

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Providencia cuestionada incurrió en defecto sustantivo / DEFECTO SUSTANTIVO - Tribunal agregó a la norma un requisito que no estaba previsto / VULNERACION DE LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO Y DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Por indebida aplicación de normas

Con respecto a los cargos endilgados a la providencia proferida el 18 de febrero de 2016 por el Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Cuarta de Decisión considera la Sala que le asiste la razón al peticionario cuando asegura que incurrió en un defecto sustantivo al verificar si el demandante cumplía los presupuestos necesarios para acceder al reconocimiento de la prima técnica por las razones que pasan a explicarse: Primero, de acuerdo con el Decreto 1384 de 1996 artículo 5, para ser beneficiario de la prima técnica se tenían en cuenta varios factores... Segundo, de acuerdo con la Resolución No. 03398 del 4 de febrero de 1994 Por la cual se fijan los requisitos mínimos y las funciones generales de los empleos de la planta global de la Contraloría General de la República y se dictan otras disposiciones para el cargo de Profesional Universitario Grado 09 se necesitaba únicamente título profesional... sin que el acto administrativo fijara el requisito de experiencia profesional como requerimiento mínimo para desempeñar el cargo de Profesional Universitario Grado 09, al proferir la sentencia ordinaria la autoridad judicial acusada exigió el cumplimiento de este requisito al actor incurriendo un defecto sustantivo, pues creó una exigencia que no contemplaba en la norma... Por lo expuesto en precedencia, considera la Sección Quinta que el Tribunal Administrativo de Córdoba, en sentencia de 18 de febrero de 2015, al evaluar el lleno de las exigencias por parte del actor incurrió en un defecto sustantivo porque agregó a la norma un requisito que esta no tenía previsto. Lo anterior, constituye una vulneración al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. Frente al punto, se hace necesario recordar que de acuerdo con una interpretación armónica del artículo 229 de la Constitución, del derecho fundamental al debido proceso y de los principios de la Carta Política, se ha otorgado el carácter de fundamental al derecho de acceso a la administración de justicia... Así pues, considera la Sección que en el caso concreto el Tribunal Administrativo de Córdoba vulneró los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del peticionario, al hacer una aplicación contraevidente de las normas aplicables al caso, por ello este cargo está llamado a prosperar.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 229 / DECRETO 1384 DE 1996 - ARTICULO 5

NOTA DE RELATORIA: Sobre los requisitos generales de procedencia y las causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, ver la sentencia C-590 de 2005 de la Corte Constitucional. En el mismo sentido, la Sala Plena de esta Corporación admitió la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial cuando la misma vulnera derechos fundamentales, al respecto consultar sentencia del 31 de julio de 2012, exp. 11001-03-15-000-2009-01328-01(AC), M.P. María Elizabeth García González. Así mismo, la Sala Plena aceptó que la acción de tutela es procedente para cuestionar providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado, pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, tal mecanismo puede ser ejercido contra cualquier autoridad pública, sobre el particular ver sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014, exp. 11001-03-15-000-2012-02201-01(IJ), M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Por otro lado, en relación con el carácter fundamental del derecho de acceso a la administración de justicia, ver las sentencias T-006 de 1992, T-476 de 1998 y C-1027 de 2002, todas de la Corte Constitucional.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., dos (2) junio de dos mil dieciseis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01243-00(AC)

Actor: JORGE LUIS SFER ABDALA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CORDOBA, SALA CUARTA DE DECISION Y OTRO

Se pronuncia la Sala sobre la acción de tutela interpuesta por la parte actora, contra el Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Cuarta de Decisión y el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Montería.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

El señor Jorge Luis Sfer Abdala, actuando en nombre propio, presentó acción de tutela contra el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Montería y el Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Cuarta de Decisión, autoridades judiciales que conocieron del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el número 23001-33-33-003-2013-00355 por él iniciado en contra de la Contraloría General de la Nación, con el fin de que se declarara la nulidad del acto administrativo que negó su solicitud de reconocimiento y pago de la prima técnica.

Lo anterior, porque considera vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y de acceso a la administración de justicia, como consecuencia de las decisiones adoptadas en las sentencias de 13 de diciembre de 2014 y 18 de febrero de 2016, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Montería y el Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Cuarta de Decisión, respectivamente, con las que se negaron las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

1.2. Hechos

La solicitud de amparo se fundamentó en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

- El señor Jorge Luis Sfer Abdala está vinculado a la Contraloría General de la República, desde 14 de febrero de 1991, y actualmente se desempeña como Profesional Universitario Grado 02 en Grupo de Vigilancia Fiscal- Gerencia Departamental Colegiada de Córdoba- Montería.
- Mediante escrito de 26 de abril de 2007 solicitó a la Contraloría General de la República, Gerencia Departamental Córdoba, el reconocimiento y pago de la prima técnica, por considerar que había reunido los requisitos establecidos en el Decreto 1384 de 1996 para acceder a esta prestación, antes de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997 que eliminó su reconocimiento para los funcionarios del nivel profesional. La Contraloría no respondió a esta solicitud.
- El 12 de diciembre de 2012 el actor reiteró su petición, la cual fue negada por la Contraloría General de la República mediante oficio 2013IE002307 de 16 de enero de 2013.
- Inconforme con la anterior decisión, el actor radicó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.
- El proceso fue radicado con el número 23001-33-33-003-2013-00355 y su conocimiento correspondió en primera instancia al Juzgado Primero Administrativo Oral de Descongestión del Circuito de Montería.

Con sentencia de 13 de diciembre de 2014, negó las pretensiones de la demanda por considerar que el actor no contaba con los requisitos necesarios para ser beneficiario de la prima técnica a 1º de julio de 1991, fecha de la entrada en vigencia del Decreto 1661 de 1991.

Precisó que el señor Sfer Abdala no contaba con el título de estudios de formación avanzada y de 3 años de experiencia altamente calificada, que solo comenzó a contar con la obtención del título de especialista, esto es, el 17 de septiembre de 1999, momento para el cual ya estaba en vigencia el nuevo

régimen de prima técnica, Decreto 1724 de 1997 que excluyó al nivel profesional como beneficiarios de la prima.

- El apoderado de la parte actora, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera. Aseguró que los Decretos 1661 y 2164 de 1991 aplicables a la Rama Ejecutiva, que el juez ordinario de primera instancia citó como fundamento de su decisión no pueden regular al situación de los funcionarios de la Contraloría General de la República, quienes están regidos por un regimen especial.

Asimismo, insistió en que el actor cumplió con los requisitos para la prima técnica porque ingresó a la Contraloría General de la República el 14 de febrero de 1991, en el cargo de Revisor de Documentos Grado 3, el 19 de julio de 1994 fue nombrado como Profesional Grado 09, cargo para el que no se requería experiencia profesional, pero para ese momento contaba 3 años y 5 meses de experiencia relacionada adquirida. Finalmente, aseguró que “se graduó” el 26 de abril de 1996.

- El Tribunal Administrativo de Córdoba – Sala Cuarta de decisión, con sentencia de 18 de febrero de 2016, confirmó la decisión de primera instancia.

Como sustento de su decisión hizo un estudio sobre las normas que regulan la prima técnica de la Contraloría General de la República. Indicó que con los Decretos 1724 de 1997 y 1336 de 2003, el Gobierno Nacional excluyó el nivel profesional como beneficiario de la prima técnica, nivel en el que se encontraba el señor Jorge Luis Sfer Abdala.

Expuesto lo anterior, el tribunal centró su análisis en determinar si el actor podía ser beneficiario del régimen de transición previsto en los decretos mencionados, esto es, si “... se causó el derecho a la prima técnica con anterioridad a la entrada en vigencia de los mismos, a pesar a que no le fue reconocido, [para lo cual] se debe encontrar acreditado que se cumplieron a cabalidad los requisitos para su reconocimiento...”

Manifestó que si bien el juez administrativo de primera instancia estudió la procedencia del reconocimiento de la prima a la luz del Decreto 2164 de 1991, también hizo mención a la normas especiales. Dicho esto, indicó que resolvería el

problema jurídico de acuerdo a la normatividad específica de prima técnica de la contraloría.

Al verificar el cumplimiento de los requisitos tuvo en cuenta el Decreto 1384 de 1996 artículo 3º y la Resolución No. 00398 de 4 de febrero de 1994 *“por el cual se fijan los requisitos mínimos y las funciones generales de los empleos de la planta global de la Contraloría General de la Nación”*, consideró que en el proceso estaba acreditado que el actor obtuvo el título de abogado el 26 de abril de 1996 y el de especialista en Instituciones Jurídico Políticas y Derecho Público el 16 de septiembre de 1999, *“... lo que quiere decir que a la fecha de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997 (Diario Oficial No. 43081 de 11 julio 1997) el actor acumulaba 1 año, 2 meses y 16 días de experiencia profesional y ninguna de especialista, pues dicho título fue obtenido con posterioridad”*.

Para determinar si el actor cumplía con los requisitos mínimos del cargo indicó que de acuerdo con el artículo 12 de la Resolución No. 00398 de 4 de febrero de 1994 para desempeñar el cargo de Profesional Grado 09 se requería el Título Profesional Universitario en el área de trabajo de acuerdo con las funciones del empleo, y 3 años de experiencia profesional o relacionada.

Finalmente concluyó:

“Queda demostrado entonces que el señor Jorge Luis Sfer Abdala no cumplió las exigencias de ley para ser amparado con la prima técnica, al no contar con la experiencia profesional superior a la exigencia para el desempeño del cargo y no haber causado el derecho antes de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997, circunstancia que conlleva a la negativa de la entidad, cuya legalidad no fue desvirtuada en el sub lite”.

1.3. Fundamentos de la acción

El accionante aseguró que el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Montería y el Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Cuarta de Decisión, autoridades judiciales que conocieron del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el número 23001-33-33-003-2013-00355 por él iniciado en contra de la Contraloría General de la Nación, incurrieron en varias causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial.

1.3.1. De un lado, presentó cargos en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Administrativo Oral Montería el 13 de diciembre de 2014. Aseguró que esta autoridad judicial incurrió en **defecto sustantivo** e *“hizo caso omiso a las*

reglas de la hermenéutica” porque dictó su decisión con sustento en normas inaplicables al caso como lo son el Decreto-Ley 1661 de 1991 y el Decreto 2164 del mismo año, que regulaba lo referente a la prima técnica de los empleados públicos de la rama ejecutiva, sin tener en cuenta a los funcionarios de la Contraloría General de la República los cobijaba una norma de carácter especial, esto es, la Ley 106 de 1993 y el Decreto 1384 de 1996, por lo que el juzgador debió remitirse a esta normativa.

Asimismo, indicó que el juez ordinario de primera instancia también soportó su decisión en **precedentes** del Consejo de Estado que se dictaron en el marco de procesos contenciosos sobre el reconocimiento de prima técnica de funcionarios de la Rama Ejecutiva, olvidando una vez más que la Contraloría goza de un régimen especial que regulan el otorgamiento de esta prestación social.

Agregó que con la sentencia ordinaria de primera instancia se desconoció el precedente fijado en las sentencias de: **(i)** 26 de julio de 2012 del Consejo de Estado, Sección Segunda¹; **(ii)** 8 de octubre de 2014² proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado dentro de un proceso de tutela y; **(iii)** 19 de febrero de 2015³ dictada por la Sección Primera de esta Corporación también dentro de un proceso de solicitud de amparo constitucional.

Señaló que en las providencias citadas se indicó que si bien el Decreto 1724 de 1997 había eliminado la prima técnica para el nivel profesional esta se debía reconocer a los empleados que a 11 de julio de 1997 cumplieran con los requisitos y, para efectos de verificar el lleno de los mismos se debía tener en cuenta las normas especiales para la Contraloría General de la República y no el Decreto 2164 de 1991 porque este regulaba el reconocimiento de la prestación pero para los funcionarios de la Rama Ejecutiva.

1.3.2. De otra parte, aseguró que el Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Cuarta de Decisión incurrió en un **defecto sustantivo** toda vez que al verificar si cumplía los presupuestos normativos para acceder al reconocimiento de la prima técnica concluyó erradamente que no superaba los requisitos mínimos para el

¹ El acto no indicó la naturaleza ni el radicado el proceso.

² Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. No. 11001-03-15-000-2013-01715-00. Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia.

³ Consejo de Estado. Sección Primera. Rad. No. 11001-03-15-000-2014-01349-01. Consejera Ponente: María Elisabeth García.

desempeño del cargo de Profesional Grado 09, razón que le impide acceder a la prima técnica.

Lo anterior, porque interpretó equivocadamente la Resolución 03398 del 4 de febrero de 1994, al señalar que para ocupar el cargo de Profesional Grado 09 se requería título profesional universitario en el área de trabajo de acuerdo con las funciones del empleo y 3 años de experiencia profesional o relacionada, a pesar de que este acto administrativo expresamente dispone que para ese puesto se requiere solo el título más no experiencia.

Agregó que *“la apreciación del Tribunal en lo referente al requisito anterior, fue equivocada, pues para ocupar el cargo de **Profesional Universitario Grado 09**, solo se necesitaba **Título Profesional Universitario** en el área de trabajo de acuerdo con las funciones del empleo; los 3 tres años de experiencia profesional o relacionada, fueron agregados por ese ente judicial, pues estos requisitos están especificados, solo para los **Profesionales Universitario Grado 10**. (Observar artículo 12 de la Resolución 03398 de 1994)”*.

1.3.3. Finalmente, insistió en que cumple con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 4° del Decreto 1724 de 1997 teniendo en cuenta que para el *“...11 de julio de 1997, contaba con título profesional de Abogado, el cual fue otorgado por la Universidad del Sinú el 26 de abril de 1996, además de ello con 3 años más de experiencia relacionada; para un total de 6 años y 5 meses, igualmente contaba con certificaciones en la constan los seminarios, cursos y talleres a los cuales asist[io], con su correspondiente intensidad horaria..”*, de forma que excedía los requisitos mínimos exigidos para el cargo de Profesional universitario Grado 09, pues se requería título profesional de acuerdo con las funciones del empleo pero no experiencia profesional.

1.4. Pretensiones:

A título de amparo formuló las siguientes:

“1.-Tutelar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia.

2.-Revocar en su totalidad los fallos proferidos por el Juzgado Tercero Administrativo de Córdoba y el Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Cuarta de Descongestión, por las razones antes anotadas.

3.-Ordenar en su lugar al Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Cuarta de Descongestión, profiera nueva providencia utilizando la normativa y jurisprudencia aplicable al caso conforme a los precedentes del Concejo de Estado y declare la nulidad del fallo emitido por ese Juzgado el día 18 de febrero de 2016, que negó las pretensiones de la demanda”⁴

1.5. Trámite de la acción

Por auto de 4 de mayo de 2016⁵, se admitió la solicitud de tutela y ordenó su notificación a los peticionarios, al Juez Primero Administrativo de Montería y los Magistrados del Tribunal Administrativo de Córdoba, para que en un término de 2 días rindieran informe sobre los hechos expuestos por el peticionario en la solicitud de amparo.

En la misma providencia se vinculó a la Contraloría General de la República, como tercero con interés directo en las resultados del proceso.

1.6. Contestaciones

1.6.1. Contraloría General de la República

Mediante escrito de 10 de mayo de 2016⁶, por medio de apoderado especial, pidió negar el amparo deprecado.

Como sustento de su defensa, indicó que *“el señor Esfer Abdala no es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 4° del Decreto 1724 de 1997, por cuanto con anterioridad a su vigencia no se le había otorgado prima técnica ni tenía las condiciones para el reconocimiento pues no cumplía con los requisitos para que le fuera asignada”*, pues tal como lo concluyeron los jueces ordinarios de primera y de segunda instancia no poseía título de formación avanzada directamente relacionado con el cargo, ni poseía la experiencia altamente calificada en desarrollo de las funciones propias del cargo.

Aseguró que el régimen de transición previsto en pluricitado decreto no generaba derechos adquiridos, *“... cosa distinta es la situación frente a aquellos funcionarios del nivel profesional a quienes se les asignó tal prima mediante acto de carácter*

⁴ Folio 17 del expediente.

⁵ Folio 22 del expediente.

⁶ Folios 35 a 51 del expediente.

particular, pues para ellos si existe un derecho adquirido, el cual se preservó de manera clara e indiscutible [con] el decreto demandado al tenor de su artículo 4°.

Agregó que el actor presentó su solicitud solo hasta el año 2013, es decir, “16 años después de existir la supresión del beneficio para el nivel profesional” momento para el que ya no estaba vigente el Decreto 1724 de 1997 y regía el Decreto 1336 de 2003 que restringió aún más los niveles de empleo susceptibles de esos beneficios.

Sobre el punto argumentó que de acuerdo con lo dicho por la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Luis Rafael Vergara Quintero, en sentencia de 29 de abril de 2010, emitida dentro del expediente radicado con el número 25000-23-25-000-2003-09100-01 (1840-08), consideró que si bien el artículo 4° del Decreto 1724 de 1997 estableció un régimen de transición para los funcionarios que, aún no habiendo presentado la solicitud de otorgamiento de la prima, hubiesen cumplido con los requisitos antes de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997, a estos les era exigible presentar la petición de reconocimiento de la prestación ante la entidad sin que transcurrieran más de 3 años desde la entrada en vigencia de la norma.

De otra parte indicó que en sentencia de 27 de julio de 2000, la Sección Segunda del Consejo de Estado, al pronunciarse sobre la demanda de nulidad por inconstitucionalidad del Decreto 1724 de 1997 reconoció la facultad del Gobierno para variar el régimen salarial de los empleados públicos nacionales y excluir al nivel profesional como destinatario de la prima técnica.

Finalmente, citó una providencia de tutela proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 15 de diciembre de 2014⁷, en la que al analizar un caso similar se negó el amparo deprecado por un empleado de la Contraloría por considerar que “... aunque en el expediente reposaba la Resolución Orgánica de la Contraloría No. 03398 de 1994⁸, también lo es que su análisis no hubiera variado el sentido de aquel fallo, pues, en últimas, dicha autoridad judicial argumentó que, así el actor reuniera los requisitos para ser beneficiario de la prima técnica, esta no era exigible judicialmente, por haberse reclamado

⁷ Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. No. 11001-03-15-000-2014-01680-01. Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez.

⁸ Por la cual se fijan los requisitos mínimos y las funciones generales de los empleos de la Planta Global de la Contraloría General de la República y se dictan otras disposiciones.

administrativamente pasados más de 3 años desde la vigencia del Decreto 1724 de 1997”.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer en primera instancia de la acción de tutela instaurada en contra el Tribunal Administrativo de Córdoba, de conformidad con lo establecido por el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, dentro del proceso iniciado por el señor Jorge Luis Sfer Abdala en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el número 23001-33-33-003-2013-00355 contra la Contraloría General de la Nación, vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y de acceso a la administración de justicia.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: **(i)** el criterio de la Sala sobre procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela de la referencia y; **(v)** un análisis del caso concreto.

2.3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

Esta Sección, mayoritariamente⁹, venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, eventos éstos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado que lesionara el derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

⁹ Sobre el particular, el Consejero Ponente mantuvo una tesis diferente sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se puede consultar en los salvamentos y aclaraciones de voto que se hicieron en todas las acciones de tutela que conoció la Sección. Ver, por ejemplo, salvamento a la sentencia Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001031500020110054601. Accionante: Oscar Enrique Forero Nontien. Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, y otro.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012¹⁰ **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema¹¹.

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales¹².

Señaló la Sala Plena en el fallo en mención:

*“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.**”¹³ (Negrilla fuera de texto)*

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente** como expresamente lo indica la decisión de unificación.

¹⁰ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

¹¹ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

¹² Se dijo en la mencionada sentencia: “**DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia.

¹³ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los “**fijados hasta el momento jurisprudencialmente**”.

Al efecto, en virtud de reciente sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014¹⁴, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 Constitucional y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso deberá probarse y, en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia¹⁵ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, no ha distinguido con claridad cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -improcedencia sustantiva- y cuáles impiden analizar el fondo del asunto -improcedencia adjetiva-.

Por tanto, la Sección verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez; iii) subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión a tomar será declarar **improcedente** el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

¹⁵ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.

Cumplidos esos parámetros, corresponderá adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la **prosperidad** o **negación** del amparo impetrado, se requerirá principalmente: **i)** que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y **ii)** que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

2.4. Análisis sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva

2.4.1. Al aplicar los presupuestos conceptuales anotados al caso objeto de estudio, es imperioso concluir que no existe reparo alguno en cuanto hace referencia al juicio de procedibilidad, toda vez que **no se trata de una tutela contra decisión de tutela**, pues las providencias que se censuran fueron proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho número 23001-33-33-003-2013-00355 por él iniciado en contra de la Contraloría General de la Nación, con el fin de que se declarara la nulidad del acto administrativo que negó su solicitud de reconocimiento y pago de la prima técnica.

2.4.2. Ahora bien, no existe reparo alguno en cuanto hace referencia al juicio de procedibilidad en relación con el acatamiento del requisito de **inmediatez**, toda vez que la sentencia que se acusa como vulneradora de derechos fundamentales fue proferida el 18 de febrero de 2016 y, la solicitud de amparo constitucional se presentó el 25 de abril de la presente anualidad, lo que para la Sala es un término razonable para el uso del mecanismo de amparo constitucional.

2.4.3. Por otra parte, en consideración a la **subsidiariedad**, es evidente el agotamiento de los recursos ordinarios, ya que por atacarse una sentencia de segunda instancia, no existe mecanismo judicial para controvertirla.

Cabe destacar que los argumentos presentados por la parte actora, no se ajustan a las causales taxativas contempladas en el ordenamiento jurídico para acudir al recurso extraordinario de revisión y tampoco resulta procedente el de unificación de jurisprudencia. Así las cosas, al concurrir los requisitos de procedibilidad adjetiva, concierne a la Sala abordar el estudio del asunto planteado de fondo.

2.5. Caso concreto.

2.5.1. En el *sub lite* el peticionario considera que las autoridades judiciales demandadas al conocer del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el número 23001-33-33-003-2013-00355, lesionaron sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y de acceso a la administración de justicia.

Por efectos metodológicos, la Sala abordará los cargos planteados por el actor contra cada una de las autoridades judiciales así:

Determinará si el **Juzgado Tercero Administrativo Oral Montería** al proferir la sentencia de 13 de diciembre de 2014 incurrió en defecto sustantivo, desconocimiento del precedente e *“hizo caso omiso a las reglas de la hermenéutica”* al sustentar su decisión en normas que regulaban lo referente a la prima técnica de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva y por lo tanto era inaplicables al caso (Decreto-Ley 1661 de 1991 y el Decreto 2164 del mismo año).

De otra parte, analizará si el **Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Cuarta de Decisión** incurrió en un defecto sustantivo al verificar si el demandante cumplía los presupuestos necesarios para acceder al reconocimiento de la prima técnica y concluir que el demandante no superaba los requisitos mínimos para el desempeño del cargo de Profesional Grado 09, razón que le impide acceder a la prima técnica.

2.5.2. Pues bien, lo primero que advierte la Sala y previo al estudio de fondo de los cargos planteados por el peticionario, que la competencia del juez constitucional se limita a determinar si en efecto las autoridades accionadas incurrieron en los defectos que se les endilga, de forma que **no le corresponde establecer si el señor Jorge Luis Esfer Abdala tenía derecho o no a la prima técnica reclamada a la Contraloría General de la República.**

2.5.3. Hecha la mencionada claridad, en relación con respecto de los cargos planteados por el señor Jorge Luis Esfer Abdala contra la sentencia de primera instancia, advierte la Sección Quinta que si bien el Juzgado Tercero Administrativo Oral Montería a efectos de determinar si aquél cumplía con los requisitos para acceder a la prima técnica como Profesional Grado 09 de la Contraloría, tomó en cuenta el Decreto-Ley 1661 de 1991 y el Decreto 2164 del mismo año, aplicables a la Rama Ejecutiva; la inconformidad en relación con esta misma cuestión fue planteada por el propio actor en el recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión del juez ordinario.

En el escrito del recurso el accionante aseguró que los Decretos 1661 y 2164 de 1991 aplicables a la Rama Ejecutiva, que el juez ordinario de primera instancia citó como fundamento de su decisión no pueden regular al situación de los funcionarios de la Contraloría General de la República, quienes están regidos por un régimen especial.

Por ello, el Tribunal Administrativo de Córdoba en la sentencia de segunda instancia manifestó que el juez administrativo de primera instancia estudió la procedencia del reconocimiento de la prima a la luz del Decreto 2164 de 1991, pero también hizo mención a la normas especiales. Y, expuesto lo anterior, indicó que resolvería el problema jurídico de acuerdo a la normatividad específica de prima técnica de la contraloría.

De esta manera, advierte la Sala que cualquier defecto que se le pudiera endilgar a la providencia ordinaria de primera instancia debía haberse expuesto a través del recurso de apelación, como en efecto sucedió en el caso concreto, pues no corresponde al juez de tutela evaluar al conocer de las peticiones de amparo constitucionales cuestiones propias de la competencia de los jueces ordinarios de segunda instancia que, como en el *sub judice*, están llamados a verificar las decisiones de sus inferiores jerárquicos y corregirlas si así lo consideran.

En todo caso, encuentra la Sección que en la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba se observaron las normas especiales para el reconocimiento del la prima técnica a la cual asegura tiene derecho el señor Jorge Luis Esfer Abdala, esto es, el Decreto 1384 de 1996 *“por el cual se establecen los requisitos mínimos para el otorgamiento de prima técnica a*

los empleados de los niveles directivo-asesor, ejecutivo y profesional de la Contraloría General de la República” y el Decreto 1724 de 1997 “por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado”.

No obstante lo anterior y como pasa analizarse en el **numeral 2.5.4.** de esta providencia, corresponde a la Sección Quinta del Consejo de Estado, como juez de tutela de primera instancia, determinar si el Tribunal Administrativo de Córdoba incurrió o no en un defecto sustantivo al verificar el cumplimiento de los requisitos del peticionario para acceder al reconocimiento y pago de la prima técnica.

2.5.4. Ahora bien, con respecto a los cargos endilgados a la providencia proferida el 18 de febrero de 2016 por el **Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Cuarta de Decisión** considera la Sala que **le asiste la razón al peticionario cuando asegura que incurrió en un defecto sustantivo** al verificar si el demandante cumplía los presupuestos necesarios para acceder al reconocimiento de la prima técnica por las razones que pasan a explicarse:

Primero, de acuerdo con el Decreto 1384 de 1996 artículo 5°, para ser beneficiario de la prima técnica se tenían en cuenta varios factores:

“ARTÍCULO 5o. FACTORES DE VALORACIÓN. Para recomendar el porcentaje de asignación de prima técnica a los funcionarios que desempeñen cargos comprendidos en los niveles directivo-asesor, ejecutivo y profesional, se tendrán en cuenta, conjunta o separadamente, además de los principios establecidos en este Decreto, los siguientes factores:

a. Título profesional de formación avanzada (especialización, maestría, doctorado) en áreas directamente relacionadas o afines con las funciones propias del cargo, tendrán un valor hasta del 20% del sueldo básico mensual.

b. Experiencia, responsabilidad, conocimientos, habilidades y destrezas adquiridos en la práctica de una profesión u oficio, así como la especial preparación o responsabilidad en áreas directamente relacionadas o afines con las funciones propias del cargo, tendrán un valor hasta del 20% del sueldo básico mensual.

c. Participación en eventos académicos o científicos de reconocida importancia, o la publicación de libros de carácter académico o científico, en áreas directamente relacionadas o afines con las funciones propias del cargo, tendrán un valor hasta del 5% del sueldo básico mensual.

d. El ejercicio de la docencia en instituciones de educación superior, oficialmente reconocidas, tendrán un valor hasta del 5% del salario básico mensual. Previo el cumplimiento de requisitos, se recomendará el porcentaje de asignación, teniendo en cuenta el límite establecido en el artículo 4 del presente Decreto.

Segundo, de acuerdo con la Resolución No. 03398 del 4 de febrero de 1994 *“Por la cual se fijan los requisitos mínimos y las funciones generales de los empleos de la planta global de la Contraloría General de la República y se dictan otras disposiciones”* para el cargo de Profesional Universitario Grado 09 se necesitaba únicamente título profesional.

El mencionado acto administrativo señala¹⁶:

“Artículo 12.- De los empleos del nivel profesional. -Serán requisitos mínimos para el desempeño de los empleos del nivel profesional, los siguientes:

(...)

PROFESIONAL UNIVERSITARIO GRADO 90. Título profesional de acuerdo con las funciones del empleo.”

No obstante lo anterior, el Tribunal Administrativo de Córdoba para determinar si el actor cumplía con los requisitos mínimos del cargo, indicó que de acuerdo con el artículo 12 de la Resolución No. 00398 de 4 de febrero de 1994 *“para desempeñar el cargo de Profesional Grado 09 se requería el Título Profesional Universitario en el área de trabajo de acuerdo con las funciones del empleo, y 3 años de experiencia profesional o relacionada”*

Es decir, sin que el acto administrativo fijara el requisito de experiencia profesional como requerimiento mínimo para desempeñar el cargo de Profesional Universitario Grado 09, al proferir la sentencia ordinaria la autoridad judicial acusada exigió el cumplimiento de este requisito al actor incurriendo un defecto sustantivo, pues creó una exigencia que no contemplaba en la norma.

Tercero, cuando fue expedido el Decreto 1724 de 1997, por medio del cual se modificó el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado y se excluyó al nivel profesional como beneficiario de la prima técnica se fijó un régimen de transición así:

“Artículo 4º.- Aquellos empleados a quienes se les haya otorgado prima técnica, que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en el presente Decreto, continuarán disfrutando de ella hasta su retiro

¹⁶ La Resolución 3398 de 4 de febrero de 1994 fue aportada como prueba por el actor el CD No. 1 adjunto al expediente de tutela. Además puede ser consultada a través del siguiente link <http://bit.ly/1XgJjQz>

del organismo o hasta que cumplan las condiciones para su pérdida, consagrada en las normas vigentes al momento de su otorgamiento”.

Frente a este particular artículo el Consejo de Estado ha considerado que tal régimen de transición también resulta aplicable a los empleados de la Contraloría que aún no habiendo presentado la solicitud de otorgamiento de la prima, hubiesen cumplido con los requisitos antes de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997.

Cuarto, al momento de de la entrada en vigencia del Decreto 1754 de 1997, esto es, el 11 de julio de 2007, en términos del propio tribunal acusado, el actor *“acumulaba 1 año, 2 meses y 16 días de experiencia profesional y ninguna de especialista, pues dicho título fue obtenido con posterioridad”.*

Así lo expresó el Tribunal Administrativa de Córdoba *“[de] lo probado en el proceso se encuentra que el señor Jorge Luis Esfer Abdala obtuvo el título profesional de abogado el 26 de abril de 1996 (fl. 81) y el de especial en Instituciones Jurídico Políticas y Derecho Público, el 16 de septiembre de 1999 (FL. 82); lo que quiere decir que a la fecha de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997 (Diario Oficial No. 43081 de 11 julio de 1997) el actor acumulaba 1 año, 2 meses y 16 días de experiencia profesional y ninguna de especialista, pues dicho título fue obtenido con posterioridad”.*

Por lo expuesto en precedencia, considera la Sección Quinta que el Tribunal Administrativo de Córdoba, en sentencia de 18 de febrero de 2015, al evaluar el lleno de las exigencias por parte del señor José Luis Sfer Abdala incurrió en un defecto sustantivo porque agregó a la norma un requisito que esta no tenía previsto.

Lo anterior, constituye una vulneración al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. Frente al punto, se hace necesario recordar que de acuerdo con una interpretación armónica del artículo 229 de la Constitución¹⁷, del derecho fundamental al debido proceso¹⁸ y de los principios de la Carta Política,

¹⁷ “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de su abogado.”

¹⁸ “Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.”

se ha otorgado el carácter de fundamental al derecho de acceso a la administración de justicia¹⁹.

El derecho mencionado ofrece al individuo una garantía de acudir ante el juez para que resuelva *“las controversias que surjan con otros individuos u organizaciones y con el mismo Estado, ante un juez, con miras a obtener una resolución motivada, ajustada a derecho, y dictada de conformidad con el procedimiento y las garantías constitucionales previstas en la Constitución y en la ley”*²⁰.

Sobre el punto, la Corte Constitucional ha señalado que esta garantía *“no puede concebirse dentro de los estrechos moldes de una posibilidad formal de llegar ante los jueces, o en la simple existencia de una estructura judicial lista a atender las demandas de los asociados, puesto que su esencia reside en la certidumbre de que, ante los estrados judiciales, serán surtidos los procesos a la luz del orden jurídico aplicable, con la objetividad y la suficiencia probatoria que aseguren un real y ponderado conocimiento del fallador acerca de los hechos materia de su decisión”*²¹

Así pues, considera la Sección que en el caso concreto el Tribunal Administrativo de Córdoba vulneró los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del peticionario, al hacer una aplicación contraevidente de las normas aplicables al caso, por ello este cargo está llamado a prosperar.

2.6. Ahora bien, para finalizar con el análisis, la Sección considera importante indicar que la alegación de defensa presentada por la Contraloría General de la República, según la cual, el señor Jorge Luis Sfer Abdala no tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima técnica porque no presentó la solicitud ante la Contraloría General de la República dentro de los 3 años siguientes a la entrada en vigencia de la norma, corresponde a una cuestión que debió ser propuesta ante los jueces ordinarios en las oportunidades procesales pertinentes, contestación de la demanda, apelación o alegatos de conclusión en segunda instancia.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”.

¹⁹ Sentencia T-006 de 1992.

²⁰ Sentencia T-476 de 1998.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-1027 de 2002. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

2.7. Conclusión

De conformidad con lo expuesto en precedencia, la Sala amparará los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del señor Jorge Luis Sfer Abdala.

En consecuencia, dejará sin efectos la sentencia de 18 de febrero de 2016, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento, radicado con el número 23001-33-33-003-2013-00355 por él iniciado en contra de la Contraloría General de la Nación.

Asimismo, teniendo en cuenta que el juez constiucional no puede reemplazar al ordinario, le ordenará al Tribunal Administrativo de Córdoba que profiera una decisión de reemplazo en la que se observen los lineamientos de esta providencia. Esto es, que analice si conforme con las normas aplicables al caso, el actor cumplió con los requisitos para acceder al régimen de transición previsto para el reconocimiento de la prima técnica de los empleados del nivel profesional de la Contraloría General de la República o si, por el contrario, no le asiste tal derecho a percibir la prestación.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: AMPARAR los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del señor Jorge Luis Esfer Abdala, por las consideraciones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, **DEJAR SIN EFECTOS** la sentencia proferida el 18 de febrero de 2016 por el Tribunal Administrativo de Córdoba dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho número 23001-33-33-003-2013-00355 iniciado por el señor Jorge Luis Esfer Abdala en contra de la Contraloría General de la República.

TERCERO: ORDENAR al Tribunal Administrativo de Córdoba que dentro los veinte (20) días siguientes a la notificación de este fallo, dicte una providencia de reemplazo de acuerdo con los lineamientos expuesto en esta sentencia.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes y los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, al día siguiente a su ejecutoria, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero