

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Evolución jurisprudencial / ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Procedencia excepcional cuando se vulneran derechos fundamentales

Resulta bien conocida la evolución jurisprudencial que ha tenido el tema de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. La Sección Primera de esta Corporación inveteradamente fue partidaria de tramitar esta acción en primera y segunda instancia, cuando en ella se controvertieran providencias judiciales por supuestas vías de hecho, al punto que, en diversas oportunidades, se llegó a conceder el amparo solicitado cuando se concluyera que la decisión estaba afectada con dicho vicio, verbigracia en sentencia de 23 de enero de 1997 (Rad.: AC - 4329, Consejero Ponente: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz) y con apoyo en la sentencia de la Corte Constitucional C – 543 de 1 de octubre de 1992, se admitió la posibilidad de estudiar la acción de tutela contra providencias judiciales siempre y cuando se estuviera en presencia del presupuesto antes señalado. Asimismo, en sentencia de 13 de diciembre de 1999 (Rad.: AC-9183, Consejero Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) se reiteró, que la acción de tutela contra providencias judiciales sólo era procedente ante la existencia de una vía de hecho, agregando que ello ocurriría cuando la misma obedecía al capricho o arbitrariedad de quien la profirió. Con ponencia del mismo Consejero se accedió a la tutela en la decisión del 13 de junio de 2002 (Rad.: AC-1124), lo anterior en razón a que la sentencia desconoció el alcance de lo dispuesto en la providencia C-470 de 25 de septiembre de 1997 (Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero). Dicha decisión también se fundamentó en la sentencia T-842 de 2001 (Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Tafur Galvis), según la cual se configura vía de hecho por el no acatamiento de los fallos de constitucionalidad proferidos por la Corte Constitucional. Empero, tal posición fue rectificadas por la Sala en sentencia de 9 de julio de 2004, proferida dentro de la acción de tutela radicada bajo el núm. 2004-00308 (Actora: Inés Velásquez de Velásquez, Consejero Ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), en la que se concluyó que en términos generales, la acción de tutela es improcedente contra sentencias judiciales que pongan fin a un proceso o actuación. Solo, excepcionalmente, en los casos en que una providencia judicial vulneraba el derecho constitucional de acceso a la Administración de Justicia, cuya condición de derecho fundamental de primer orden resulta indiscutible, la Sala había venido admitiendo la acción de tutela contra la misma, siempre y cuando la parte perjudicada con tal providencia no contara con otro mecanismo para obtener la protección del derecho o derechos conculcados. Sobre el particular y entre otras, se encuentra la sentencia del 14 de julio de 2005 (Rad.: 2005-00501, Consejero Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), en la cual se tuteló el derecho de acceso a la Administración de Justicia de los actores, dejando sin efecto los proveídos que rechazaron la demanda y el recurso de apelación proferidos dentro de un proceso de reparación directa y, en su lugar, se dispuso que se rehiciera la actuación teniendo en cuenta que se trataba de un proceso de única instancia en el que la admisión o el rechazo de la demanda (que no resuelve la suspensión provisional) debe resolverlo el ponente. Recientemente, con ponencia del Dr. Marco Antonio Vellilla, radicado 2012-00117, se accedió al amparo del derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia, dejando sin efectos el auto que rechazó la demanda y el que lo confirmó, por la ocurrencia de un defecto material o sustantivo, cuando el juez solicita el cumplimiento de requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, en un asunto exceptuado por la normas de tal trámite. Ahora bien, y con ocasión de la acción de tutela instaurada por la señora Nery Germania Alvarez Bello (Rad.: 2009-01328, Consejera Ponente: Dra. María Elizabeth García González), en un asunto que fue asumido por importancia jurídica por la Sala Plena, se concluyó que si bien es cierto que el

criterio mayoritario de la Corporación había sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, también lo es que las distintas Secciones que la componen antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Rad.: AC-10203), abrieron paso, de manera excepcional, para que cuando se advirtiera la vulneración de derechos constitucionales fundamentales fuera procedente este instrumento de naturaleza constitucional. Por lo anterior, en aras de rectificar y unificar el criterio jurisprudencial, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo consideró necesario admitir que debe acometerse el estudio de fondo de la acción de tutela cuando se esté en presencia de providencias judiciales – sin importar la instancia y el órgano que las profiera - que resulten violatorias de derechos fundamentales, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente y los que en el futuro determine la Ley y la propia doctrina judicial.

NOTA DE RELATORIA: 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 - Metodología a aplicar para determinar la procedencia del amparo: requisitos generales y requisitos o causales especiales de procedibilidad

Atendiendo el nuevo criterio jurisprudencial, esta Sección en Sala de 23 de agosto de 2012, adoptó como parámetros a seguir para determinar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, los señalados en la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional (Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño), sin perjuicio de las demás pronunciamientos que esta Corporación elabore sobre el tema. Por lo anterior, y con el fin de hacer operante la nueva posición jurisprudencial, estableció como requisitos generales de procedibilidad de esta acción constitucional, cuando se dirige contra decisiones judiciales, los siguientes: 1. Que el asunto objeto de debate sea de evidente relevancia constitucional. 2. Que se haya hecho uso de todos los mecanismos de defensa judicial -ordinarios y extraordinarios- de que disponga el afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio iusfundamental irremediable. 3. Que se cumpla el requisito de la inmediatez. Así, la tutela debe haber sido interpuesta en un término razonable y proporcionado desde el momento de ocurrencia de la vulneración del derecho fundamental. 4. Cuando se trate de una irregularidad procesal que tenga un efecto decisivo en la sentencia objeto de controversia y que afecte los derechos fundamentales de la parte actora. 5. Que quien solicita el amparo tutelar identifique debidamente los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados y que hubiere alegado tal vulneración dentro del proceso judicial, siempre que ello hubiere sido posible. 6. Que no se trate de sentencias de tutela, por cuanto los debates sobre derechos fundamentales no pueden prolongarse indefinidamente. Además de estas exigencias, la Corte en la mencionada sentencia C-590 de 2005, precisó que era imperioso acreditar la existencia de unos requisitos especiales de procedibilidad, el propio Tribunal Constitucional los ha considerado como las causales concretas que de verificarse su ocurrencia autorizan al juez de tutela a dejar sin efecto una providencia judicial (Sentencia de 3 de septiembre de 2009, Rad.: T-619, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio). Así pues, el juez debe comprobar la ocurrencia de al menos uno de los siguientes defectos: 1. Defecto orgánico, que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece, de manera absoluta, de competencia para ello. 2. Defecto procedimental absoluto, que tiene lugar cuando

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

ACTO ADMINISTRATIVO QUE CREA PLANTA DE PERSONAL - Naturaleza jurídica

La jurisprudencia de esta Corporación ha explicado con suficiencia que los actos administrativos que establecen las plantas de personal de las entidades públicas, son actos administrativos de carácter general que tienen efectos en situaciones particulares, esto es, respecto de aquellas personas a quienes se les suprime el empleo... Esta particular condición, hace complicado establecer el tipo de acción y el acto que debe demandarse ante la jurisdicción contenciosa (si el acto administrativo que establece la planta o la comunicación que particulariza la decisión de la Administración, ó ambos); pero en ningún momento le modifica o desvirtúa la condición de acto administrativo de carácter de general.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto, consular: sentencias del 10 de febrero de 2011, exp: 68001-23-31-000-2000-02684-01(1326-10), C.P. Gerardo Arenas Monsalve y del 18 de febrero de 2010, exp. 25000-23-25-000-2001-10589-01(1712-08), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

ACTO ADMINISTRATIVO - Publicación

De otro lado, y en lo que respecta a los efectos de la falta de publicación de los actos administrativos, se tiene que, por regla general, ésta afecta la oponibilidad del acto pero no su existencia ni validez.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular, ver: sentencias del 18 de noviembre de 2010, exp. 2001-00341-01, C.P. María Claudia Rojas Lasso y del 23 de junio de 1994, exp. 7852, C.P. Dolly Pedraza de Arenas.

DEFECTO FACTICO - Concepto

El defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio, es objeto de control constitucional a través de la acción de tutela, únicamente cuando es indudable que, de haberse realizado su valoración de manera adecuada, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente.

ACTOS ADMINISTRATIVOS - Publicación / ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Procedencia por vulneración del derecho al debido proceso

El Tribunal declaró la nulidad del decreto 1087 de 24 de octubre de 2004, por el cual se estableció la Planta de Personal de la Alcaldía Municipal de Palmira, respecto de la supresión del cargo de cada uno de los que habían demandado, con el argumento de que ese decreto, a pesar de ser de carácter general por el hecho de producir efectos particulares, se encuentra viciado de nulidad generada por la falta de publicación del Decreto 1086 de 2004 , que le sirvió de sustento; esto, aplicando la jurisprudencia de esta Corporación que refiere a la causal de nulidad de los actos administrativos particulares por la omisión en la publicación de los actos de carácter general en que se encuentran fundados. Observa la Sala que si bien la parte actora alega como sustento de la presente acción la configuración de un defecto fáctico, la sustentación que hace del mismo no corresponde a dicho defecto; más bien, se trata de un defecto sustantivo, en tanto lo alegado es la contradicción entre los fundamentos y la decisión tomada por el Tribunal. En consecuencia, lo decidido por el Tribunal, a pesar de encontrarse apoyado en jurisprudencia que cita de esta Corporación, dista de tener coherencia y, además, se aparta de los pronunciamientos del Alto Tribunal de lo Contencioso sobre los actos administrativos y el efecto de la falta de publicación. Se reitera, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido insistente en manifestar, como se expuso en el numeral ii) de esta providencia, que la publicación de los actos administrativos, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional, es presupuesto para la eficacia del acto y no presupuesto de su existencia o validez; la falta de publicación impide su oponibilidad frente a los administrados. El acto administrativo existe, es válido, goza de presunción de legalidad y obliga a la administración desde cuando se suscribe, aún si no se publica. También se explicó que, no obstante existen actos administrativos que son de carácter general pueden producir efectos particulares en ciertos administrados, como es el caso precisamente de aquellos que crean plantas de personal, lo cual no lleva como consecuencia que éstos pierden su carácter de generales por los efectos particulares que generen. De otra parte, en lo que respecta específicamente a los actos administrativos que se expiden con ocasión de la reestructuración de una entidad y de la nueva planta de personal que se requiera, la jurisprudencia ha determinado que, debido a su carácter de actos administrativos de carácter general que no limitan derechos, pueden aplicarse y surten plenos efectos, aun sin haberse publicado. Inclusive, se tiene que la falta de publicación de éstos se subsana, respecto de los efectos particulares que surte en algunos administrados, con la comunicación de carácter personal que se hace a éstos de la supresión de su cargo. Así las cosas, encuentra la Sala que en el sub lite se configura el defecto fáctico alegado, y, en consecuencia, procede la acción de amparo para proteger el derecho al debido proceso del actor, vulnerado por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con las sentencias aludidas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., seis (06) de marzo de dos mil catorce (2014)

Radicado número: 11001-03-15-000-2013-01983-00(AC)

Actor: MUNICIPIO DE PALMIRA - VALLE DEL CAUCA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Procede la Sala a decidir la tutela interpuesta por el MUNICIPIO DE PALMIRA – VALLE DEL CAUCA, a través de apoderado, contra las sentencias de 204 de 20 de junio de 2013 y 239 de primero de agosto de 2013, proferidas por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, por considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso.

I. LA SOLICITUD DE TUTELA

I.1. A través de apoderada, el MUNICIPIO DE PALMIRA presentó acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por considerar vulnerado el derecho fundamental al debido proceso, al proferir los fallos de Nos. 204 y 239, de 20 de junio y 01 de agosto de 2013, respectivamente, que decidió la nulidad del Decreto Municipal 1087 de 2008, dentro de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho radicadas con los números 2009-00137 y 2009-00138.

I.2.- La vulneración de los derechos son inferidos por el actor, en síntesis, de los siguientes hechos:

I.2.1. Refiere que, por medio de Acuerdo Municipal No. 006 de 24 de abril de 2008, el Concejo Municipal de Palmira, confirió facultades *pro-témpore* por 6 meses, al Alcalde Municipal de Palmira, para diseñar e implementar el proceso de reestructuración administrativa.

I.2.2. Con base en las facultades referidas, y después de realizado el estudio técnico necesario, el Alcalde de Palmira expidió los Decretos 1086 de 24 de octubre de 2008, “*Por el cual se establece la estructura organizacional del Municipio de Palmira (Valle), se determinan las competencias generales por dependencias y se adoptan otras determinaciones*”, y 1088 “*Por el cual se*

establece la estructura salarial de la Planta de Personal de la Alcaldía del Municipio de Palmira (Valle)”.

I.2.3. Explica que, luego en ejercicio de facultades constitucionales propias, artículo 315 numeral 7 de la Carta Política, el Alcalde Municipal expidió el Decreto 1087 de 24 de octubre de 2008, “*Por el cual se establece la Planta de Personal de la Alcaldía del Municipio de Palmira (Valle)*”; acto administrativo mediante el cual, entre otras, se dispuso la supresión de algunos empleos de la entidad.

I.2.4. Menciona que, dando cumplimiento al principio de publicidad de los actos administrativos, éstos fueron divulgados de manera idónea y oportuna; esto es que, el Acuerdo 006 del 24 de abril de 2008, expedido por el Concejo Municipal de Palmira, fue publicado a través de la edición No. 4 de la Gaceta Municipal del mes de abril de 2008. Igualmente, se divulgó en la Emisora Radio Palmira, en la emisión del 25 de abril.

I.2.5 Por su parte, los Decretos 1086, 1087 y 1088 de 2008, fueron publicados en la edición especial de octubre de 2008 de la Gaceta Municipal; se divulgaron a través de las carteleras del Municipio, se efectuó una rueda de prensa para exponer su contenido, el 24 de octubre; y se colgaron en la página web de la entidad a partir del 27 de octubre de ese año.

I.2.6 Luego, mediante comunicaciones de 24 de octubre de 2008, la Administración Municipal puso en conocimiento, por escrito, a cada uno de los titulares de los empleos suprimidos, la decisión de la Entidad de retirarlos del servicio y de las alternativas con que contaban los funcionarios que ostentaban derechos de carrera.

I.2.7. Algunas de las personas afectadas con las decisiones mencionadas, demandaron la nulidad de los decretos 1086, 1087 y 1088 de 2008 en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, entre las que se encuentran los señores

Edinson Borrero Filigrana y Gustavo Martínez, con los radicados 2009-00137 y 2009-00138, respectivamente.

I.2.8. En primera instancia conocieron los Juzgados Tercero y Cuarto Administrativo de Descongestión de Cali, que, en los procesos referidos, negaron las pretensiones de la demanda.

I.2.9. En segunda instancia, correspondió conocer al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que mediante las sentencias 204 de 20 de junio de 2013 (rad. 2009-00137) y 239 de 01 de agosto de 2013 (rad. 2009-00138) revocó los fallos de primera instancia y, en su lugar, declaró la nulidad del Decreto 1087 de 2004, por medio de la cual se estableció la planta de personal de la Alcaldía Municipal de Palmira, en cuanto suprimió el cargo de los señores EDINSON BORRERO FILIGRANA y GUSTAVO MARTÍNEZ.

I.2.10. Arguye el actor, que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en las providencias acusadas en sede de tutela, con total desconocimiento de los hechos y los fundamentos expuestos en la contestación de la demanda y probados en el expediente, incurrió en los defectos fáctico y orgánico, vulnerando el derecho fundamental al debido proceso del Municipio de Palmira.

I.3. FUNDAMENTO DE LAS PRETENSIONES

I.3.1. Argumenta la violación al debido proceso, en que, sin fundamento alguno, el Tribunal tramitó, a través de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la nulidad de actos administrativos de carácter general, como lo son los Decretos 1086, 1087 y 1088 de 24 de octubre de 2008, a pesar de haber operado la caducidad de la acción.

A más de lo anterior, no obstante, el Tribunal haber aplicado la jurisprudencia del Consejo de Estado que afirma que es causal de nulidad de los actos

administrativos de carácter particular, la falta de publicación del acto administrativo de carácter general en el que se fundamentan; erróneamente, con base en ella, declara la nulidad del Decreto 1087 de 2008, primero, asumiendo que es de carácter particular, sin serlo; segundo, asumiendo que su expedición se deriva del Decreto 1086 de 2008; y, tercero, concluye de manera equivocada el Tribunal que, como consecuencia de la presunta falta de publicación del Decreto 1086 de 2008, se genera la causal de nulidad del Decreto 1087 de 2008.

Considera el Municipio que, el Tribunal cometió un error grave al darle características de acto administrativo de carácter particular a un decreto general, como es el que establece la Planta de la Entidad Territorial, y además, deriva que un decreto se fundamenta en el anterior, cuando fueron expedidos con facultades completamente diferentes, unas extraordinarias pro tempore (Decreto 1086 de 2008) y el otro con las facultades ordinarias constitucionales que ostenta el Alcalde Municipal (Decreto 1087 de 2008).

En consecuencia solicita:

“1. Que se ampare el derecho fundamental al debido proceso, en sede judicial del Municipio de Palmira - Valle.

2. Que, como consecuencia de esta protección constitucional, se disponga dejar sin efectos las Sentencias No. 204 de 20 de junio de 2013, proceso 2009-137; 239 de 1 de agosto de 2013, proceso 2009-138; y (sic) 242 de 18 de julio de 2013, proceso (sic) 2009-138; proferidas por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Sala Contencioso Laboral.

3. Que se ordene al Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Sala Contencioso Laboral, emitir nuevos fallos de segunda instancia en los que se valoren de manera integral y en debida forma las pruebas que hacen parte del expediente, y en consideración a la oportunidad que tenían los actores para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en acción de nulidad y restablecimiento del derecho.”

II-. TRÁMITE DE LA TUTELA

II.1. Mediante proveído de 01 de noviembre de 2013, se negó la solicitud de acumulación de la tutela con el expediente No. 2013-01632-00 y se procedió a la admisión de la presente. En consecuencia, se ordenó notificar al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en calidad de accionado y, por tener interés directo en las resultas del proceso, a los señores Edinson Borrero Filigrana y Gustavo Martínez.

II.2. ACTUACIONES DE LAS PERSONAS VINCULADAS AL PROCESO

Realizadas las notificaciones, los vinculados intervinieron con los argumentos que, a continuación, se resumen:

II.2.1. INTERVENCIÓN DE LOS SEÑORES GUSTAVO MARTÍNEZ Y EDINSON BORRERO FILIGRANA. Mediante escrito de 28 de noviembre de 2013, el doctor Luis Mario Duque, apoderado de los señores Gustavo Martínez y Edinson Borrero Filigrana, terceros interesados, allegó contestación de la tutela, en la que pone de manifiesto que los argumentos planteados por el Municipio de Palmira, en sede de tutela no fueron puestos de presente en el proceso contencioso administrativo.

Explicó que, las sentencias del Tribunal no están cuestionando las competencias con las cuales fueron expedidos los actos administrativos sino que refiere al requisito de publicidad de los mismos, que, como lo afirma el Tribunal, no fue surtido.

Aclara que, contrario a lo referido por el Municipio de Palmira, el requisito de la publicación de los decretos cuestionados no se cumplió, con el agravante de que el Municipio en una conducta desleal pretendió engañar a los jueces de instancia al allegar una gaceta de octubre de 2008, que había sido editada en el mes de diciembre de ese año, para subsanar la falta de publicación inicial.

Luego, refiere jurisprudencia sobre la improcedencia de la tutela contra providencias judiciales, en las que se determina que ésta solo procede en casos excepcionales y con el cumplimiento de los requisitos determinados por la sentencia C-590 de 2005, los cuales, no se presentan en este caso.

Asegura que los defectos alegados por el Municipio de Palmira no acaecieron, porque el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca para fallar analizó la totalidad de los elementos probatorios allegados con la demanda y la contestación y se agotaron oportunamente todas las etapas del proceso, garantizando a la demandada el debido proceso y el derecho a la defensa.

En lo que respecta a los argumentos expuestos por el Municipio de Palmira en la demanda de tutela, respecto de la caducidad de la acción, advierte que ese asunto no fue alegado por el actor, ni en la contestación de la demanda ni en el recurso, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

No obstante lo anterior, sostiene que no existe tal caducidad porque los términos están siendo mal contabilizados por el Municipio, que toma como fecha de inicio el 24 de octubre de 2008, cuando en realidad la desvinculación de los señores Martínez y Borrero Filigrana, se produjo hasta el 23 de noviembre de ese mismo año, fecha a partir de la cual se debe contar el término de que trata el numeral 2 del artículo 136 del C.C.A.; que es la fecha en la que se ejecutó la decisión de retiro definitivo.

En tal virtud, sostiene, la presentación de la demanda se realizó en término y el defecto orgánico alegado por la Administración Municipal de Palmira, no existe.

De otro lado, alega que, el eje central de la argumentación del Tribunal para emitir los fallos fue la falta de publicidad de los actos administrativos, y que, contrario a lo dicho por el Municipio en sede de tutela, se analizaron a fondo todas las pruebas allegadas.

En efecto, arguye que, con ocasión de la constancia expedida por el Secretario Jurídico del Municipio de Palmira, del 03 de marzo de 2011, en la que da cuenta de la contratación para la impresión de la gaceta municipal de Palmira vigencia 2008, e informa que la Gaceta correspondiente a los decretos 1086, 1087 y 1088 del 24 de octubre de 2004 fueron entregados a la dependencia jurídica del municipio el 30 de diciembre de 2008; el Tribunal concluye que, la gaceta especial de octubre de 2008 fue publicada con posterioridad a la fecha que ésta consigna, toda vez que en ella aparecen como parte integrante del nuevo gabinete municipal, servidores públicos que a esa fecha (24 de octubre de 2008) no se encontraban nombrados ni posesionados.

Aduce que, en ese orden de ideas, probada como está la falta de publicidad de los decretos mencionados, no tenía otra alternativa el Tribunal que declarar la nulidad del Decreto 1087 de 2008, con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que establece que la falta de publicidad del acto de carácter general que le sirve de fundamento a uno de carácter particular, genera inmediatamente la causal de nulidad de ese último.

Por último, concluye solicitando se desestimen las pretensiones y se niegue la tutela impetrada.

II.2.2. INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA. Mediante escrito de 28 de noviembre de 2013, la Magistrada Melba Giraldo Londoño, rinde informe en los siguientes términos:

En primer lugar, realiza un recuento de los argumentos expuestos por la parte actora respecto de los presuntos defectos, orgánico y fáctico, que presentan los fallos proferidos por el Tribunal.

En relación con ello, aclara que el Tribunal tomó las decisiones con fundamento en todas y cada una de las pruebas allegadas al proceso, tanto así, que de ese

análisis pudo llegar a la conclusión de que el actuar de la Administración Municipal no se encontraba ajustado a derecho.

En tal virtud, afirma, no se presenta el defecto fáctico alegado por el actor, en razón a que las características establecidas por la jurisprudencia constitucional para que éste ocurra, no se dan en el caso bajo estudio.

Igualmente, asevera, el defecto orgánico de falta de competencia carece de sustento porque en el momento en que se presentaron las demandas todavía no había ocurrido el fenómeno de la caducidad de las acciones interpuestas.

En ese orden de ideas, asegura, resulta improcedente la tutela incoada por el Municipio de Palmira, y, en consecuencia, solicita se despachen negativamente las pretensiones.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

III.1. Generalidades de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política dispone:

*“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, **la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales**, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” (...)*

*“Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como **mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable**.”* (Negrilla fuera del texto).

Por su parte, el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991 *“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*, establece que la acción de tutela *“garantiza los derechos constitucionales fundamentales.”*

En concordancia con tal finalidad, el artículo 5 *ibídem*, señala:

“ART. 5º—Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2º de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el capítulo III de este decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito” (Negrilla fuera del texto).

Dedúcese de las normas transcritas que los presupuestos esenciales de la acción constitucional no son otros distintos que la existencia cierta, concreta y fundada de una conducta activa o pasiva que cause la violación o amenaza de los derechos consagrados por el constituyente como fundamentales, así como de aquellos que les fueren conexos, de acuerdo con las pautas trazadas por la jurisprudencia.

En este sentido, la procedencia de la acción de tutela se determina según el demandante carezca o no de un medio judicial idóneo y expedito para proteger sus derechos fundamentales, para lo cual no basta con registrar en abstracto la eventual existencia de otros instrumentos procesales sino que se torna necesario evaluar su eficacia a la luz de las circunstancias concretas.

Aunado a lo anterior, es de advertir que este mecanismo no es procedente para dirimir derechos litigiosos que provengan de la interpretación de la ley, tampoco para resolver conflictos judiciales cuyas competencias se encuentren claramente señaladas en el ordenamiento jurídico colombiano, pues con ello se llegaría a la errada conclusión de que el juez constitucional puede sustituir al juez ordinario, con excepción de los casos en los cuales se configura una violación de los derechos fundamentales y sea inminente la existencia de un perjuicio irremediable.

En suma y conforme a su naturaleza constitucional, la acción de tutela es el instrumento preferente de protección y garantía de los derechos fundamentales, cuyo ejercicio debe estar dirigido a obtener su amparo efectivo e inmediato frente a los actos u omisiones que los amenacen o vulneren.

III.2. Procedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales

Resulta bien conocida la evolución jurisprudencial que ha tenido el tema de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

La Sección Primera de esta Corporación inveteradamente fue partidaria de tramitar esta acción en primera y segunda instancia, cuando en ella se controvirtieran providencias judiciales por supuestas vías de hecho, al punto que, en diversas oportunidades, se llegó a conceder el amparo solicitado cuando se concluyera que la decisión estaba afectada con dicho vicio, verbigracia en sentencia de 23 de enero de 1997 (*Rad.: AC - 4329, Consejero Ponente: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz*) y con apoyo en la sentencia de la Corte Constitucional C – 543 de 1º de octubre de 1992, se admitió la posibilidad de estudiar la acción de tutela contra providencias judiciales siempre y cuando se estuviera en presencia del presupuesto antes señalado.

Asimismo, en sentencia de 13 de diciembre de 1999 (*Rad.: AC-9183, Consejero Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*) se reiteró, que la acción de tutela contra providencias judiciales sólo era procedente ante la existencia de una vía de hecho, agregando que ello ocurriría cuando la misma obedecía al capricho o arbitrariedad de quien la profirió.

Con ponencia del mismo Consejero se accedió a la tutela en la decisión del 13 de junio de 2002 (*Rad.: AC-1124*), lo anterior en razón a que la sentencia desconoció el alcance de lo dispuesto en la providencia C-470 de 25 de septiembre de 1997 (*Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero*). Dicha decisión también se fundamentó en la sentencia T-842 de 2001 (*Magistrado Ponente: Dr. Alvaro*

Tafur Galvis), según la cual se configura vía de hecho por el no acatamiento de los fallos de constitucionalidad proferidos por la Corte Constitucional.

Empero, tal posición fue rectificada por la Sala en sentencia de 9 de julio de 2004, proferida dentro de la acción de tutela radicada bajo el núm. 2004-00308 (*Actora: Inés Velásquez de Velásquez, Consejero Ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta*), en la que se concluyó que en términos generales, la acción de tutela es improcedente contra sentencias judiciales que pongan fin a un proceso o actuación.

Solo, excepcionalmente, en los casos en que una providencia judicial vulneraba el derecho constitucional de acceso a la Administración de Justicia, cuya condición de derecho fundamental de primer orden resulta indiscutible, la Sala había venido admitiendo la acción de tutela contra la misma, siempre y cuando la parte perjudicada con tal providencia no contara con otro mecanismo para obtener la protección del derecho o derechos conculcados.

Sobre el particular y entre otras, se encuentra la sentencia del 14 de julio de 2005 (*Rad.: 2005-00501, Consejero Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*), en la cual se tuteló el derecho de acceso a la Administración de Justicia de los actores, dejando sin efecto los proveídos que rechazaron la demanda y el recurso de apelación proferidos dentro de un proceso de reparación directa y, en su lugar, se dispuso que se rehiciera la actuación "*teniendo en cuenta que se trataba de un proceso de única instancia en el que la admisión o el rechazo de la demanda (que no resuelve la suspensión provisional) debe resolverlo el ponente*".

Recientemente, con ponencia del Dr. Marco Antonio Velilla, radicado 2012-00117, se accedió al amparo del derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia, dejando sin efectos el auto que rechazó la demanda y el que lo confirmó, por la ocurrencia de un defecto material o sustantivo, cuando el juez solicita el cumplimiento de requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, en un asunto exceptuado por la normas de tal trámite.

Ahora bien, y con ocasión de la acción de tutela instaurada por la señora Nery Germania Alvarez Bello (*Rad.: 2009-01328, Consejera Ponente: Dra. María Elizabeth García González*), en un asunto que fue asumido por importancia jurídica por la Sala Plena, se concluyó que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Corporación había sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, también lo es que las distintas Secciones que la componen **antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004** (*Rad.: AC-10203*), abrieron paso, de manera excepcional, para que cuando se advirtiera la vulneración de derechos constitucionales fundamentales fuera procedente este instrumento de naturaleza constitucional.

Por lo anterior, en aras de rectificar y unificar el criterio jurisprudencial, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo consideró necesario admitir que debe acometerse el estudio de fondo de la acción de tutela cuando se esté en presencia de providencias judiciales – *sin importar la instancia y el órgano que las profiera* - que resulten violatorias de derechos fundamentales, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente y los que en el futuro determine la Ley y la propia doctrina judicial.

III.3. Requisitos generales y especiales de procedibilidad de la acción constitucional cuando se dirige contra decisiones judiciales

Atendiendo el nuevo criterio jurisprudencial, esta Sección en Sala de 23 de agosto de 2012, adoptó como parámetros a seguir para determinar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, los señalados en la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional (*Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño*), sin perjuicio de las demás pronunciamientos que esta Corporación elabore sobre el tema.

En la referida sentencia la Corte consideró que “*no obstante que la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias es compatible con el carácter de ámbitos*

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

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

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

Además de estas exigencias, la Corte en la mencionada sentencia C-590 de 2005, precisó que era imperioso acreditar la existencia de unos requisitos especiales de procedibilidad, el propio Tribunal Constitucional los ha considerado como las causales concretas que “*de verificarse su ocurrencia autorizan al juez de tutela a dejar sin efecto una providencia judicial*” (Sentencia de 3 de septiembre de 2009, Rad.: T-619, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio).

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

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

De lo expuesto, la Sala advierte que, cuando el juez constitucional conoce una demanda impetrada en ejercicio de la acción de tutela y en la que se alega la vulneración de derechos fundamentales con ocasión de la expedición de una providencia judicial, en primer lugar, debe verificar la ocurrencia de los requisitos generales y, en segundo lugar, le corresponde examinar si en el caso objeto de análisis se presenta uno de los defectos especiales ya explicados, permitiéndole de esta manera “dejar sin efecto o modular la decisión” que se encaje en dichos parámetros.

Se trata, entonces, de una rigurosa y cuidadosa constatación de los presupuestos de procedibilidad, por cuanto resulta a todas luces necesario evitar que éste instrumento excepcional se convierta en una manera de desconocer principios y valores constitucionales tales como los de cosa juzgada, debido proceso, seguridad jurídica e independencia judicial que gobiernan todo proceso jurisdiccional.

III.4. El caso concreto

Pretende la parte actora, se ampare el derecho fundamental al debido proceso y, en consecuencia, se ordene dejar sin efectos las providencias No. 204 y 239, de

20 de junio y 01 de agosto de 2013, proferidas por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dentro de los expedientes No. 2009-00137 y 2009-00138, respectivamente, al haber incurrido en defecto fáctico por indebida valoración probatoria.

De acuerdo con los parámetros planteados en el acápite anterior, la Sala entrará a examinar el cumplimiento de los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, según la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional, acogida por la Sala Plena de esta Corporación.

Encuentra que, efectivamente se cumplen, en razón a que: (i) se invoca la vulneración de un derecho de orden fundamental como es el del debido proceso, asunto que tiene relevancia constitucional; (ii) el actor agotó todos los medios de defensa judicial de que disponía (las dos instancias en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho); (iii) la acción de amparo se presentó dentro de un término razonable, toda vez que fue radicada el 11 de septiembre de 2013, es decir, un poco más de un mes después de la notificación (05 de agosto de 2013) del primer fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, esto es, el No. 204 de 20 de junio de 2013 en el expediente 2009-00137, que declaró nulo el Decreto 1087 de 2008; (iv) la irregularidad manifestada por el accionante es de naturaleza procesal (omisión en la valoración de pruebas), que de ser cierta, afecta la decisión de fondo porque tiene un efecto decisivo y determinante en la sentencia; (v) la situación que generó la vulneración de derechos fundamentales fue debidamente puntualizada en el escrito de tutela; y (iv) no se trata de una sentencia de tutela sino de una de nulidad y restablecimiento del derecho.

Como consecuencia de lo anterior, y antes de revisar si se cumple alguno de los requisitos especiales de procedibilidad establecidos en la sentencia C-590 de 2005 de la Corte Constitucional, estima la Sala pertinente referirse a (i) la naturaleza jurídica de los decretos que crean plantas de personal; y (ii) a los efectos de la falta de publicidad de los actos administrativos, en aras de dar claridad al asunto planteado.

- (i) Uno de los argumentos principales expuestos en el fallo cuestionado del Tribunal, hace referencia a la naturaleza jurídica del acto administrativo que crea la planta de personal del Municipio de Palmira expedido con ocasión de la reestructuración del ente territorial; por lo que la Sala se referirá a ello.

La jurisprudencia de esta Corporación ha explicado con suficiencia que los actos administrativos que establecen las plantas de personal de las entidades públicas, son actos administrativos de carácter general que tienen efectos en situaciones particulares, esto es, respecto de aquellas personas a quienes se les suprime el empleo.

Así lo expresó en sentencia de 10 de febrero de 2011¹, al establecer que:

*“La Sala ha venido señalando que en los procesos de reestructuración de entidades públicas que conlleve la supresión de empleos, se expiden actos tanto de contenido general como particular. **Son de contenido general, aquellas decisiones que disponen la supresión de algunos de los empleos de la planta de personal lo cual se traduce en la reducción numérica de los mismos.** En este caso, la medida que así lo disponga es objetiva e indeterminada y en ese orden, el acto de contenido particular viene siendo la comunicación u oficio que informa al servidor sobre la no continuidad en el servicio.”*

(Subraya y negrilla fuera de texto original)

En el mismo sentido², manifestó que:

*“Se concretan entonces, dos actos que hacen referencia a la supresión del empleo del actor, **un acto general**, llamado Decreto 111 y la comunicación #*

¹ Consejo De Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 10 de febrero de 2011. Radicación: 68001-23-31-000-2000-02684-01(1326-10). Consejero ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve

² Consejo De Estado. Sección Segunda. Subsección "A". Sentencia de 18 de febrero de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2001-10589-01(1712-08). Consejero ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

ALC-535, ambos de 2001. Con este marco veamos cuales son los actos susceptibles de control en algunas hipótesis de reestructuración.

La regla general apunta a demandar el acto que afecta directamente al empleado, esto es, el que contiene en forma individual el retiro del servicio, de manera subjetiva y personal. Sin embargo, a pesar de esta claridad no siempre es diáfano el escenario; deben analizarse las situaciones fácticas y jurídicas en cada caso para definir el acto procedente, veamos grosso modo:

1. En el evento de que exista **un acto general que defina la planta**; un acto de incorporación que incluya el empleo, e identifique plenamente al funcionario y finalmente una comunicación; debe demandarse el segundo, esto es, el acto que extingue la relación laboral subjetiva y no por ejemplo la comunicación, por que es un simple acto de la administración, o de ejecución.
2. Si la entidad adopta la planta de empleos y no produce un acto de incorporación, pero expide un oficio dirigido a cada empleado que desea retirar; la comunicación se convierte en un acto administrativo que extingue la situación laboral subjetiva y por lo tanto se hace demandable; esto sin olvidar **que el acto general de supresión de cargo debe ser enjuiciado en forma parcial o mediante la excepción de inaplicación del acto, por inconstitucionalidad o ilegalidad.**
3. En los eventos en donde **el acto general** concreta la decisión de suprimir el cargo, la comunicación se convierte en un acto de simple ejecución, por ende, la sola impugnación de este acto genera inepta demanda, ya que no pone término a una actuación administrativa, respondiendo a la lógica, que la eventual declaratoria de nulidad del oficio de comunicación dejaría con plenos efectos jurídicos el acto que suprimió el cargo, o el que no lo incorporó a la nueva planta de personal, imposibilitando legalmente el restablecimiento del derecho.”
(subraya y negrilla fuera de texto original)

En ese orden de ideas, y de acuerdo a la jurisprudencia transcrita, se puede determinar con certeza que, los actos administrativos que establecen plantas de personal, son de carácter general, no obstante tener efectos particulares y concretos respecto de aquellas personas a quienes, con posterioridad a su expedición, se les comunica su retiro por supresión del cargo que venían ostentando.

Esta particular condición, hace complicado establecer el tipo de acción y el acto que debe demandarse ante la jurisdicción contenciosa (si el acto administrativo que establece la planta o la comunicación que particulariza la decisión de la

Administración, ó ambos); pero en ningún momento le modifica o desvirtúa la condición de acto administrativo de carácter de general.

- (ii) De otro lado, y en lo que respecta a los efectos de la falta de publicación de los actos administrativos, se tiene que, por regla general, ésta afecta la oponibilidad del acto pero no su existencia ni validez.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corporación ha sido reiterada al establecerlo, tal como se lee en la sentencia de 18 de noviembre de 2010, en el proceso de nulidad radicado con el número 2001-00341-01³, en la que se dijo que:

“La publicación de los actos administrativos, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional, es presupuesto para la eficacia del acto y no presupuesto de su existencia o validez; la falta de publicación impide su oponibilidad frente a los administrados. El acto administrativo existe, es válido, goza de presunción de legalidad y obliga a la administración desde cuando se suscribe, aún si no se publica.”

(...)Esta se orientaba a demostrar que la falta de publicación de los decretos cuestionados impedía su aplicación, argumento que no es de recibo porque, como quedó anotado previamente, la administración no puede negarse a aplicar el acto administrativo que ella expidió, aduciendo su desconocimiento. La publicación constituye una garantía a favor de los administrados, quienes, eventualmente, podrían invocar la falta de publicación, pero ese no es el caso en estudio, en el cual se analiza la aplicabilidad de unos decretos por parte del mismo Gobernador del Departamento que los profirió. Se concluye pues que, independiente de que hubieran sido publicados, los decretos demandados y la ordenanza invocada por ellos como su fundamento sí eran aplicables por parte del Gobernador del Departamento de desde la fecha en que éste los suscribió, independiente de que hubieran sido publicados o no. **La publicación de los decretos demandados y de la ordenanza es irrelevante para efectos de establecer su legalidad.** Esa es la razón, por la cual el a quo se eximió de estudiar las pruebas aportadas por la parte demandante para demostrar la publicación de dichos actos en las gacetas departamentales y de la parte demandada para demostrar que dicha publicación no se había surtido.”

³ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de 18 de noviembre de 2010, Radicado 2001-00341-01. Consejera Ponente: Dra. María Claudia Rojas Lasso.

En el mismo sentido, la Sección Segunda de esta Corporación, en un asunto similar⁴ al aquí planteado, explicó que:

"En relación con el primero, debe señalar la Sala que ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corporación respecto a que la falta de publicación de un acto general no es causal que lo vicie de nulidad. La publicación no constituye un requisito de validez del acto administrativo, es solamente condición para que pueda ser oponible a los particulares, es decir, de obligatoriedad. Se trata en consecuencia, de un problema de eficacia de la norma, no de validez; es un aspecto extrínseco al acto y posterior al mismo.

Por otra parte, también se ha ocupado la jurisprudencia de la posibilidad de aplicar una norma de carácter general antes de su promulgación, cuando quiera que no incide en las libertades de los administrados y se encamina a establecer mecanismos de gobierno.

Así se pronunció la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de 21 de septiembre de 1971:

"Sin embargo, reconociendo el principio de que la ley no obliga sino en virtud de su promulgación, el Consejo de Estado ha sostenido, en varias ocasiones, que este principio puede tener excepciones. Entre éstas se admite que ciertas leyes que no imponen obligaciones o restricciones a los gobernados y que se encaminan de preferencia a poner en movimiento los mecanismos del Gobierno para que cumplan con sus deberes puedan aplicarse antes de ser publicadas, siempre que los funcionarios que deban ejecutarlas las conozcan por cualquier medio idóneo y solo en cuanto a su aplicación no incida en modo alguno en el ejercicio de las libertades de los gobernados. Por otra parte, esta excepción, no implica que la promulgación sea innecesaria, solamente significa que la ley puede aplicarse, con la condición expresada, antes de su promulgación y siempre que haya sido sancionada".

Más recientemente esta Corporación expresó:

"El acto administrativo no publicado, general o particular, hay que mirarlo en sus relaciones con la propia Administración y con los particulares, por el primer aspecto, el acto no publicado es oponible a la propia administración,

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia 23 de junio de 1994. Expediente No. 7852. Consejera Ponente: Dra. Dolly Pedraza de Arenas

surte efectos respecto de ella, ya que lo conoce por haber sido quien le dio origen o nacimiento.

"Por el segundo aspecto, hay que distinguir si el acto administrativo concede un derecho o impone una obligación al particular, éste puede reclamarlo de la administración, aunque el acto no haya sido publicado. Si, por el contrario, el acto impone una obligación, ésta no puede exigirse hasta tanto no sea publicado, aunque se haya dicho en el propio acto que podía serlo desde antes (por ejemplo: Expedición).

La razón de ser filosófica de esta solución resulta de que cuando en el Estado de Derecho, se parte del supuesto de que el individuo goza, en principio, de una libertad ilimitada, y sus restricciones no pueden operar sin que los (sic) conozcan los afectados". (Sent. mayo 30 de 1988, Sección Cuarta, M.P. Dr. Hernán Guillermo Aldana Duque, Exp. 1125. Actor: Iván Gómez García).

Carece por tanto de fundamento el cargo de nulidad dirigido por la parte actora contra el Decreto 0925 de 1991 que determinó la planta de personal de la entidad por haber sido expedido antes de que se publicara el decreto de reestructuración de la misma, Decreto 0707 de 1991, toda vez que si bien éste debía ser publicado, por corresponder a una normativa interna de la administración y no contener afectación alguna a la libertad de los administrados, podía aplicarse aún antes de efectuarse su promulgación sin que ello afecte la validez de los actos de ejecución.

Y en cuanto al cargo de haberse emitido la comunicación a la actora antes de que el decreto que ordenó la supresión de su cargo hubiere sido publicado, debe señalar la Sala que aun sin la publicación el decreto era oponible a la actora, pues le fue dado a conocer a través de comunicación personal que era el medio pertinente, toda vez que aun cuando se trata de un acto de contenido general no puede desconocerse que produjo la afectación de una situación jurídica individual y concreta de quien ocupaba el cargo y por ello se le debía informar personalmente dándole oportunidad así de controvertir el acto ante la jurisdicción.

No puede aceptarse entonces el argumento de la demanda de la inoponibilidad del decreto de supresión de cargos respecto a la actora y menos el de nulidad de la comunicación."

De la jurisprudencia transcrita, se tiene que, la falta de publicación de un acto administrativo de carácter general no afecta su existencia ni su validez, es decir, no lo vicia de nulidad; únicamente se puede predicar de él su inoponibilidad a los

administrados. Sin embargo, aun ésta tiene excepciones porque dependiendo del contenido del acto, puede inclusive aplicarse sin haberse publicado⁵.

Ahora, una vez aclarados los criterios relativos a, la naturaleza jurídica de los actos administrativos que crean las plantas de personal y, a los efectos de la falta de publicidad de los actos administrativos, procede la Sala a analizar el sub lite.

La parte actora alega que, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca incurrió en los defectos fáctico y orgánico por indebida apreciación de las pruebas allegadas y por haber tramitado por la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la nulidad de unos actos de carácter general.

En lo que concierne al **defecto fáctico**, la jurisprudencia⁶ de la Corte Constitucional ha determinado que:

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

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

(...)

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

Sobre el punto, la Corte en la sentencia T-550 de 2002 consideró que:

⁵ Sobre el tema, ver también Sentencia del 06 de junio de 2000. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Radicado: 20 78-98- (647 -2000). Consejero Ponente: Dr. Carlos A. Orjuela Góngora.

⁶ Sentencia T-302 de 2003. M.P. Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

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

(...)

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

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

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en las providencias cuestionadas⁷ adujo que:

*"Con base en las consideraciones que anteceden, concluye la Sala que al encontrarse acreditada la falta de publicación del Decreto 1086 del 24 de octubre de 2008 dentro del término legal establecido para llevar a cabo el procedimiento de reestructuración administrativa en el Municipio de Palmira, si bien no se afectó el requisito de validez para que se pueda declarar la nulidad del mismo, **si se constituyó una irregularidad sustancial en relación al Decreto 1087 de 24 de octubre de 2008, por el cual se estableció la nueva Planta de personal en el Municipio de Palmira, el cual quedó afectado de nulidad pues pese a tener la connotación de un acto administrativo de carácter general tiene efectos particulares para el actor en cuanto suprimió su cargo y afectó de manera directa su vinculación laboral.***

El hecho de haberse proferido el nuevo acto de incorporación contenido en el Decreto 1087 de 24 de octubre de 2004, antes de que fuera publicado el acto general en que se fundamentó – Decreto 1086 de 2004- lleva a que dicho acto esté viciado de nulidad al estar impregnado de una irregularidad sustancial, en razón a que la falta de publicación afecta directamente el debido proceso administrativo en la medida que se omite acatar la orden legal de publicar aquellos actos en el Diario Oficial, así como el principio de

⁷ Folios 106 a 109 y 154 a 156 del expediente.

publicidad que inspira a la función administrativa consagrada en el artículo 209 constitucional, aniquilando con ello el derecho que tienen los asociados de informarse sobre el manejo de los asuntos públicos y de ejercer un eficaz control sobre la conducta de las autoridades y los actos que expide la administración pública.

(...)

La Sala concluye que el Decreto 1087 de 24 de octubre de 2004, por medio del cual se adopta una nueva planta de personal en la Alcaldía Municipal de Palmira en todo lo que hace referencia a la supresión del cargo que venía desempeñando el señor (...), al interior del Municipio de Palmira, es nulo, por violación de las normas a las cuales debió sujetarse, pues la publicación posterior del acto general del cual dependía en la Gaceta se configura en una causal de nulidad por violación del artículo 43 del C.C.A. y de las normas que disponen su publicación en la Gaceta Municipal como el medio dispuesto para el efecto por las autoridades municipales de Palmira, pues la razón de ser de la publicación es hacer conocer los actos a los obligados a cumplirlos y en este caso el afectado no tuvo la oportunidad de conocer la existencia y ejecutividad de los actos administrativos que modificaban su situación concreta con la entidad, esto es que sirvieron de fundamento para la supresión de su cargo, sin que la nulidad desaparezca por la posterior publicidad de los actos impugnados, porque dicha irregularidad se juzga al momento en que se expide el acto, y sin que en palabra del H. Consejo de Estado, “lo que posteriormente ocurra pueda llevar a sanear vicios de ilegalidad incrustados en actos particulares expedidos con fundamento en actos generales a los cuales se omitió el requisitos de publicidad” (subraya fuera de texto original)

En resumen, el Tribunal declaró la nulidad del decreto 1087 de 24 de octubre de 2004, por el cual se estableció la Planta de Personal de la Alcaldía Municipal de Palmira, respecto de la supresión del cargo de cada uno de los que habían demandado, con el argumento de que ese decreto, a pesar de ser de carácter general por el hecho de producir efectos particulares, se encuentra viciado de nulidad generada por la falta de publicación del Decreto 1086 de 2004⁸, que le sirvió de sustento; esto, aplicando la jurisprudencia de esta Corporación que refiere a la causal de nulidad de los actos administrativos particulares por la omisión en la publicación de los actos de carácter general en que se encuentran fundados.

⁸ Decreto por medio del cual se reestructuró al Municipio de Palmira Valle del Cauca.

Observa la Sala que si bien la parte actora alega como sustento de la presente acción la configuración de un defecto fáctico, la sustentación que hace del mismo no corresponde a dicho defecto; más bien, se trata de un **defecto sustantivo**, en tanto lo alegado es la contradicción entre los fundamentos y la decisión tomada por el Tribunal.

Ello es así, en razón a que, no obstante el Tribunal, tal y como se lee del aparte arriba transcrito, a pesar de reconocer el carácter general del Decreto 1087 de 2004, por el cual se estableció la planta de personal del Municipio de Palmira, decide declarar su nulidad argumentando que la falta de publicación del decreto 1086 de 2004, lo vicia.

Encuentra la Sala que en efecto, resulta contradictorio establecer que un acto de carácter general que se expide de manera autónoma, sin depender de otro; por el hecho de producir efectos particulares muta para convertirse en uno de carácter particular derivado del decreto por el cual se realizó la reestructuración administrativa (Decreto 1086 de 2004); y como consecuencia de todo ello, concluya aplicando un criterio jurisprudencial relativo a las causales de nulidad de los actos administrativos de carácter particular.

En consecuencia, lo decidido por el Tribunal, a pesar de encontrarse apoyado en jurisprudencia que cita de esta Corporación, dista de tener coherencia y, además, se aparta de los pronunciamientos del Alto Tribunal de lo Contencioso sobre los actos administrativos y el efecto de la falta de publicación.

Se reitera, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido insistente en manifestar, como se expuso en el numeral ii) de esta providencia, que **“la publicación de los actos administrativos, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional, es presupuesto para la eficacia del acto y no presupuesto de su existencia o validez; la falta de publicación impide su oponibilidad frente a los administrados. El acto administrativo existe, es**

válido, goza de presunción de legalidad y obliga a la administración desde cuando se suscribe, aún si no se publica.”

También se explicó que, no obstante existen actos administrativos que son de carácter general pueden producir efectos particulares en ciertos administrados, como es el caso precisamente de aquellos que crean plantas de personal, lo cual no lleva como consecuencia que éstos pierden su carácter de generales por los efectos particulares que generen.

De otra parte, en lo que respecta específicamente a los actos administrativos que se expiden con ocasión de la reestructuración de una entidad y de la nueva planta de personal que se requiera, la jurisprudencia ha determinado que, debido a su carácter de actos administrativos de carácter general que no limitan derechos, pueden aplicarse y surten plenos efectos, aun sin haberse publicado⁹.

Inclusive, se tiene que la falta de publicación de éstos se subsana, respecto de los efectos particulares que surte en algunos administrados, con la comunicación de carácter personal que se hace a éstos de la supresión de su cargo.

En ese orden de ideas, resulta contrario a la jurisprudencia de la Corporación y a lo allegado en los respectivos expedientes de nulidad y restablecimiento del derecho cuestionados en sede de tutela, lo decidido por el Tribunal en las sentencias 204 y 239 de 20 de junio y 01 de agosto de 2013, respectivamente, al declarar la nulidad del Decreto 1087 de 2004.

⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia 23 de junio de 1994. Expediente No. 7852. Consejera Ponente: Dra. Dolly Pedraza de Arenas. "Carece por tanto de fundamento el cargo de nulidad dirigido por la parte actora contra el Decreto 0925 de 1991 que determinó la planta de personal de la entidad por haber sido expedido antes de que se publicara el decreto de reestructuración de la misma, Decreto 0707 de 1991, toda vez que si bien éste debía ser publicado, por corresponder a una normativa interna de la administración y no contener afectación alguna a la libertad de los administrados, podía aplicarse aún antes de efectuarse su promulgación sin que ello afecte la validez de los actos de ejecución."

Así las cosas, encuentra la Sala que en el *sub lite* se configura el defecto fáctico alegado, y, en consecuencia, procede la acción de amparo para proteger el derecho al debido proceso del actor, vulnerado por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con las sentencias aludidas.

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

FALLA

PRIMERO: AMPÁRESE el derecho al debido proceso del Municipio de Palmira – Valle del Cauca, vulnerado por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y, en consecuencia, **DÉJANSE SIN EFECTOS** las sentencias 204 y 239, de 20 de junio y 01 de agosto de 2013, proferidas por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en los expedientes No. 76-001-33-31-703-2009-00137-1 y 76-001-33-31-004-2009-00138-1 dentro de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho instauradas por EDINSON BORRERO FILIGRANA y GUSTAVO MARTÍNEZ, respectivamente.

SEGUNDO: ORDÉNASE a ese Tribunal proferir nueva sentencia de segunda instancia en las referidas acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, en atención a las consideraciones puestas de presente en este fallo.

TERCERO: TIÉNESE al doctor **LUIS MARIO DUQUE**, como apoderado de **EDINSON BORRERO FILIGRANA y GUSTAVO MARTÍNEZ**, de conformidad con los poderes obrantes a folios 184 a 187 del expediente.

CUARTO: Si no fuere impugnada la sentencia conforme lo señala el artículo 31 del Decreto - Ley 2591 de 1991, **envíase** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GULLERMO VARGAS AYALA

Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Ausente con excusa