

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - En las providencias cuestionadas no se estudió el argumento sobre la violación a la ley de garantías electorales planteado tanto en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho como en el recurso de apelación

Corresponde a la Sala establecer si se vulneran los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad con las decisiones proferidas por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena y el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante las cuales se negaron las pretensiones de la demanda presentada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por el hoy accionante contra el Municipio de El Carmen de Bolívar, al no resolverse el planteamiento realizado en la demanda y en el recurso de apelación relacionado con el desconocimiento de la Ley de Garantías Electorales... Visto el contenido de las providencias acusadas se encuentra que tal y como señala el apoderado del accionante, las autoridades judiciales acusadas al resolver la controversia planteada en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no emitieron ningún pronunciamiento respecto a la supuesta violación de la Ley de Garantías Electorales planteada tanto en la demanda como en el recurso de apelación, pues el análisis del caso se centro en establecer si existió falsa motivación, falta de motivación y desviación de poder teniendo en cuenta las pruebas allegadas al proceso y el tipo de vinculación del señor Johan Villadiego Salcedo a la administración municipal como empleado de libre nombramiento y remoción.

FUENTE FORMAL: LEY 996 DE 1995 - ARTICULO 33

NOTA DE RELATORIA: En relación con la acción de tutela contra providencia judicial ver, Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005. En lo atinente a la providencia de Sala Plena de esta Corporación que modificó el criterio jurisprudencial en el sentido de admitir la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial cuando aquella viole derechos fundamentales, consultar: sentencia del 31 de julio de 2012, expediente: 11001-03-15-000-2009-01328-01(AC), MP. María Elizabeth García González.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Se incurrió en el defecto fáctico / DEFECTO FACTICO - En la providencia cuestionada no se analizó que el acto que declaró insubsistente el nombramiento del actor pudo incurrir en violación de la Ley de Garantías Electorales / DEFECTO FACTICO - Desconocimiento del principio de congruencia

Considera la Sala que le asiste razón a la parte actora en el presente asunto, cuando señala que los jueces accionados en las sentencias de instancia incurrieron en un defecto fáctico, toda vez que no hay correspondencia entre las normas planteadas como violadas en la demanda y en el recurso de apelación presentado contra el fallo de primera instancia; y las normas estudiadas dentro de las providencias acusadas, pues como se indicó anteriormente, no se hizo mención alguna respecto de la supuesta violación de la Ley de Garantías Electorales con el acto que declaró insubsistente el nombramiento del actor, lo cual constituye un desconocimiento del principio de congruencia, al no resolverse en las providencias la totalidad de los puntos planteados por las partes.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Es deber del juez dar cumplimiento al principio de congruencia / DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Se vulneró porque el juez no se pronunció sobre todos los planteamientos de la demanda y del recurso de apelación / PRINCIPIO DE

CONGRUENCIA - Es una garantía del derecho al debido proceso / DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Se tutela este derecho, en consecuencia, se deja sin efectos las providencia cuestionada y se ordena proferir un nuevo fallo en el que se resuelva sobre la totalidad de los argumentos y normas citadas como vulneradas en la demanda y en el recurso de apelación

El juez tiene en uso de los principios de autonomía e independencia judicial el deber de emitir un pronunciamiento respecto de todos los extremos de la litis y todos y cada uno de los argumentos planteados por las partes, bien sea para acogerlos o descartarlos, pero no puede pasar por alto dicha función excusándose en la levedad de la intervención realizada por la parte sobre un punto, pues dicha circunstancia constituye una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, en la medida en que el juez debe efectuar un análisis armónico e integral que consulte la realidad procesal y resuelva como ya se dijo, todos los planteamientos de la demanda y su contestación. Lo anterior no es otra cosa que el desarrollo del principio de congruencia que implica de un lado, que el juez no puede ir más allá de lo pedido, ni fundar la decisión en hechos diversos; y de otro, que es deber del juez pronunciarse de todos y cada uno de los puntos controvertidos. Este principio es una garantía del debido proceso que marca al juez un camino para llegar a la sentencia y fija límites a la facultad discrecional; y hace que exista adecuación y correspondencia entre lo pedido y la decisión judicial. La sentencia debe expresar en los considerandos el porqué de la decisión, haciendo alusión y desarrollando los hechos, los argumentos, las pruebas y aplicando las normas que resulten pertinentes. Consecuente con lo hasta aquí expuesto, se tutelaré el derecho de acceso a la administración de justicia y se dejará sin efectos la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 26 de julio de 2013; y se ordenará a dicha Sala que profiera un nuevo fallo en el que se pronuncie sobre la totalidad de los argumentos y normas citadas como vulneradas dentro del recurso de apelación, de conformidad con los hechos y pruebas consignados en el expediente contentivo de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el señor Johan Villadiego Salcedo contra el Municipio de El Carmen de Bolívar, sin perjuicio del principio de autonomía funcional que gobierna el ejercicio de la función judicial.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-00119-00(AC)

Actor: JOHAN VILLADIEGO SALCEDO

Demandado: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA Y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR

Decide la Sala la solicitud de tutela presentada por Johan Villadiego Salcedo mediante apoderado judicial contra el Juzgado Quinto Administrativo de Cartagena y el Tribunal Administrativo de Bolívar.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud y las pretensiones.

El señor Johan Villadiego Salcedo actuando mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de tutela, solicitó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad ante la Ley, los cuales estimó lesionados por el Juzgado Quinto Administrativo de Cartagena y el Tribunal Administrativo de Bolívar, al negarse las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho por él presentada contra el Municipio de El Carmen de Bolívar.

Teniendo en cuenta lo anterior, solicitó: I) se tutelen los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad ante la ley; II) se deje sin efectos la sentencia de 26 de julio de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el hoy actor en tutela contra el Municipio de El Carmen de Bolívar; III) se ordene al Tribunal Administrativo de Bolívar emitir un nuevo pronunciamiento dentro del término prudente, en el que tenga en cuenta el precedente jurisprudencial trazado por el Consejo de Estado en materia de insubsistencia de empleado de libre nombramiento y remoción del nivel territorial en época preelectoral.

2. Los hechos

Como hechos y consideraciones en los que sustenta sus pretensiones, la parte actora expuso los siguientes:

Señala el apoderado que el señor Johan Villadiego Salcedo fue nombrado mediante Decreto BDD 002 del 15 de octubre de 2009 en el cargo de Subsecretario de Talento Humano de la Alcaldía Municipal de El Carmen de

Bolívar.

Afirma que el actor fue nombrado en dicho cargo por el señor Bladimir Duarte Diaz, quien fungía como Alcalde encargado debido a que el Alcalde electo, Galo Arturo Torres Serra, fue suspendido por la Procuraduría General de la Nación.

Sin embargo, con posterioridad al nombramiento del actor, la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal revocó la medida que suspendía al Alcalde de El Carmen de Bolívar.

Manifiesta el apoderado que una vez el Alcalde titular retomó las funciones en la administración municipal, expidió los Decretos GTS 173 del 19 de diciembre de 2009 y GTS 174 del 20 de diciembre de 2009, y ordenó en el primero de ellos "volver las cosas al estado constitucional anterior en la Administración Municipal de El Carmen de Bolívar..."; y ordenó darle continuidad a los funcionarios que venían laborando antes de que se tomará la medida de suspensión, decisión con fundamento en la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el accionante presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Municipio de El Carmen de Bolívar, la cual correspondió por reparto al Juzgado Quinto Administrativo de Cartagena, quien mediante sentencia del 17 de enero de 2012 negó las pretensiones de la demanda.

Contra la anterior decisión la parte demandante presentó recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Bolívar mediante sentencia del 26 de julio de 2013 en la que se confirmó el fallo de primera instancia.

A juicio del apoderado del accionante, las decisiones proferidas por las autoridades judiciales accionadas no estudiaron el argumento planteado para atacar la legalidad de los actos acusados, relacionada con el desconocimiento por parte de la administración de la Ley de Garantías Electorales, la cual era aplicable al caso bajo estudio, es decir, para el momento en que el señor Johan Villadiego Salcedo fue retirado de la entidad.

Igualmente, cita la parte accionante diferentes sentencias proferidas por el Consejo de Estado en las cuales se estudia la vulneración de la Ley de Garantías,

y considera que las mismas resultan aplicables al asunto sub examine.

3. Intervenciones

Mediante providencia del 23 de enero de 2014 (fls. 72-73) se ordenó la notificación a la parte accionada y se puso en conocimiento la admisión de la demanda de tutela a los terceros interesados en los resultados del proceso.

Surtidas las comunicaciones de rigor, **el Tribunal Administrativo de Bolívar** (fls. 80-81) manifiesta que el fallo proferido por esa Corporación no está incurso en ninguno de los supuestos que hacen procedente el uso de la acción de tutela contra sentencias judiciales.

Indica que la decisión adoptada en el fallo de segunda instancia es producto de la aplicación estricta de normas legales vigentes y el precedente vertical respecto de la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, así como de los medios probatorios allegados en la oportunidad procesal.

Por otra parte, **el Juzgado Quinto Administrativo de Cartagena** (fls. 91-94) indica que la sentencia proferida por ese Despacho se dictó dentro del marco de las normas pertinentes, con respeto al derecho al debido proceso y analizándose las pruebas aportadas al expediente, las cuales fueron debidamente valoradas según su mérito legal.

Adiciona que si bien la parte demandante citó algunas normas como violadas, no indicó el por qué consideraba que con el acto administrativo acusado se desconocía dicho marco normativo, por lo que teniendo en cuenta que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa es rogada, no podía entrar a estudiarse las normas indicadas por el actor.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la presente acción ejercida contra el Juzgado Quinto Administrativo de Cartagena y el Tribunal Administrativo de

Bolívar en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1382 de 2000, el cual establece reglas para el reparto de la acción de tutela.

2. Generalidades de la acción de tutela

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede hacer uso de la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades, o de particulares en los casos que señala la ley, y procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Esta acción tiene dos particularidades esenciales a saber: la subsidiariedad y la inmediatez; la primera, por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable y; la segunda, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso administrar la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental sujeto a vulneración o amenaza.

3. 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.

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 decisivas¹, las pruebas existentes se valoran de manera contra-evidente², se consideran pruebas inadmisibles³ o cuando la valoración resulta abiertamente contraria a los postulados constitucionales. Empero, tal como lo sostuvo la Corporación en la sentencia T-025 de 2001⁴, las pruebas omitidas o valoradas indebidamente, “deben tener la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo”, de suerte que si las pruebas

¹ 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

² Sobre el particular ver, entre otras, la sentencia T-452 de 1998:

“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...”

³ 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.”

⁴ M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En similar sentido T-329 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

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 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”⁵.

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 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

⁵Cfr. sentencia T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

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.

En tercer lugar porque 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.

Finalmente es pertinente destacar, que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que había sostenido que la acción de tutela es improcedente para controvertir decisiones judiciales⁶, rectificó su posición

⁶ Sobre el particular pueden consultarse las siguientes providencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: **1)** 29 Ene. 1992, r AC – 009, Dolly Pedraza de Arenas. **2)** 31 Ene. 1992, r AC – 016, Guillermo Chahín Lizcano. **3)** 3 Feb. 1992, r AC – 015, Luis Eduardo Jaramillo. **4)** 27 Ene. 1993, r AC-429, Carlos Arturo Orjuela Góngora. **5)** 29 Jun. 2004, e 2000-10203-01, Nicolás Pájaro Peñaranda. **6)** 2 Nov 2004, e 2004-0270-01, Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. **7)** 13 Jun. 2006, e 2004-03194-01, Ligia López Díaz. **8)** 16 Dic. 2009, e 2009-00089-01, Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

mediante la sentencia del 31 de julio de 2012⁷, en el sentido de disponer que la acción constitucional es procedente contra providencias, cuando vulneren derechos fundamentales, observando los parámetros fijados jurisprudencialmente, así como los que en el futuro determine la Ley y la Jurisprudencia, parámetros que esta Subsección con anterioridad al fallo antes señalado viene aplicando en los términos arriba expuestos⁸.

4. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si se vulneran los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad con las decisiones proferidas por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena y el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante las cuales se negaron las pretensiones de la demanda presentada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por el hoy accionante contra el Municipio de El Carmen de Bolívar, al no resolverse el planteamiento realizado en la demanda y en el recurso de apelación relacionado con el desconocimiento de la Ley de Garantías Electorales.

5. Análisis del caso concreto

La parte accionante plantea que se vulneran sus derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad ante la Ley, con las decisiones adoptadas por el Juzgado Quinto Administrativo de Cartagena y el Tribunal Administrativo de Bolívar dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho por él presentado contra el Municipio de El Carmen de Bolívar.

Lo anterior porque afirma que las autoridades judiciales accionadas no tuvieron en cuenta al momento de decidir el argumento realizado en la demanda y en el recurso de apelación presentado contra la sentencia de primera instancia, relacionado con la violación de la Ley de Garantías Electorales por parte del Alcalde de El Carmen de Bolívar, pues cuando se declaró insubsistente su

⁷ Expediente 11001-03-15-000-2009-01328-01. C.P. María Elizabeth García González.

⁸ Entre otras, de esta Subsección pueden consultarse la siguiente providencias: **1)** 28 Ago. 2008, e 2008-00779-00, Gerardo Arenas Monsalve. **2)** 22 Oct. 2009, e 2009-00888-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. **3)** 22 Oct. 2009, e 2009-00889-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. **4)** 3 Feb. 2010, e 2009-01268-00, Gerardo Arenas Monsalve. **5)** 25 Feb. 2010, e 2009-01082-01, Victor Hernando Alvarado Ardila. **6)** 19 May. 2010, e 2010-00293-00, Gerardo Arenas Monsalve. **6)** 28 Jun. 2011, e 2010-00540-00, Gerardo Arenas Monsalve. **7)** 30 Nov. 2011, e 2011-01218-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. **8)** 2 Feb. 2012, e 2011-01581-00, Gerardo Arenas Monsalve. **9)** 23 Feb. 2012, e 2011-01741-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. **10)** 15 Mar. 2012, e 2012-00250-00, Gerardo Arenas Monsalve.

nombramiento como empleado de libre nombramiento y remoción, en el cargo que ocupaba en el municipio, se encontraban en época preelectoral y por tanto no podía modificarse la planta de personal de la entidad territorial.

Igualmente, afirma que en las sentencias acusadas se desconoció el precedente jurisprudencial de la Sección Segunda del Consejo de Estado, relacionado con la vulneración de la Ley de Garantías Electorales cuando se declara insubsistente el nombramiento de un empleado de libre nombramiento y remoción en época preelectoral.

Visto lo anterior, debe revisarse en primer lugar el contenido de las providencias en las que se negaron las pretensiones de la demanda presentada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por el hoy tutelista.

- **Sentencia del 17 de enero de 2012 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena.**

"(...) A juicio del Despacho, no es procedente dar aplicación a la estabilidad reforzada propia de la carrera administrativa al cargo de libre nombramiento y remoción, pues la legislación en este sentido no otorga fuero de estabilidad a los cargos de esta naturaleza. Al tratarse de un cargo cuya provisión obedece a una facultad discrecional en la cual la confianza es un factor subjetivo del nominador, determinante para la permanencia en el empleo, no sería necesaria la expresa motivación de las razones, ni podría hablarse de desviación de poder, pues se trata de una facultad discrecional subjetiva.

En este sentido, el actor hace una interpretación extensiva de la norma que no se ajusta al régimen jurídico vigente. La razón de la clasificación de los empleos en el servicio público es justamente determinar el régimen al cual se encuentran sujetos, correspondiendo al de libre nombramiento y remoción una normatividad distinta a la aplicable al funcionario de carrera.

En lo que se refiere a la desviación de poder, no se allegaron pruebas que indiquen la existencia de numerosas insubsistencias en la administración, ni se probó que su retiro hubiese buscado fines torticeros o ajenos al servicio público.

En suma, no ha probado el actor que antes de la declaratoria de insubsistencia se le hubiese pedido la renuncia o que su desvinculación estuvo rodeada de actividad política, por el cargo que ocupaba, ni en tal caso habría podido ello ser considerado como razones ajenas al servicio público, sino que comporta una conducta reiterada en la administración pues al ser designado el nominador por elección popular es lógico que designe su gabinete de copartidarios o personas cercanas y de su absoluta confianza, además de que el demandante también accedió por nombramiento ordinario. (...)".

- **Sentencia del 26 de julio de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.**

"(...)

El Tribunal en aras de resolver esta controversia, y en virtud de que los cargos esbozados son la falta de motivación y la falsa motivación de los actos acusados, advierte en primer lugar que el numeral 3 del artículo 315 del (sic) Constitución Política predica que son atribuciones de los alcaldes "Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente; y nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes.

En ese orden, por mandato constitucional el representante legal de los municipios, tiene la facultad entre otras de nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia, a fin de asegurar el cumplimiento de las funciones públicas y la buena prestación del servicio.

(...)

Ahora bien en el caso particular aduce el apelante que el Alcalde haciendo uso de esa facultad discrecional lo retiró del servicio, pero en el acto administrativo no consignó los motivos de su desvinculación.

Pues bien; el Decreto GTS 173 del 19 de diciembre de 2009, establece en su primer artículo que el Alcalde de la entidad demandada ordena que se cumplan todos y cada uno de los actos mediante los cuales se ordenó volver las cosas al estado constitucional anterior en la administración.

Frente a la aludida falta de motivación, considera la Sala que dicho acto si tiene unos motivos claros, y expresos los cuales se presumen legales por expreso mandato constitucional y legal. Además, este funcionario público goza de la facultad discrecional para nombrar y remover a sus empleados, en la medida que desea mejorar el servicio, desde luego, cuando se trata de personal de confianza y manejo, como es el caso de los cargos de libre nombramiento y remoción.

A juicio de la Sala esta actuación no desborda lo dispuesto en el ordenamiento legal, como quiera que el actor no ejercía un cargo de carrera administrativa que le garantizara su derecho de inamovilidad, como tampoco un cargo en provisionalidad para exigir motivación del acto de desvinculación, sino un cargo de libre nombramiento y remoción tal como se aprecia en el acto administrativo visible a folio 8, mediante el cual se nombra al demandante en el cargo de Sub-Secretario de Talento Humano código 045 del Municipio de El Carmen de Bolívar.

(...)

Ahora bien, en cuanto al cargo de falsa motivación igualmente habría que desecharlo puesto que al plenario no se trajo prueba alguna que demostrara que lo consignado en los actos de desvinculación fuera contrario a la realidad.

Como conclusión, se reitera que el actor durante la actuación judicial, no logró desvirtuar la legalidad de los actos acusados, por cuanto, el material allegado al proceso resulta insuficiente para determinar que el actuar de la demandada fue ilegal, abusivo y arbitrario, sino que la demandada ejerció sus labores conforme lo dispone el ordenamiento legal, tal y como lo concluyó la a quo en la sentencia de primera instancia. (...)"

Caso concreto

Visto el contenido de las providencias acusadas se encuentra que tal y como señala el apoderado del accionante, las autoridades judiciales acusadas al resolver la controversia planteada en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no emitieron ningún pronunciamiento respecto a la supuesta violación de la Ley de Garantías Electorales planteada tanto en la demanda como en el recurso de apelación, pues el análisis del caso se centro en establecer si existió falsa motivación, falta de motivación y desviación de poder teniendo en cuenta las pruebas allegadas al proceso y el tipo de vinculación del señor Johan Villadiego Salcedo a la administración municipal como empleado de libre nombramiento y remoción.

Se observa por la Sala que en el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Quinto Administrativo de Cartagena el 17 de enero de 2012, el apoderado manifestó entre otras cosas lo siguiente:

“La Ley de Garantías, prohíbe la contratación y los despidos en épocas preelectorales, es un hecho notorio, que en la época en la que se da la emisión de los mencionados decretos que declaran “insubsistente a mi cliente”, era época de elecciones. (...)”.

Asimismo, en la demanda presentada por el hoy actor en tutela se señala como norma violada la Ley de Garantías, en especial el artículo 33 de la Ley 996 de 1995, que prevé restricciones a la contratación pública para todos los entes del Estado, incluyendo los departamentos y municipios.

Así las cosas, considera la Sala que le asiste razón a la parte actora en el presente asunto, cuando señala que los jueces accionados en las sentencias de instancia incurrieron en un defecto fáctico, toda vez que no hay correspondencia entre las normas planteadas como violadas en la demanda y en el recurso de apelación presentado contra el fallo de primera instancia; y las normas estudiadas dentro de las providencias acusadas, pues como se indicó anteriormente, no se hizo mención alguna respecto de la supuesta violación de la Ley de Garantías Electorales con el acto que declaró insubsistente el nombramiento del actor, lo cual constituye un desconocimiento del principio de congruencia, al no resolverse en las providencias la totalidad de los puntos planteados por las partes.

Igualmente, se advierte que no puede servir de excusa que la manifestación realizada por la parte demandante resulta corta y que en virtud del principio de justicia rogada en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa no se estudió la violación de la Ley 996 de 1995, pues el juez tiene el deber de valorar el conjunto de hechos y normas planteadas por las partes dentro del proceso, sin que pueda exigir una motivación extensa de los supuestos planteados por las partes, pues no puede caerse en excesivo rigorismo de considerar que pese a que se cita la disposición y el artículo exacto de la norma que se dice violada, no se cumple con la carga mínima y por tanto, no puede emitirse ningún pronunciamiento al respecto.

Como se indicó anteriormente, el juez tiene en uso de los principios de autonomía e independencia judicial el deber de emitir un pronunciamiento respecto de todos los extremos de la litis y todos y cada uno de los argumentos planteados por las partes, bien sea para acogerlos o descartarlos, pero no puede pasar por alto dicha función excusándose en la levedad de la intervención realizada por la parte sobre un punto, pues dicha circunstancia constituye una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, en la medida en que el juez debe efectuar un análisis armónico e integral que consulte la realidad procesal y resuelva como ya se dijo, todos los planteamientos de la demanda y su contestación.

Lo anterior no es otra cosa que el desarrollo del principio de congruencia que implica de un lado, que el juez no puede ir más allá de lo pedido, ni fundar la decisión en hechos diversos; y de otro, que es deber del juez pronunciarse de todos y cada uno de los puntos controvertidos.

Este principio es una garantía del debido proceso que marca al juez un camino para llegar a la sentencia y fija límites a la facultad discrecional; y hace que exista adecuación y correspondencia entre lo pedido y la decisión judicial.

La sentencia debe expresar en los considerandos el porque de la decisión, haciendo alusión y desarrollando los hechos, los argumentos, las pruebas y aplicando las normas que resulten pertinentes.

Consecuente con lo hasta aquí expuesto, se tutelaré el derecho de acceso a la administración de justicia y se dejará sin efectos la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 26 de julio de 2013; y se

ordenará a dicha Sala que profiera un nuevo fallo en el que se pronuncie sobre la totalidad de los argumentos y normas citadas como vulneradas dentro del recurso de apelación, de conformidad con los hechos y pruebas consignados en el expediente contentivo de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el señor Johan Villadiego Salcedo contra el Municipio de El Carmen de Bolívar, sin perjuicio del principio de autonomía funcional que gobierna el ejercicio de la función judicial.

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,

F A L L A

Primero: TUTÉLASE el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia de Johan Villadiego Salcedo, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo: DÉJESE SIN EFECTOS la sentencia de 26 de julio de 2013 dictado por el Tribunal Administrativo de Bolívar dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por Johan Villadiego Salcedo contra el Municipio de El Carmen de Bolívar.

Tercero: ORDÉNASE al Tribunal Administrativo de Bolívar en el término de 20 días contados a partir del recibo del expediente que contiene el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, dictar una nueva decisión teniendo en cuenta los lineamientos aquí consignados, pero sin que esta orden en modo alguno determine el sentido del fallo que debe emitirse en remplazo del que aquí se deja sin efectos.

Cuarto: Por Secretaría, **DEVUÉLVASE** el expediente allegado en calidad de préstamo, que contiene el proceso con radicación No. 2010-00174, al Tribunal Administrativo de Bolívar para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Si no fuere recurrida, envíese a la CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN (E)

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ