordenamiento jurídico a favor de la Administración, la cual está amparada por la presunción de legalidad, que se puede desvirtuar cuando se acredita que las autoridades hicieron uso de dicha potestad en abuso o desvío del poder.

Manifiesta que en los funcionarios amparados por el fuero especial que otorga la carrera administrativa, la declaratoria de insubsistencia deja de ser una potestad discrecional porque su ejercicio está condicionado al acaecimiento de ciertas circunstancias y con arreglo a un procedimiento preestablecido, que establece que los empleados de carrera deben declararse insubsistentes por la autoridad nominadora, en forma motivada, cuando hayan obtenido calificación no satisfactoria como resultado de la evaluación del desempeño laboral.

Indica que el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 consagra una competencia del nominador para declarar insubsistente en forma motivada el nombramiento de un *empleado de carrera administrativa* cuando haya obtenido calificación no satisfactoria como resultado de la evaluación del desempeño laboral, y que tal disposición no hace referencia a los funcionarios nombrados en provisionalidad.

Señala que de conformidad con el artículo 25 de la Ley 909 de 2004, los nombramientos en provisionalidad se realizan cuando los titulares de los empleos de carrera se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos, y cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera administrativa.

Expone que con posterioridad se expidió el Decreto 1227 de 2005, que en su criterio va más allá de lo previsto en la Ley 909 de 2004, por cuanto en su artículo 10° establece que cuando el nominador quiera dar por terminado el nombramiento en provisionalidad, antes de cumplirse el término de duración del mismo, debe hacerlo mediante resolución motivada.

Argumenta que en el caso de autos el accionante no perteneció a la carrera administrativa, de manera tal que podía ser declarado insubsistente en cualquier momento, sin necesidad de motivar el respectivo acto administrativo, en virtud de la facultad que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente a sus empleados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1°- Competencia.

La Sala es competente para conocer la acción de tutela interpuesta por el señor Rubén Darío Lara Bustamante contra el Tribunal Administrativo de Arauca, de conformidad con las reglas previstas en el Decreto 1382 de 2000.

2°- La acción de tutela contra decisiones judiciales.

El debate jurisprudencial sobre la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales tiene génesis en la sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional que declaró la inexecutable del artículo 40 del Decreto 2591 de 1991. Más adelante, mediante sentencias de tutela, la misma Corte permitió de forma excepcional y frente a la amenaza de derechos fundamentales, el reexamen de la decisión judicial en sede de tutela, con la finalidad de establecer si el fallo judicial se adoptó, en apariencia revestida de forma jurídica, cuando en realidad envolvía una vía de hecho.

La vía de hecho entendida como una manifestación burda, flagrante y desprovista de todo vestigio de legalidad, es el principio que inspiró la posibilidad de instaurar la acción de tutela contra decisiones judiciales, pues no

obstante el reconocimiento al principio de autonomía funcional del juez, quien la administra quebranta, bajo la forma de una providencia judicial, derechos fundamentales.

De ahí que salvo eventos sumamente excepcionales, la acción de tutela contra decisiones judiciales es improcedente, en razón a que la seguridad jurídica y el respeto al debido proceso no permiten el carácter temporal de tales decisiones ni la existencia de la tutela como instancia última de todos los procesos y acciones. Además, porque el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia son órganos de cierre de sus respectivas jurisdicciones, de modo que sus decisiones son últimas, intangibles e inmodificables.

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

Esta doctrina constitucional ha sido precisada y reiterada en varias decisiones de unificación proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las sentencias SU-1184 de 2001 y SU-159 de 2002.

En la referida sentencia SU-1184 de 2001, la Corte Constitucional precisó el ámbito de la vía de hecho por defecto fáctico y señaló que la violación al debido proceso ha de ser grave porque el juez de tutela tiene el deber de respetar, en el mayor grado posible, la valoración que del material probatorio hace el juez natural.

De ahí que se fijaron las siguientes pautas para constituir el anterior defecto:

“cuando se omite la práctica o consideración de pruebas decisivas³, las pruebas existentes se valoran de manera contra-evidente⁴, se consideran pruebas inadmisibles⁵ o cuando la valoración resulta abiertamente contraria a los postulados constitucionales. Empero, tal como lo sostuvo la Corporación en la sentencia T-025 de 2001⁶, las pruebas omitidas o valoradas indebidamente, “deben tener la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo”, de suerte que si las pruebas en cuestión no son determinantes para la decisión, al juez de tutela le está vedado entrar a analizar la valoración que de ellas hizo el juez”.

Y en la sentencia SU -159 de 2002 se dijo:

“Finalmente, la Corte debe advertir, en concordancia con su propia jurisprudencia, que sólo es factible fundar una acción de tutela cuando se observa que de una manera manifiesta aparece arbitraria la valoración

³ Sobre el particular ver, entre otras, sentencias SU-477 de 1997, T-329 de 1996. Sobre la omisión de práctica de pruebas decisivas ver sentencias T-488 de 1999, T-452 de 1998, T-393 de 1994, entre otras

⁴ Sobre el particular ver, entre otras, la sentencia T-452 de 1998 que señaló:

“en relación con la valoración que hacen los jueces de la pruebas dentro de un proceso, la posible configuración de una vía de hecho en la misma requiere de un comportamiento del funcionario que la adelanta, claramente irregular, en donde se impone su voluntad, en contravía de lo que puede arrojar objetivamente el cuaderno de pruebas allegado o solicitado para su práctica...”

⁵ El artículo 29 de la Carta dispone que “[E]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. En la sentencia T-008 de 1998 la Corte señaló al respecto:

“Esta Sala no puede menos que indicar que sólo en aquellos casos en los cuales la prueba nula de pleno derecho constituya la única muestra de culpabilidad del condenado, sin la cual necesariamente habría de variar el juicio del fallador, procedería la tutela contra la decisión judicial que la tuvo en cuenta, siempre y cuando se cumplan, por supuesto, los restantes requisitos de procedibilidad de la acción.”

⁶ M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En similar sentido T-329 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo de la prueba “debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”⁷.

En otros de los apartes de la sentencia anterior, se efectúa la distinción entre el debido proceso de alcance constitucional del simplemente legal para referir que el primero de ellos comprende no solamente las garantías previstas en el artículo 29 de la C.P. sino agrupa todos los derechos constitucionales fundamentales:

“El constituyente no abordó todas las posibles violaciones al debido proceso, de carácter legal, si no sólo aquellos elementos que forman parte del ámbito de protección constitucional”.

El ámbito del debido proceso constitucional acorde a la referida sentencia, comprende “las formalidades legales esenciales”. En ese sentido, se adujo que correspondía al juez constitucional examinar si a pesar de la irregularidad que presente una prueba, pueden subsistir otras con fundamento en las cuales pudo adoptarse la decisión; vale decir, siempre que no haya sido determinante para la misma, a la prueba irregular se le resta importancia.

Igualmente aplicando los estrictos términos del artículo 86 de la C.P., es pertinente examinar la procedencia de la acción de tutela cuando aún existiendo medios de defensa judicial, aquélla se utilice como MECANISMO TRANSITORIO para evitar un perjuicio irremediable.

La evolución jurisprudencial, condujo a proferir la sentencia C-590/05, en la

⁷Cfr. sentencia T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

cual la Corte Constitucional resaltó el carácter sumamente excepcional de la acción de tutela, vale decir cuando de forma protuberante se vulneren o amenacen derechos fundamentales. La regla general de improcedencia de la acción de tutela contra tales decisiones, se expone en la anterior providencia al destacar que incluso las sentencias judiciales constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales y además, porque el valor de cosa juzgada de las sentencias, la garantía del principio de seguridad jurídica y la autonomía e independencia son principios que caracterizan a la jurisdicción en la estructura del poder público.

En otro aparte la mencionada decisión, precisó:

“...22. Con todo, 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...”.

En ese orden, se elaboró el test de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, con la finalidad de destacar los eventos excepcionales de aplicación, los cuales deben satisfacerse plenamente en la tarea de identificar cuándo una sentencia judicial puede someterse al examen de orden estrictamente constitucional, en aras de establecer si con la actuación se afectan derechos de relevancia constitucional o si la misma no alcanza a vulnerar tales derechos porque se profirió dentro del marco de actuación propio de los órganos judiciales ordinarios.

Tales presupuestos son: (a) *Que la cuestión que se discuta resulte de evidente*

relevancia constitucional: Lo anterior porque el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. (b) *Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable:* Señala la Corte Constitucional que de no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales. (c) *Que se cumpla el requisito de la inmediatez:* Es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. (d) *Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora:* Con fundamento en este presupuesto, se precisa que la irregularidad debe comportar grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad; la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio. (e). *Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible:* Indica la Corte que esta exigencia es comprensible, pues sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos. (f). *Que*

no se trate de sentencias de tutela: Lo anterior se justifica bajo el riguroso proceso de selección que hace la Corporación.

Igualmente, bajo el rótulo de las CAUSALES DE PROCEDIBILIDAD se rediseñó el ámbito de comprensión de la acción de tutela contra sentencias judiciales, superando la noción de VÍA DE HECHO por la de DECISIÓN ILEGÍTIMA con la finalidad de resaltar la excepcionalidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, la cual solamente cuando tenga eminente relevancia constitucional resulta procedente.

Al respecto, indica los defectos o vicios que debe presentar la decisión que se juzga: (a) *Defecto orgánico:* Que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece absolutamente de competencia. (b). *Defecto procedimental absoluto:* Que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. (c) *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. (d) *Defecto material o sustantivo:* Como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. (e) *Error inducido:* Que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. (f) *Decisión sin motivación:* Que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones. (g) *Desconocimiento del precedente:* Según la Corte Constitucional, en estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado (h.) *Violación directa de la Constitución:* Procede cuando la decisión judicial supera

el concepto de vía de hecho, es decir, en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

La Sala se ha detenido en el análisis de la posición de la Corte Constitucional respecto de la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, no porque considere que deba seguir estrictamente sus criterios interpretativos, sino por otras importantes razones:

La primera es que en este aspecto, comparte plenamente la idea cardinal de que en el Estado Social de Derecho la prevalencia de los derechos fundamentales compromete la actuación de “cualquier autoridad pública” (C.P. artículo 86) incluidos desde luego los jueces de la República de todas las jurisdicciones y rangos y sus respectivos órganos de cierre.

En segundo lugar, se trae a colación la jurisprudencia constitucional respecto de la tutela contra decisiones judiciales por cuanto muestra que ha sido la misma jurisdicción constitucional la que se ha encargado de destacar, que si bien la acción resulta procedente, ella es absolutamente excepcional y no puede significar, en modo alguno, una prolongación indefinida del debate jurídico.

Finalmente, estima la Sala que la metodología contenida en la jurisprudencia constitucional para verificar si una decisión judicial debe o no ser tutelada, constituye un valioso mecanismo para resolver el asunto, cuya adopción facilita el análisis de este complejo problema.

3° Análisis del caso en concreto.

En síntesis el accionante argumenta, que la sentencia del 11 de febrero del presente año, proferida por el Tribunal accionado, al invocar como fundamento normativo la Ley 443 de 1998 y los Decretos 1572, 1567 y 2504 de 1998, incurrió en un defecto sustantivo, por cuanto desconoció que estas disposiciones fueron derogadas por la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, que establecen la necesidad de expresar las razones por las cuales se retira del servicio a un empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera administrativa.

Por su parte, el Departamento de Arauca se opone a la pretensión de la acción de tutela de dejar sin efectos la sentencia de segunda instancia del Tribunal demandado, indicado que en el proceso contencioso no se desvirtuó la legalidad del acto mediante el cual se retiró del servicio al petente, porque éste no pertenecía a la carrera administrativa, de manera tal que podía ser declarado insubsistente en cualquier momento, sin necesidad de expresar las razones de la decisión adoptada.

Además considera, que el Decreto 1227 de 2005 al exigir que se motive el acto mediante el cual se da por terminado el nombramiento en provisionalidad antes de cumplirse el término de duración éste, excede lo previsto en la Ley 909 de 2004, que en su criterio sólo consagra esta garantía para los empleados de carrera administrativa.

Sobre los argumentos antes expuestos, en primer lugar es necesario precisar, que el análisis planteado mediante la acción objeto de estudio debe limitarse a establecer si la sentencia controvertida incurrió en alguna de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, y no como en parte pretende el Departamento de Arauca y el petente, a establecer cuál es la interpretación y correcta aplicación de la Ley

909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005, a propósito del retiro de los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.

Lo anterior, porque al revisar las sentencias de primera y segunda instancia que resolvieron la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por el accionante (Fls. 301-325, 370-382), se advierte que dichos asuntos no fueron objeto de discusión en el proceso contencioso, por lo que mal haría el juez de tutela al abordar los mismos como si fuera una instancia más dentro éste, de un lado, porque no tiene competencia para ello, y de otro, porque desnaturalizaría el carácter subsidiario y excepcional de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, estima la Sala que el problema jurídico en el caso de autos se contrae a determinar si la sentencia del 11 de febrero de 2010 del Tribunal Administrativo de Arauca, incurrió en alguna de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, particularmente, en un defecto sustancial al tener como fundamento normativo la Ley 443 de 1998 y los Decretos 1572, 1567 y 2504 de 1998, que en criterio del accionante no podían aplicarse, porque fueron derogados por Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005, antes de proferirse el acto demandado.

Para tal efecto, a continuación se expondrá brevemente (I) en qué consiste el defecto sustancial de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, (II) se determinará si las normas (Ley 443 de 1998 y los Decretos 1572, 1567 y 2504 de 1998) citadas por el Tribunal Administrativo de Arauca en la

sentencia controvertida⁸ eran o no aplicables para determinar la legalidad del acto que declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad del actor, y si la Corporación accionada debía o no aplicar la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005 como lo indica el petente, y en caso afirmativo, (III) si la aplicación de estas disposiciones tiene relevancia constitucional.

3.1. Defecto sustancial.

Cuando se hace alusión al defecto sustancial o material, se hace referencia a las normas que el operador jurídico considera son aplicables, y/o a la interpretación que éste hace de las mismas frente a un caso concreto.

En ese orden de ideas, se ha considerado que se incurre en tal defecto (I) cuando la decisión impugnada se funda en una disposición que ha sido derogada, subrogada o declarada inexecutable, (II) cuando la aplicación o interpretación que se hace de la norma en el asunto concreto desconoce la sentencia con efectos *erga omnes* que han definido su alcance, (III) cuando la decisión impugnada se funda en una disposición que indiscutiblemente no es aplicable al caso, (IV) cuando la norma pertinente para el asunto en concreto es desatendida y por ende inaplicada, (V) cuando se interpreta una disposición normativa desbordando el sentido de la misma, y (VI) cuando la interpretación de ésta se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática.⁹

⁸ Folio 380 del expediente.

⁹ Sobre el particular puede apreciarse la sentencia T-474 de 2008 de la Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sobre el particular, la Sala estima pertinente traer a colación el siguiente aparte de la sentencia que se viene citando, fallo que pone de presente a propósito del defecto sustancial, la limitación que es inherente al principio de la autonomía de los jueces para aplicar e interpretar las normas:

“Puede, entonces, señalarse que la función otorgada a los funcionarios judiciales en su labor de administrar justicia y concretamente de aplicación e interpretación de las normas jurídicas que encuentra su soporte en el principio de autonomía e independencia judicial no es absoluta por cuanto se encuentra sujeta a los valores, principios y derechos previstos en la Constitución. Por ello, *“pese a la autonomía de los jueces para elegir las normas jurídicas pertinentes al caso concreto, para determinar su forma de aplicación y para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, en esta labor no le es dable apartarse de las disposiciones de la Constitución o la ley, ya que la justicia se administra con sujeción a los contenidos, postulados y principios constitucionales que son de forzosa aplicación...¹⁰”*.

3.2. Del fundamento jurídico invocado por el Tribunal accionado.

Al revisar la sentencia controvertida mediante la acción objeto de estudio se observa (Fls. 370-382), que el Tribunal accionado sostiene que el fallo de primera instancia que accedió a las súplicas de la demanda, debe revocarse de conformidad con la jurisprudencia que el Consejo de Estado ha construido sobre el nombramiento y retiro de los empleados nombrados en provisionalidad¹¹.

¹⁰ Sentencia T-284 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹¹ Cita la sentencia del 26 de junio de 2008, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicado 0606.

Para tal efecto el Tribunal Administrativo de Arauca indica, que esta Corporación ha señalado que dichos empleados no gozan de la estabilidad que se predica del personal de carrera administrativa, en tanto su nombramiento y retiro del servicio se realiza en ejercicio de la facultad discrecional, motivo por el cual el nominador puede declarar la insubsistencia del mismo mediante acto administrativo que no requiere ser motivado, el cual se presume proferido por razones del servicio.

Afirma el mencionado Tribunal, que el Consejo de Estado fundamenta la posición antes descrita en la Ley 443 de 1998 y su Decreto Reglamentario 1572 de 1998, que a su vez fue modificado por el Decreto 2504 de 1998, y en los artículos 3 a 8 y el capítulo 2 del Decreto 1567 de 1998.

Considera la corporación judicial accionada, que la sentencia del *A Quo* debe revocarse porque es incoherente, toda vez que a pesar de citar la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el retiro de los empleados públicos en provisionalidad, llega a la conclusión que el acto demandado debe ser declarado nulo, a pesar que el actor no desvirtuó la presunción de legalidad que cobija al mismo.

Sobre el particular es necesario precisar, que esta Corporación en efecto ha sostenido, “que respecto a los empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, no es posible predicar fuero de estabilidad similar al que les asiste a los empleados escalafonados, de tal manera que el nominador puede disponer su retiro mediante acto administrativo que no requiere ser motivado, y el cual se presume expedido por razones del servicio público

(...)”¹², pero en aquellos casos que se presentaron durante la vigencia de la Ley 443 de 1998¹³ y normas concordantes, esto es, antes de la Ley 909 de 2004.

Se realiza la anterior precisión, porque la Ley 909 de 2004¹⁴ mediante su artículo 54 derogó la Ley 443 de 1998 (a excepción de los artículos 24, 58, 81 y 82) y las demás disposiciones que le son contrarias, como el Decreto 1572 de 1998 (modificado por el Decreto 2504 de 1998) que reglamentaba la Ley 443 del mismo año, aunque éste expresamente fue derogado por el artículo 112 del Decreto 1227 de 2005, que reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998.

Estima la Sala que la situación antes descrita es de significativa importancia, como quiera que las normas citadas por el Tribunal como fundamento de su decisión, al ser derogadas por la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, no podían ser aplicadas para determinar la legalidad o ilegalidad del Decreto N° 086 de 2007 del Gobernador de Arauca, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad del accionante como Profesional Especializado, Código 222, Grado 04, de la Secretaría de Educación Departamental, como quiera que este acto administrativo se profirió después de la derogatoria de la Ley 443 de 1998 y su decreto reglamentario.

En ese orden de ideas, evidencia la Sala que la sentencia de 11 de febrero de 2010 del Tribunal Administrativo de Arauca, al aplicar normas derogadas y

¹² Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 11 de junio de 2009. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente 08001-23-31-000-2004-01324-01. N° interno 0012-2008.

¹³ “Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones.”

¹⁴ “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”

la jurisprudencia existente sobre las mismas, para resolver el recurso de apelación y verificar la legalidad del acto administrativo demandado, incurrió en un defecto sustantivo en los términos expuestos en el numeral 3.1. de la parte motiva de esta providencia.

Sobre el particular se destaca la forma en que el Tribunal Administrativo de Arauca aplicó los criterios de interpretación establecidos por esta Corporación en vigencia de la Ley 443 de 1998, a propósito del retiro de los empleados que desempeñan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, por cuanto calificó los mismos como antecedentes jurisprudenciales para resolver el recurso de alzada contra la sentencia del 1° de diciembre de 2008 del Juzgado Segundo Administrativo de Arauca, sin advertir que la norma antes señalada y las concordantes, se encontraban derogadas para la fecha de expedición del acto acusado.

En otras palabras, estima la Sala que el Tribunal accionado no podía considerar como antecedente jurisprudencial para verificar en segunda instancia la legalidad del acto administrativo demandado, sentencias que fueron proferidas por esta Corporación bajo un régimen jurídico distinto al que rige a éste, sin al menos precisar la pertinencia de las mismas bajo la nueva situación de derecho.

3.3. La relevancia constitucional de aplicar las normas vigentes a la fecha de expedición del acto administrativo demandado para verificar su legalidad.

Estima la Sala que el error en el que incurrió el Tribunal accionado es de entidad constitucional, toda vez que el respeto y garantía del derecho al debido proceso, en tratándose del control de legalidad de actos

administrativos implica, que la validez de los mismos sea analizada teniendo como fundamento las normas vigentes al momento de su expedición, para verificar si la Administración hizo uso de las potestades conferidas ciñéndose al ordenamiento jurídico de esa época, y correlativamente, si se garantizó el margen de protección existente en ese entonces para los destinatarios de las decisiones o los terceros interesados.

Se hace énfasis en que el control de la legalidad de los actos administrativos debe realizarse a la luz de los postulados vigentes para la época en que se proferieron, porque no es lógico que la validez de los mismos se constate a partir de enunciados normativos que se encontraban derogados a la fecha de su expedición, o que entraron en vigencia con posterioridad, máxime cuando éstos regularon de forma distinta la situación objeto de análisis.

En ese orden ideas se reitera, que en garantía del derecho al debido al proceso, la legalidad del Decreto que declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad del actor, debió ser analizada de conformidad con las normas vigentes a la fecha de su expedición, y de ninguna manera a la luz de la Ley 443 de 1998 y el Decreto 1572 de 1998, que fueron derogados antes de la emisión del acto administrativo controvertido.

4. De las órdenes a proferir

I. De las órdenes a proferir.

Como medidas de protección el actor solicita que se deje sin efectos la sentencia 11 de febrero de 2010 del Tribunal Administrativo de Arauca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento que promovió, y se le ordene al mismo proferir un fallo sustitutivo, en el que aplique la normatividad vigente

para la fecha de expedición del Decreto 086 de 2007 del Gobernador de Arauca, que en su criterio exige que los actos administrativos mediante los cuales se retira a los empleados públicos en provisionalidad deben motivarse, y que se fundamente en algunas de las causales de retiro del servicio establecidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Sobre las medidas de protección solicitadas por el petente, es preciso aclarar que el Consejo de Estado en esta oportunidad actúa como juez de tutela y no como juez ordinario o de instancia, razón por la cual no puede ordenarle a la autoridad judicial accionada que falle en determinado sentido el proceso contencioso promovido por el accionante, so pena de desconocer que legalmente el Tribunal Administrativo de Arauca es el competente para resolver en segunda instancia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En concordancia con lo anterior, no es válido que en protección del derecho al debido proceso se obligue a la autoridad judicial demandada a resolver en favor del petente la referida acción, o que se le indique la forma en que debe interpretar las normas aplicables al asunto que fue puesto en su conocimiento, so pena de desconocer el principio de la autonomía funcional y su condición de juez natural del asunto.

No obstante lo anterior, ante la evidente vulneración del derecho al debido proceso por la configuración de un defecto sustancial en el sentido expuesto, no puede predicarse el carácter absoluto del principio de la autonomía funcional y por ende la intangibilidad de la providencia controvertida, so pena de no reconocer el carácter prevalente que le asigna la Constitución Política a este derecho fundamental, y la supremacía que ésta tiene como norma de normas.

En ese orden de ideas, estima la Sala que para armonizar los principios de la autonomía funcional y la legalidad en la asignación de competencias, con el derecho fundamental al debido proceso, debe dejarse sin efectos la sentencia controvertida, y ordenársele al Tribunal Administrativo de Arauca, que en el término prudencial de un mes a partir de la notificación del presente fallo, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 2007-00120, profiera una nueva sentencia teniendo en cuenta el marco legal vigente a la fecha de expedición del Decreto 086 del 9 de mayo de 2007, proferido por el Gobernador de Arauca.

Sobre el particular se precisa, que el Tribunal accionado proferirá la sentencia sustitutiva como juez de segunda y no de primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió el actor, motivo por el cual el objeto de la impugnación interpuesta contra el fallo del 1° de diciembre de 2008 del Juzgado Segundo Administrativo de Arauca, constituye el marco dentro del cual la corporación judicial tiene competencia para verificar la legalidad del decreto acusado.

De esta forma se garantiza que el juez competente en segunda instancia analice el acto administrativo demandado a la luz de la normatividad vigente para la fecha de su expedición, y que el Tribunal Administrativo de Arauca como juez natural del asunto profiera en derecho la decisión que corresponda.

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

FALLA

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso del señor Rubén Darío Lara Bustamante, con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS las sentencia del 11 de febrero 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 2007-00120.

TERCERO: ORDENAR al Tribunal Administrativo de Arauca, que en el término de un mes a partir de la notificación del presente fallo, dentro del proceso contencioso antes señalado, profiera una nueva sentencia teniendo en cuenta el marco legal vigente a la fecha de expedición del Decreto 086 del 9 de mayo de 2007 del Gobernador de Arauca.

CUARTO: Notifíquese en legal forma a las partes.

QUINTO: De no ser impugnada la presente providencia, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ
Con salvamento de voto

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA BERTHA LUCÍA RAMÍREZ
DE PÁEZ

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – Improcedencia

Es al Juez al que le corresponde resolver en forma definitiva las controversias ya que si los conflictos no encuentran una instancia definitiva de solución derivan en litigios interminables, que no permiten tener certeza sobre los derechos e intereses. Previendo la falibilidad de las decisiones judiciales se han establecido mecanismos ordinarios y extraordinarios que permiten su revisión dentro de sus propias jurisdicciones. El artículo 31 de la Constitución Política establece que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley, es decir, que, como regla general, las sentencias judiciales, esto es, las providencias que ponen término a un proceso, pueden ser objeto de revisión por otro Juez, superior funcional del que las emitió; existen, además, los recursos extraordinarios de súplica, casación y revisión, en los términos previstos por la ley, que se confían a los Tribunales Supremos de cada Jurisdicción, o sea, a los Jueces con mayor calificación profesional y experiencia. Un nuevo examen judicial de las providencias de los Jueces no tiene, en principio, justificación pues éstos actúan sometidos a la Normatividad y en defensa de los derechos constitucionales y legales de los asociados a quienes se rodea de todas las garantías para su Defensa propiciando la aplicación adecuada y justa de las normas jurídicas. Por seguridad jurídica y por respeto al debido proceso no se puede permitir la interinidad de las decisiones judiciales ni la existencia de la tutela como instancia última de todos los procesos y acciones. La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado son órganos de cierre de sus respectivas jurisdicciones, conforme a los artículos 34 y 237, numeral 1, de la Constitución y, por ende, sus decisiones son últimas, intangibles e inmodificables. Según el artículo 228 de la Carta la Administración de Justicia es independiente en sus decisiones y, de acuerdo con el artículo 230, ibídem los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. Por consiguiente, intervenir en el sentido de la interpretación y aplicación que de la norma hace el Juez Natural viola sus atributos esenciales, a la vez que desconoce que la interpretación de las normas depende de la concepción

política, social y jurídica del juzgador, de su criterio de lo justo y de su apreciación de la realidad, lo cual es igualmente válido respecto del Juez Constitucional, razón por la cual no puede aceptarse que este por el hecho de serlo, no incurra en errores o posea una visión o una interpretación de naturaleza superior. Pretender que por la vía de la tutela se controlen las providencias judiciales, contraría el artículo 86 de la Constitución Política pues la acción fue instituida como mecanismo subsidiario y residual y no en una instancia más para el accionante vencido en un proceso judicial.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 86 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 31 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 34 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 228 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 230 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 237

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil diez (2010).

Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00540-00(AC)

Actor: RUBEN DARIO LARA BUSTAMANTE

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Con mi acostumbrado respeto por la posición mayoritaria me aparto de la tesis acogida en la sentencia, que tuteló el derecho fundamental al debido proceso del señor Rubén Darío Lara Bustamante; dejó sin efectos las sentencia de 11 de febrero de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo

de Arauca dentro del proceso 2007-00120 y ordenó al que en el término de un mes profiera una nueva sentencia, luego de analizar el caso concreto por las siguientes razones:

Excepcionalmente esta Sala tramitó acciones de tutela contra providencias judiciales considerando que el amparo procedía cuando se demostraba la existencia de una vía de hecho por defecto sustantivo, fáctico, orgánico y procedimental y cuando, a pesar de que el interesado contaba con otro medio o recurso de defensa judicial, se probaba la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Pese a lo anterior como en la actualidad la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentada por el Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991, se ha desnaturalizado hasta el punto de quebrantar el orden jurídico por falta de seguridad jurídica y por desconocimiento del principio de la cosa juzgada, la tesis fue replanteada para concluir que es improcedente para controvertir decisiones judiciales por las siguientes razones:

Es al Juez al que le corresponde resolver en forma definitiva las controversias ya que si los conflictos no encuentran una instancia definitiva de solución derivan en litigios interminables, que no permiten tener certeza sobre los derechos e intereses.

Previendo la falibilidad de las decisiones judiciales se han establecido mecanismos ordinarios y extraordinarios que permiten su revisión dentro de sus propias jurisdicciones. El artículo 31 de la Constitución Política establece que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley, es decir, que, como regla general, las

sentencias judiciales, esto es, las providencias que ponen término a un proceso, pueden ser objeto de revisión por otro Juez, superior funcional del que las emitió; existen, además, los recursos extraordinarios de súplica¹⁵, casación y revisión, en los términos previstos por la ley, que se confían a los Tribunales Supremos de cada Jurisdicción, o sea, a los Jueces con mayor calificación profesional y experiencia.

Un nuevo examen judicial de las providencias de los Jueces no tiene, en principio, justificación pues éstos actúan sometidos a la Normatividad y en defensa de los derechos constitucionales y legales de los asociados a quienes se rodea de todas las garantías para su Defensa propiciando la aplicación adecuada y justa de las normas jurídicas.

Por seguridad jurídica y por respeto al debido proceso no se puede permitir la interinidad de las decisiones judiciales ni la existencia de la tutela como instancia última de todos los procesos y acciones. La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado son órganos de cierre de sus respectivas jurisdicciones, conforme a los artículos 34 y 237, numeral 1, de la Constitución y, por ende, sus decisiones son últimas, intangibles e inmodificables.

Según el artículo 228 de la Carta la Administración de Justicia es independiente en sus decisiones y, de acuerdo con el artículo 230, ibídem los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. Por consiguiente, intervenir en el sentido de la interpretación y aplicación que de la norma hace el Juez Natural viola sus atributos esenciales, a la vez que desconoce que la interpretación de las normas depende de la concepción

¹⁵ Derogado por la Ley 954 de 2005

política, social y jurídica del juzgador, de su criterio de lo justo y de su apreciación de la realidad, lo cual es igualmente válido respecto del Juez Constitucional, razón por la cual no puede aceptarse que este por el hecho de serlo, no incurra en errores o posea una visión o una interpretación de naturaleza superior.

Pretender que por la vía de la tutela se controlen las providencias judiciales, contraría el artículo 86 de la Constitución Política pues la acción fue instituida como mecanismo subsidiario y residual y no en una instancia más para el accionante vencido en un proceso judicial.

Con todo comedimiento,

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ