

DEFECTO SUSTANTIVO – Concepto / EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA - la declaratoria de insubsistencia deben motivarse / DEBIDO PROCESO – Vulneración por defecto sustantivo / TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – Procedencia por vulneración del debido proceso por defecto sustantivo

Para éste Colegiado, el precitado argumento de censura contra las decisiones enjuiciadas se ubica no en la omisión del acatamiento del precedente judicial como lo invoco el petente, sino contrario a ello, está ligado al contenido del denominado “*defecto sustantivo*” conforme al cual se declara que una sentencia judicial incurre en vía de hecho cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión o por indebida interpretación judicial. En efecto, de acuerdo a lo expresado, la Sala encuentra que la controversia desatada por el Juzgado Primero Administrativo de Valledupar y el Tribunal Administrativo del Cesar, tuvo lugar en el estudio de legalidad de la Resolución N° 2088 por medio de la cual el Rector de la Universidad Popular del Cesar declaró insubsistente el nombramiento del petente. Se observa, que en primera Instancia dicho Juzgado resolvió negar las súplicas de la demanda bajo el argumento de que al no encontrarse el actor en carrera no puede exigírsele al nominador que el acto de desvinculación o remoción cumpla con el requisito de motivación que la Ley consagra como protección del personal de carrera. La enunciada tesis fue confirmada por el *ad quem*. (...) Así las cosas, de la lectura de las providencias censuradas, la Sala evidencia la constitución del enunciado defecto sustantivo, como pasa a explicarse. Es necesario advertir que la *ratio decidendi* de las sentencias enjuiciadas esta sustentada en la interpretación respecto de la motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad y la aplicación que de ella se realiza a partir de la vigencia de la Ley 909 de 2004. Para ésta Instancia, la razón de decisión expresada en el proceso ordinario, es incorrecta a la luz de la aplicación en el tiempo de la enunciada ley, como quiera, que la situación del petente, contrario a lo considerado por el Tribunal Administrativo del Cesar, debió ser examinada a la Luz de la Ley 909 de 2004 y en especial del parágrafo 2° del artículo 41 de la pluricitada norma, conforme al cual la competencia para el retiro de los empleados de carrera (que pueden ser provistos a través de nombramientos en provisionalidad) es reglada, esto es, que dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la Ley y el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado (art. 10 del Decreto 1227 de 2005). En efecto, la mentada exigencia de motivación del acto de retiro de un empleado nombrado en provisionalidad a partir de la vigencia de la Ley 909 de 2004, surge como un imperativo objetivo de legalidad, de indiscutible acatamiento para los Jueces a la luz del artículo 230 Constitucional, en el que se predica el sometimiento de los funcionarios judiciales al imperio de la Ley. De esta manera, el fallador de segunda instancia, desconoce que la desvinculación del actor, de su nombramiento en el cargo de Profesional Especializado, en el carácter de provisional, se produjo mediante la Resolución Rectoral N° 2088 del 2 de septiembre del año 2005, esto es, en vigencia de la Ley 909 de 2004, que declara expresamente la obligación del nominador de motivar el acto de retiro del empleado en provisionalidad. Dicha omisión sin duda, trasciende a la vulneración del derecho al debido proceso del tutelante, dispuesto en el artículo 29 Constitucional y al principio de legalidad antes mencionado, en la medida en que el retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado. Para la Sala, la Resolución que declaró el retiro del petente en su cargo en la Universidad Popular del Cesar, al producirse en vigencia

de la Ley 909 de 2004, debió sujetarse a lo previsto en el párrafo 2° del artículo 41 *ibidem*, esto es, que el acto administrativo debió motivarse. Razón por la cual, la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, al desconocer dicho imperativo de legalidad, requiere dejarse sin efectos.

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 - Y ARTÍCULO 41 / DECRETO 1227 DE 2005 – ARTICULO 10

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “A”

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de dos mil diez (2010).

Radicación No: 11001-03-15-000-2010-1347-00(AC)

Actor: ORLANDO GREGORIO SOANNES LERMA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR Y OTRO

Decide la Sala en primera instancia, la Acción de Tutela presentada por el ciudadano Orlando Gregorio Soannes Lerma contra las sentencias de 29 de abril de 2009 y 15 de julio de 2010 proferidas por el Juzgado Primero Administrativo de Valledupar y el Tribunal Administrativo del Cesar, respectivamente.

I. ANTECEDENTES

1. Derechos fundamentales invocados en protección

Actuando en nombre propio y en ejercicio de la Acción de Tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, el actor invocó la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia.

2. Hechos

La situación fáctica que originó la afectación de los derechos cuya protección invoca puede resumirse así:

2.1 Relató, que permaneció vinculado como Profesional Especializado en provisionalidad en la Universidad Popular del Cesar “U.P.C.” durante más de 8 años, y mediante la Resolución Rectoral N° 2088 del 2 de septiembre del año 2005, fue declarado insubsistente, mediante acto carente de motivación.

2.2 En enero del año 2006 instauró Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la “U.P.C.” con el propósito de obtener la nulidad del mentado acto de retiro y el restablecimiento de sus derechos como servidor de esa Institución, correspondiéndole en reparto al Juzgado Primero Administrativo de Valledupar, con la radicación N° 2006-0092.

2.3 La referida instancia negó las pretensiones de la demanda, siendo ésta confirmada por el Tribunal Administrativo del Cesar mediante sentencia de 15 de julio de 2010.

2.4 Afirmó, que las decisiones judiciales precitadas incurrieron en vía de hecho, la que fundamenta bajo los siguientes argumentos:

2.4.1 Incurren en defecto fáctico, por valoración defectuosa e incompleta de la prueba testimonial aportada al proceso, por medio de la cual se otorgaba constancia de su excelente desempeño en dicha Universidad y además de ello, dan muestra que su retiro obedeció a razones políticas ajenas al servicio.

2.4.2 Vulneran el precedente judicial desarrollado por la Corte Constitucional y el concepto N° 1906 de fecha 31 de julio de 2008 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que indican que los actos de retiro de los empleados que ocupan provisionalmente cargos de carrera requieren motivación, por lo que al carecer de ella se vulnera el derecho fundamental al debido proceso.

2.4.3 Aduce que el fallo de segunda instancia se fundamenta en Jurisprudencia del Consejo de Estado, cuyo pronunciamiento versa sobre casos en los que no existía norma que expresamente exigiera la motivación, por lo que en su caso debió remitirse a la aplicación de la Ley 909 de 2004 en la que se ordena que la declaratoria de insubsistencia de los empleos en provisionalidad requieren motivación.

2.7. Por lo anterior solicitó la tutela de los derechos enunciados y en consecuencia dejar sin efectos las providencias proferidas en primera y segunda instancia por el Juzgado Primero Administrativo de Valledupar y el Tribunal Administrativo del Cesar.

3. Contestación de la solicitud de tutela

Mediante auto de 5 de noviembre de 2010 el Despacho, ordenó admitir la acción en referencia, notificando a las autoridades accionadas.

3.1 Tribunal Administrativo del Cesar

Se opuso a la prosperidad de la acción, manifestando al respecto, que no se vislumbra la constitución de una vía de hecho alegada el actor, toda vez, que en cita de apartes de la sentencia es posible corroborar que se realizó una valoración de la prueba testimonial allegada al proceso, arribando a la conclusión que dichos testimonios no guardan entre sí una relación coherente y definitiva de la cual se puedan inferir los verdaderos motivos por los cuales se produjo la desvinculación del petente, por lo que no se encontró procesalmente probada la desviación de poder expuesta por el tutelante.

Aunado a ello afirmó, que según la Jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera si accede a él, en forma discrecional, sin procedimientos ni motivación, puede ser desvinculado de la misma forma y no goza de ninguna estabilidad, de manera, que su retiro sin los procedimientos propios del personal de carrera no se puede considerar como violatorio del debido proceso.

Adujo, que la falta de motivación del acto acusado, alegada por la parte actora, y sustentada bajo el contenido del parágrafo 2 del artículo 41 de la ley 909 de 2004, no tiene sustento jurídico valedero por cuanto la disposición regula la competencia reglada para el retiro de los empleados de carrera, siendo respecto de estos que se exige la motivación, norma no aplicable para nombramientos provisionales que no contemplan tal exigencia.

Con fundamento en lo expuesto, solicitó denegar la Acción de la referencia.

3.2 Juzgado Primero Administrativo de Valledupar

Se refirió a cada uno de los hechos constitutivos de la demanda de tutela, manifestando que, en la presente no se configuran los presupuestos exigidos por la Jurisprudencia para la procedencia de los defectos fácticos endilgados por el accionante contra la sentencia censurada.

Afirmó, que la decisión de primera instancia acogió plenamente la posición jurisprudencial de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la sentencia del 9 de marzo de 2006, respecto del nombramiento en provisionalidad, por lo que se aplicó el único precedente vertical que podía ser observado.

Por lo anterior, solicitó desestimar las pretensiones de la acción.

3.3 Universidad Popular del Cesar

Hizo referencia a cada uno de los hechos de la demanda, y como argumento de defensa expresó, que no se evidencia la vulneración de derecho fundamental alguno porque no se constituyen los presupuestos de procedencia establecidos por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, y numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000¹, esta Sala es competente para conocer de la presente Acción de Tutela.

2. Planteamiento del problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si las sentencias de 29 de abril de 2009 y 15 de julio de 2010 proferidas por el Juzgado Primero Administrativo de Valledupar y el

¹ Por medio del cual se establecen competencias para el reparto de la acción de tutela.

Tribunal Administrativo del Cesar, respectivamente, vulneran los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia, del tutelante al negar las pretensiones de nulidad de la Resolución N° 2088 de 2005 por medio de la cual se le declaró insubsistente en su nombramiento en provisionalidad mediante acto carente de motivación.

3. Fundamentos de decisión. Análisis de la Sala.

Para censurar una decisión judicial, es necesario que la sentencia incurra en alguno de los defectos señalados por la Corte Constitucional, a saber: *defecto orgánico, defecto procedimental absoluto, defecto material sustantivo, decisión sin motivación, violación directa de la Constitución, y desconocimiento del precedente.*

En el caso que ocupa la atención de la Sala el acto del que se presume la vulneración de los derechos fundamentales invocados en protección, se origina según el petente, en el desconocimiento de los falladores de instancia del precedente de la Corte Constitucional conforme al cual es exigible la motivación de los actos que declaran la insubsistencia de los nombramientos en provisionalidad de un empleo de carrera y así mismo, de los pronunciamientos del Consejo de Estado proferidos en interpretación de la Ley 909 de 2004.

Para éste Colegiado, el precitado argumento de censura contra las decisiones enjuiciadas se ubica no en la omisión del acatamiento del precedente judicial como lo invoco el petente, sino contrario a ello, está ligado al contenido del denominado “*defecto sustantivo*” conforme al cual se declara que una sentencia judicial incurre en vía de hecho cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión o por indebida interpretación judicial.

En efecto, de acuerdo a lo expresado, la Sala encuentra que la controversia desatada por el Juzgado Primero Administrativo de Valledupar y el Tribunal Administrativo del Cesar, tuvo lugar en el estudio de legalidad de la Resolución N° 2088 por medio de la cual el Rector de la Universidad Popular del Cesar declaró insubsistente el nombramiento del petente, en el cargo de Profesional Especializado, adscrito a la Vicerrectoría Administrativa.

Se observa, que en primera Instancia dicho Juzgado resolvió negar las súplicas de la demanda bajo el argumento de que al no encontrarse el actor en carrera no puede exigírsele al nominador que el acto de desvinculación o remoción cumpla con el requisito de motivación que la Ley consagra como protección del personal de carrera, (fl.35 ss).

La enunciada tesis fue confirmada por el *ad quem*, al considerar que el nombramiento del demandante al tener el carácter de provisional, y accediendo a él en forma discrecional, sin procedimientos ni motivación, puede desvincularse de la misma forma, por lo que su retiro sin los procedimientos propios del personal de carrera, que en su criterio no se puede considerar como violatorio al debido proceso, (fl.67).

Se aprecia igualmente, que la falta de motivación del acto alegada por el tutelante en la vía ordinaria, fundamentada en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, se descartó por el Juez de segunda instancia aduciendo que dicha pretensión, no tiene sustento jurídico, por cuanto la disposición regula la competencia para el retiro de los empleados de carrera, norma que en su criterio no es aplicable para los nombramientos provisionales.

Así las cosas, de la lectura de las providencias censuradas, la Sala evidencia la constitución del enunciado defecto sustantivo, como pasa a explicarse.

Es necesario advertir que la *ratio decidendi* de las sentencias enjuiciadas esta sustentada en la interpretación respecto de la motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad y la aplicación que de ella se realiza a partir de la vigencia de la Ley 909 de 2004.

Para ésta Instancia, la razón de decisión expresada en el proceso ordinario, es incorrecta a la luz de la aplicación en el tiempo de la enunciada ley, como quiera, que la situación del petente, contrario a lo considerado por el Tribunal Administrativo del Cesar, debió ser examinada a la Luz de la Ley 909 de 2004 y en especial del parágrafo 2° del artículo 41 de la pluricitada norma, conforme al cual la competencia para el retiro de los empleados de carrera (que pueden ser provistos a través de nombramientos en provisionalidad) es reglada, esto es, que dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en

la Constitución Política y la Ley y el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado (art. 10 del Decreto 1227 de 2005).

En efecto, la mentada exigencia de motivación del acto de retiro de un empleado nombrado en provisionalidad a partir de la vigencia de la Ley 909 de 2004, surge como un imperativo objetivo de legalidad, de indiscutible acatamiento para los Jueces a la luz del artículo 230 Constitucional, en el que se predica el sometimiento de los funcionarios judiciales al imperio de la Ley.

De esta manera, el fallador de segunda instancia, desconoce que la desvinculación del señor Orlando Gregorio Seoannes Lerma, de su nombramiento en el cargo de Profesional Especializado Código 3010, Grado 20 Adscrito a la Vicerrectoría Administrativa de la Universidad Popular del Cesar en el carácter de provisional, se produjo mediante la Resolución Rectoral N° 2088 del 2 de septiembre del año 2005, esto es, en vigencia de la Ley 909 de 2004, que declara expresamente la obligación del nominador de motivar el acto de retiro del empleado en provisionalidad.

Dicha omisión sin duda, trasciende a la vulneración del derecho al debido proceso del tutelante, dispuesto en el artículo 29 Constitucional y al principio de legalidad antes mencionado, en la medida en que el retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art.41 de la Ley 909 de 2004, art.10 Decreto 1227 de 2005) y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado.

Para la Sala, la Resolución que declaró el retiro del petente en su cargo en la Universidad Popular del Cesar, al producirse en vigencia de la Ley 909 de 2004, debió sujetarse a lo previsto en el parágrafo 2° del artículo 41 *íbidem*, esto es, que el acto administrativo debió motivarse. Razón por la cual, la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, al desconocer dicho imperativo de legalidad, requiere dejarse sin efectos.

III.DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: TUTÉLESE el derecho al debido proceso del señor Orlando Gregorio Soannes Lerma.

SEGUNDO: DÉJESE SIN EFECTOS la sentencia de 15 de julio de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar y en consecuencia, **ORDÉNESE** a dicho Tribunal proferir una nueva sentencia, con plena observancia de la disposición contenida en el párrafo 2° del artículo 41 de la Ley 909 de 2004. Término 10 días contados a partir de la notificación de la presente providencia.

LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 30° del Decreto 2591 de 1991, para los fines ahí contemplados.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

