

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Procedencia excepcional cuando la providencia judicial vulnera derechos fundamentales

La tutela procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, el otro mecanismo de defensa debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado, siempre que esté acreditada la razón para conferir la tutela... esta Corporación aceptó la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, conforme con las reglas que ha fijado la Corte Constitucional... se precisó que la acción de tutela es procedente para cuestionar, incluso, providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado, pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, ese mecanismo puede ejercerse contra cualquier autoridad pública... el juez puede conceder la protección siempre que advierta la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo: (i) defecto sustantivo, (ii) defecto fáctico, (iii) defecto procedimental absoluto, (iv) defecto orgánico, (v) error inducido, (vi) decisión sin motivación, (vii) desconocimiento del precedente y (viii) violación directa de la Constitución.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 86

NOTA DE RELATORIA: A propósito de los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial ver, Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005.

ACTO ADMINISTRATIVO - Motivación / EXPEDICION IRREGULAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Falta de motivación / CAUSALES DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS - Falsa motivación / FALTA DE MOTIVACION - Diferencias respecto de la falsa motivación / ACTO ADMINISTRATIVO - No puede incurrir al tiempo en la causal de nulidad por falta de motivación y en la causal de nulidad por falsa motivación

El motivo del acto administrativo tiene que ver con los hechos que la administración tiene en cuenta para dictarlo. La exposición de esos motivos se conoce como motivación... la exigencia de que el acto administrativo sea motivado es un problema de forma del acto. Cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada y que esa motivación conste, por lo menos, en forma sumaria en el texto del acto administrativo, se está condicionando el modo de expedirse, esto es, la forma del acto administrativo... La falta de motivación, entonces, es el presupuesto o una de las causas que dan lugar a la nulidad por expedición irregular del acto administrativo, que no a la nulidad por falsa motivación, como suele entenderse equivocadamente. Por lo tanto, para que la pretensión de nulidad de un acto administrativo por falsa motivación prospere, se debe demostrar (I) que los hechos que la administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no se probaron en la actuación administrativa o (II) que la administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si se hubiesen considerado habrían modificado sustancialmente la decisión. En conclusión, mientras la falta de motivación implica la ausencia de motivo, la falsa motivación parte del supuesto de que el acto administrativo sí se motivó, pero de manera falsa, engañosa o, simplemente, con fundamento en hechos no probados. Por obvias razones, las dos causales de nulidad no pueden concurrir en un mismo acto administrativo, como erradamente

lo estimó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E.

FUENTE FORMAL: DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 35 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 42

RETIRO DE EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD POR VENCIMIENTO DEL TERMINO DE NOMBRAMIENTO - No necesita motivación adicional / VULNERACION DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - El acto administrativo de retiro sí se motivó

La Sala observa que el acto administrativo que retiró del servicio a la empleada sí está motivado, pues explicó que el retiro obedece al vencimiento del período para el que fue nombrada en provisionalidad. Conviene precisar que para los casos en que el retiro del servicio ocurre por vencimiento del término de nombramiento no se precisa de otra motivación. Esa razón es el motivo suficiente del acto administrativo de retiro que la desvinculó de la Procuraduría General de la Nación... Entonces, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, no podía declarar la nulidad por falta de motivación... por cuanto el acto de retiro sí estaba motivado en el vencimiento del periodo de la provisionalidad, que es una razón válida y suficiente... El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, vulneró el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de la Procuraduría General de la Nación. En consecuencia, la Sala le ordenará a ese mismo tribunal, que, en el término de 30 días, profiera una nueva decisión, conforme con las razones expuestas en esta providencia.

NOTA DE RELATORIA: La propia Corte Constitucional, en sentencia T-753 de 2010, explicó que cuando el retiro se produce por vencimiento de término para el que fue nombrado, se entiende que el acto está motivado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-04126-00 (AC)

Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCION SEGUNDA - SUBSECCION E

La Sala decide la acción de tutela interpuesta por la Procuraduría General de la Nación contra la sentencia del 29 de julio de 2014, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, que revocó la providencia del 17 de agosto de 2012, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Bogotá, y, en su lugar, declaró la nulidad del

oficio 1538 del 2011, que retiró del servicio a la señora Ruby Damith Rubio Navarro en el cargo de sustanciador, código 4SU, grado 11.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En ejercicio de la acción de tutela, la Procuraduría General de la Nación, mediante apoderado judicial, pidió la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, que estimó vulnerados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

“1) Que se revoque la sentencia materia de tutela proferida el veintinueve (29) de julio de dos mil catorce (2014), la cual quedó ejecutoriada el veinte (20) de agosto de dos mil catorce (2014), dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección ‘E’, Magistrado ponente: Doctor Jorge Hernán Sánchez Felizzola y se profiera una decisión ajustada a los parámetros establecidos por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU-556 del 24 de julio de 2014; y en donde se ordene dar cumplimiento a la misma conforme lo establecido en los artículos 192 y siguientes del CPACA.

2) Que se suspendan provisionalmente los efectos jurídicos del fallo atacado, hasta tanto se pronuncie de fondo la tutela de la referencia, o en su defecto se ordene suspender el trámite de pago de la sentencia que por obligación legal está efectuando la entidad”¹.

2. Hechos

Del expediente, se advierten como relevantes los siguientes hechos:

Que, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Ruby Damith Rubio Navarro pidió la nulidad del oficio 538 de 2011, suscrito por la Secretaria de la Procuraduría General de la Nación, que le informó su retiro del servicio, por vencimiento del término de su nombramiento en el cargo de sustanciador, código 4SU, grado 11. Que, a título de restablecimiento, solicitó el reintegro y pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir.

Que la demanda le correspondió al Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Bogotá, que, por sentencia del 17 de agosto de 2012, denegó

¹ Folio 27 del expediente de tutela.

las pretensiones porque el acto de retiro estaba debidamente motivado, en cuanto explicó que el retiro obedecía al vencimiento del término de su nombramiento.

Que, inconforme con la decisión, la señora Ruby Damith Rubio Navarro interpuso recurso de apelación y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, por sentencia del 29 de julio de 2014, la revocó porque, según advirtió, el acto de retiro carece de motivación. En su lugar, el tribunal declaró la nulidad del acto de retiro y ordenó el reintegro de la señora Rubio Navarro al cargo que ocupaba o a otro de igual o superior jerarquía.

3. Argumentos de la tutela

A juicio de la Procuraduría General de la Nación, la solicitud de amparo cumple los requisitos generales previstos por la Corte Constitucional para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, pues **(I)** el asunto es relevante si se tiene en cuenta que la decisión acusada desconoce el precedente judicial de la Corte Constitucional relacionado con el retiro del servicio de un funcionario que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad; **(II)** no cuenta con otro medio de defensa para la protección de los derechos fundamentales invocados, toda vez que agotó los recursos procedentes en el proceso ordinario; **(III)** cumple el requisito de inmediatez, por cuanto la sentencia acusada se notificó el 20 de agosto de 2014 y la demanda de tutela se presentó el 4 de diciembre siguiente; **(IV)** se identificaron los hechos que generan la violación de los derechos invocados, y **(V)** no se cuestiona una sentencia dictada en un proceso de tutela.

En cuanto al fondo del asunto, la Procuraduría General de la Nación alegó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, incurrió en “defecto fáctico” porque no valoró debidamente las sentencias SU 917 de 2010, T 753 de 2010 y C 054 de 1996 de la Corte Constitucional, así como la sentencia de tutela dictada en el proceso 2011-00558-00 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, que han determinado que el vencimiento del periodo para el fueron nombrados es motivación suficiente del acto de retiro².

Que si el tribunal hubiese tenido en cuenta esas sentencias habría concluido que el acto administrativo de retiro sí estaba motivado, en cuanto se explicó que el

² Aunque la Procuraduría General de la Nación alude al defecto fáctico, realmente se refiere al desconocimiento del precedente judicial.

retiro de la señora Ruby Damith Rubio Navarro obedeció al vencimiento del término del nombramiento en provisionalidad.

La Procuraduría General de la Nación también sostuvo que el tribunal demandado desconoció el precedente judicial de la Corte Constitucional, concretamente, la sentencia SU 556 de 2014, que determinó que la indemnización a la que tiene derecho el empleado público que fue desvinculado de un cargo en provisionalidad es equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir *“hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario”*³.

Finalmente, la Procuraduría adujo que la autoridad judicial demandada incurrió en defecto sustantivo porque ordenó que se liquidara la condena, en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Decreto 01 de 1984, a pesar de que esas normas fueron derogadas por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Que, por lo tanto, el tribunal debió ordenar la liquidación de la condena con fundamento en los artículos 192 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

4. Intervención del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F (autoridad judicial demandada)

El señor magistrado ponente de la sentencia acusada solicitó que se denegara el amparo solicitado por la Procuraduría General de la Nación porque ejerció la acción de tutela como si fuera la tercera instancia del proceso ordinario. Que, en efecto, los argumentos que la entidad demandante ofreció en el escrito de tutela son los mismos que expuso en el proceso ordinario y que ya fueron resueltos por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E.

En cuanto al fondo del asunto, el tribunal explicó que declaró la nulidad del acto de retiro porque no se motivó y, además, fue expedido por funcionario incompetente. Que, además, el tribunal decidió conforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la motivación de los actos de retiro. Que, por lo tanto, no es cierto que se hubiese

³ Folio 21 del expediente.

desconocido el precedente judicial y, en todo caso, precisó que de la sentencia SU 556 de 2014 únicamente se conoce el comunicado de prensa y, por ende, aún no constituye precedente.

Que tampoco es cierto que se hubiese incurrido en defecto sustantivo, por indebida aplicación de los artículos 176, 177 y 178 del Decreto 01 de 1984, pues esa era la norma que rigió el proceso ordinario. Que la propia Ley 1437 de 2011 dispuso que los procesos en curso a la vigencia de esa ley seguirían rigiéndose por el Decreto 01 de 1984, tal como ocurrió en este caso.

5. Intervención de la señora Ruby Damith Rubio Navarro (demandante en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho)

La señora Ruby Damith Rubio Navarro, mediante apoderado judicial, solicitó que se denegaran el amparo solicitado por la Procuraduría General de la Nación porque la autoridad judicial demandada no desconoció ningún derecho fundamental.

Además, la señora Ruby Damith Rubio Navarro alegó que la tutela carece de objeto porque, para la fecha en que se presentó la demanda, la Procuraduría General de la Nación ya la había reintegrado, en cumplimiento de la sentencia aquí acusada.

En cuanto al fondo del asunto, la señora Rubio Navarro sostuvo que el acto que la retiró del servicio incurrió en la causal de nulidad de falta de motivación y, por lo tanto, la decisión de declararlo nulo está ajustada a derecho.

Que, adicionalmente, el tribunal sí podía ordenar que se pagaran las prestaciones sociales desde el retiro y hasta la fecha de reintegro. Que, de hecho, la Corte Constitucional así lo aceptó en la sentencia SU 917 de 2010.

Que, finalmente, no es cierto que el tribunal hubiese aplicado una norma derogada, pues la ley aplicable al proceso ordinario era el Decreto 01 de 1984, mas no la Ley 1437 de 2011.

CONSIDERACIONES

1. De la acción de tutela contra providencias judiciales

La acción de tutela es un mecanismo judicial cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley.

La tutela procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, el otro mecanismo de defensa debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado, siempre que esté acreditada la razón para conferir la tutela.

En principio, la Sala Plena de esta Corporación consideraba que la acción de tutela era improcedente contra las providencias judiciales, en cuanto no fue creada para tal efecto. Que, además, no era el medio para discutir providencias judiciales porque el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, que reguló la acción de tutela, y que la permitía, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-543 de 1992.

No obstante, en sentencia del 31 de julio de 2012, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación aceptó la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, conforme con las reglas que ha fijado la Corte Constitucional. De hecho, en la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014⁴, se precisó que la acción de tutela es procedente para cuestionar, incluso, providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado, pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, ese mecanismo puede ejercerse contra cualquier autoridad pública. Sobre el particular, la Sala Plena explicó:

“2.1.11.- Entonces, en virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta, la acción de tutela sí procede contra las providencias del Consejo de Estado, materializadas en autos y sentencias, en la medida en que la Corporación

⁴ Expediente: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A. Demandado: Consejo de Estado – Sección Primera.

hace parte de una de las ramas del poder público –Rama Judicial-, conforme con los artículos 113 y 116 de la Constitución y, por tanto, es una autoridad pública.

Aceptar la procedencia de la acción de tutela contra las providencias del Consejo de Estado, no es otra cosa que aceptar la prevalencia de los derechos fundamentales de las personas y, por ende, desarrollar los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 1, 2, 4, 6, 121 y 230. Constitucionales.

2.1.12.- No puede perderse de vista que los autos y sentencias que profieren los jueces de las distintas jurisdicciones, incluidos los órganos que se encuentran en la cúspide de la estructura judicial, pueden vulnerar los derechos fundamentales de las personas”.

Empero, la tutela no puede convertirse en la instancia adicional de los procesos judiciales, pues los principios de seguridad jurídica y de coherencia del ordenamiento jurídico no permiten la revisión permanente y a perpetuidad de las decisiones judiciales y, por tanto, no puede admitirse la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, sin mayores excepciones.

Para aceptar la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, entonces, el juez de tutela debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales que fijó la Corte Constitucional, en la sentencia C-590 de 2005, así:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, 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. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

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. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

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.

(...)

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. 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. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas”.

Esos son los requisitos procesales o de procedibilidad de la acción de tutela.

Además, una vez la acción de tutela supere el estudio de las causales anteriores, llamadas genéricas, el juez puede conceder la protección siempre que advierta la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo: (i) defecto sustantivo, (ii) defecto fáctico, (iii) defecto procedimental absoluto, (iv) defecto orgánico, (v) error inducido, (vi) decisión sin motivación, (vii) desconocimiento del precedente y (viii) violación directa de la Constitución. La Corte Constitucional describió tales causales, así:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

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 en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente

*dicho alcance. 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”.*

Y esos defectos son los que autorizarían la concesión del amparo o de la tutela en contra de una providencia judicial.

Por último, conviene decir que al demandante le corresponde identificar y sustentar la causal específica de procedibilidad y exponer las razones que sustentan la violación de los derechos fundamentales. No son suficientes las simples inconformidades con las decisiones tomadas por los jueces de instancia, sino que el interesado debe demostrar que la providencia cuestionada ha incurrido en alguna de las causales específicas para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Justamente, las causales específicas que ha decantado la Corte Constitucional (y que han venido aplicando la mayoría de las autoridades judiciales) buscan que la tutela no se convierta en una instancia adicional para que las partes reabran discusiones que son propias de los procesos judiciales ordinarios o expongan los argumentos que dejaron de proponer oportunamente.

Es de esa manera que podría abordarse el estudio de una providencia judicial mediante el mecanismo excepcional de la tutela.

2. Del cumplimiento de los requisitos generales en la solicitud de amparo presentada por la Procuraduría General de la Nación

2.1.1. De la relevancia constitucional: la cuestión que aquí se discute sí tiene relevancia constitucional, toda vez que la Procuraduría General de la Nación alegó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, vulneró los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, derechos tradicionalmente relevantes en la institución de la acción de tutela. En especial, el asunto es relevante porque, a juicio de la Procuraduría General de la Nación, el tribunal demandado no tuvo en cuenta que el acto de retiro sí se motivó, en cuanto se explicó que el retiro obedecía al vencimiento del término del nombramiento en provisionalidad. De ser eso cierto, se habría

desconocido el derecho de acceso a la administración de justicia de la entidad demandante. Eso justifica la relevancia del asunto.

2.1.2. De la inmediatez: la tutela cumple el requisito de inmediatez, por cuanto la sentencia acusada se notificó por edicto desfijado el 14 de agosto de 2014⁵ y la demanda de tutela se presentó el 4 de diciembre siguiente⁶, esto es, después de tres meses, término que se considera razonable.

2.1.3. Del agotamiento de los mecanismos de defensa judicial: este requisito también está acreditado, pues la Procuraduría General de la Nación agotó los recursos procedentes en el proceso ordinario.

2.1.4. Finalmente, **la sentencia cuestionada no fue proferida en un proceso de tutela**, sino en un proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho. Están, pues, cumplidos los requisitos generales y, por ende, pasa la Sala a estudiar los requisitos especiales para la prosperidad de la tutela contra providencias judiciales.

2.2. Problema jurídico

Una vez analizados los argumentos expuestos por las partes, la Sala estima que debe resolver el siguiente problema jurídico: ¿en la sentencia del 29 de julio de 2014, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, se desconoció el derecho de acceso a la administración de justicia de la Procuraduría General de la Nación, al declarar la nulidad del oficio 538 de 2011 y ordenar el reintegro de Ruby Damith Rubio Navarro?

Para determinar si se vulneró el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, es necesario citar, en lo pertinente, la sentencia del 29 de julio de 2014, que aquí se cuestiona:

“(...) en el caso en estudio se observó de las documentales allegadas al plenario, que la demandante RUBY DAMITH RUBIO NAVARRO, fue nombrada inicialmente en el cargo de Sustanciador, Código 4SU, Grado 11 de la Procuraduría General de la Nación por el término de 6 meses, y luego mediante varios actos administrativos se prorrogó su vinculación con la entidad demandada, como se describió ya en este proveído.

⁵ Folio 80 del expediente.

⁶ Contraportada.

Y como ya se analizó, mediante oficio SG No. 1538 del 4 de abril de 2011, la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación, le comunicó a la demandante (fol.20):

‘Teniendo en cuenta que el Procurador General de la Nación lo (sic) nombró en provisionalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del Decreto 262 de 2000 y como es de su conocimiento dicho término vence el 6 de abril de 2011, comedidamente le solicito hacer entrega de los asuntos que tenga a su cargo al Jefe Inmediato e igualmente diligenciar los formatos que se adjunta al presente.

Así mismo deberá hacer entrega del carné que la acredita como funcionaria de la entidad, de los asuntos que tenga a su cargo’.

De lo visto se observa con claridad que este acto administrativo no expresa en ningún aparte las razones para no prorrogar el nombramiento en provisionalidad de la demandante. Simplemente le recuerda el vencimiento del periodo de su nombramiento, y le solicita se haga entrega del puesto de trabajo, pero en ningún momento, se insiste, se expresan las razones para prescindir de los servicios de la actora, tal como ésta bien lo resalta en su recurso de apelación y como fundamento de esta acción.

Las pruebas testimoniales allegadas al expediente, también dan cuenta de la responsabilidad y compromiso que caracterizaba a la demandante en el desarrollo de sus labores, por lo cual tampoco puede deducirse que existieron razones relacionadas con el incumplimiento de sus deberes como servidora que hubieran motivado su no renovación en el cargo que venía desempeñando. Así lo relató el testigo ENRIQUE DELGADO OCHOA:

‘Ella estaba desempeñándose como sustanciadora y en ese cargo tuvo la oportunidad de sustanciar con un buen desempeño con conocimiento y con práctica en Procuradurías Judiciales en lo penal, penal militar y en administrativo, su desempeño como lo indique (sic) en un comienzo fue bueno demostrando no solo su capacidad sino su responsabilidad, honestidad y el afecto hacía (sic) la institución es decir el sentido de pertenencia pues siempre observaba que llegaba temprano a sus labores y que igualmente salía después del horario oficial’ (fol. 104)

Y aunque el A – quo señaló en la sentencia impugnada, que en el acto administrativo demandado se inferían las razones para no prorrogar el nombramiento de la demandante, que no eran otras que, el vencimiento del término, dicho argumento no tiene asidero alguno, pues nótese que las prórrogas venían presentándose continuamente desde el año 2007, evidenciándose de esta manera, que el acto administrativo acusado carece de motivación, cuando como se observó supra, éste fue prorrogado en múltiples ocasiones, así que resultan dudosas las razones dadas por la administración para finalizar el vínculo con la ahora accionante.

Por el contrario, las pruebas allegadas dejan ver que la demandante, en virtud de los derechos constitucionales que le asisten, se vinculó en el mes de noviembre de 2010, al SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y EL MINISTERIO PÚBLICO (fols. 27 a 30), decisión comunicada al Procurador General de la Nación el 9 de noviembre de 2010 (fols. 34 y 35) y a partir de este momento fue cuando la

*entidad demandada, esperó al vencimiento del término del último contrato suscrito y decidió su no prórroga (sic) como veía (sic) haciéndose periodos atrás, **situación que permite inferir que tal fue la decisión para la no prórroga de su vinculación laboral y no simplemente el vencimiento del término, como lo ha esgrimido hasta ahora la demandada.***

Al respecto, uno de los declarantes, ENRIQUE DELGADO OCHOA relató:

‘PREGUNTADO: Sírvase precisar esta última parte donde manifestó sobre el rose a nivel directiva (sic) y consecencialmente a nivel institucional a que se refiere. CONTESTÓ: Bueno a nivel directivo me refiero a las directivas de ambos sindicatos por razones meramente sindicales y a nivel institucional lo manifiesto en razón a que tuve conocimiento de que una de las razones que fueron tenidas en cuenta para no prorrogar la provisionalidad de la Doctora RUBY DAMITH fue precisamente el haber sido no solo sindicalizada, sino fundadora de esta segunda organización sindical, es decir que hubo una cierta reacción en torno a ese hecho por parte de la procuraduría’ (fol. 105).

En consecuencia, y teniendo en cuenta que se observa que el acto que dispuso la no prórroga de la vinculación del demandante, se encuentra motivado en razones distintas al mejoramiento del servicio, se revocará la sentencia, en su lugar se declarará la nulidad del acto acusado y se ordenará el reintegro de la demandante al mismo cargo de Sustanciador, Código 4SU, Grado 11 de la Procuraduría General de la Nación, o a otro de igual o superior categoría con el consecuente reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su retiro, con los ajustes de Ley, declarando para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad.
(...)”⁷.

De la anterior transcripción, la Sala observa que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, ofreció dos conclusiones contradictorias. Por un lado, estimó que el acto de retiro carecía de motivación porque “no expresa en ningún aparte las razones para no prorrogar el nombramiento en provisionalidad de la demandante”. Y, por otro, concluyó que existía falsa motivación porque el retiro del servicio no se causó por vencimiento del término para el que fue nombrada, sino porque la señora Ruby Damith Rubio Navarro se afilió a uno de los sindicatos de la Procuraduría General de la Nación.

La decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, es francamente incongruente. Un acto administrativo no puede incurrir, al tiempo, en la causal de nulidad por carecer de motivación y en la causal de nulidad por falsa motivación porque se expidió por razones diferentes a las expuestas. Veamos.

⁷ Folios 73-75 del expediente.

Como se sabe, el motivo del acto administrativo tiene que ver con los hechos que la administración tiene en cuenta para dictarlo. La exposición de esos motivos se conoce como motivación.

La motivación del acto administrativo puede ser previa, concomitante o posterior. Es previa o remitida cuando la administración no se extiende en exponer los hechos, sino que remite a la actuación, a lo previo, como cuando dice: “*con fundamento en la prueba que obra en el folio 20 del expediente...tómese esta decisión...*”. Por su parte, la motivación concomitante sucede cuando la administración expone ahora y de forma completa las razones tanto fácticas como jurídicas para tomar la decisión. La motivación posterior, a su turno, ocurre cuando la administración revela los motivos después de haber dictado el acto, como cuando por peticiones especiales o por órdenes judiciales así lo hace.

Ahora, la exigencia de que el acto administrativo sea motivado es un problema de forma del acto. Cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada y que esa motivación conste, por lo menos, en forma sumaria en el texto del acto administrativo, se está condicionando el modo de expedirse, esto es, la forma del acto administrativo⁸, tal como ocurre con el artículo 35 del Decreto 01 de 1984⁹ (en igual sentido puede verse el artículo 42¹⁰ de la Ley 1437 de 2011), que exige que los actos administrativos de contenido particular y concreto se expidan con una motivación, al menos, en forma sucinta, esto es, breve, pero sustancial.

La falta de motivación, entonces, es el presupuesto o una de las causas que dan lugar a la nulidad por expedición irregular del acto administrativo, que no a la nulidad por falsa motivación, como suele entenderse equivocadamente.

⁸ Sobre el tema, ver la sentencia del 23 de junio de 2011, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado. M P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Número de radicado: 11001-03-27-000-2006-00032- 00 (interno 16090). Demandantes: Diana Caballero Agudelo y Gloria I. Arango Gómez. Demandado: DIAN.

⁹ Artículo 35. Adopción de decisiones. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares. (...)(Se resalta).

¹⁰ “Artículo 42. Contenido de la decisión. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada. La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos”.

La falsa motivación es una causal independiente y autónoma, en la medida en que alude a los hechos del caso y a la prueba. En efecto, la falsa motivación se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa.

Por lo tanto, para que la pretensión de nulidad de un acto administrativo por falsa motivación prospere, se debe demostrar **(I)** que los hechos que la administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no se probaron en la actuación administrativa o **(II)** que la administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si se hubiesen considerado habrían modificado sustancialmente la decisión.

En conclusión, mientras la falta de motivación implica la ausencia de motivo, la falsa motivación parte del supuesto de que el acto administrativo sí se motivó, pero de manera falsa, engañosa o, simplemente, con fundamento en hechos no probados.

Luego, por obvias razones, las dos causales de nulidad no pueden concurrir en un mismo acto administrativo, como erradamente lo estimó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E.

En efecto, contra lo expuesto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, la Sala observa que el acto administrativo que retiró del servicio a la señora Ruby Damith Rubio Navarro sí está motivado, pues explicó que el retiro obedece al vencimiento del período para el que fue nombrada en provisionalidad.

Conviene precisar que para los casos en que el retiro del servicio ocurre por vencimiento del término de nombramiento no se precisa de otra motivación. Esa razón es el motivo suficiente del acto administrativo de retiro que desvinculó de la Procuraduría General de la Nación a Ruby Damith Rubio Navarro.

La propia Corte Constitucional, en sentencia T 753 de 2010, explicó que cuando el retiro se produce por vencimiento de término para el que fue nombrado, se entiende que el acto está motivado. La Corte dijo:

“(...) la Procuraduría General de la Nación, mediante la comunicación ya referenciada, le informó al Señor Gustavo Andrés Becerra Mejía, los

*motivos por los cuales no se renovarían su nombramiento en la entidad, en los siguientes términos 'Ante el vencimiento del término previsto de su nombramiento en provisionalidad, que tendrá lugar el próximo 29 de octubre de 2.009, comedidamente le solicito hacer entrega de su cargo al Jefe inmediato'. En el caso bajo revisión se evidencia que, **en la práctica, la entidad accionada aplicó el precitado postulado constitucional, por cuanto, mediante la comunicación SG No. 5344, de manera muy breve y sumaria indicó las razones por las cuales se terminaba el nombramiento en provisionalidad'** (se resalta).*

Entonces, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, no podía declarar la nulidad por falta de motivación (que, se insiste, técnicamente sería nulidad por expedición irregular), por cuanto el acto de retiro sí estaba motivado en el vencimiento del periodo de la provisionalidad, que es una razón válida y suficiente.

Por otra parte, la Sala tampoco advierte que el retiro del servicio estuviera motivado por razones diferentes al vencimiento del periodo para el que fue nombrada la señora Ruby Damith Rubio Navarro. Sobre este punto, debe precisarse que la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha sostenido que, para encontrar acreditada la desviación de poder, esto es, que el acto de retiro se expidió con vicios de motivo y de finalidad, en el proceso ordinario deben existir pruebas suficientes "que no dejen la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que obtuviera como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la Ley".

Según lo advierte la Sala, en el proceso estudiado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, obra la declaración del señor Enrique Delgado Ochoa da cuenta de que la señora Rubio Navarro desempeñaba sus funciones con rectitud y eficiencia (que son las condiciones esperadas de todo funcionario público) y que, además, pertenecía a uno de los sindicatos de la Procuraduría General de la Nación.

Esa declaración, sin embargo, no es una prueba fehaciente de que el retiro de la demandante obedeció a una retaliación por haberse sindicalizado, como lo concluyó la autoridad demanda, y, por ende, no logra desvirtuar la presunción de legalidad del acto de retiro, como lo estimó el tribunal demandado.

Queda resuelto, entonces, el problema jurídico planteado: el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, vulneró el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de la Procuraduría General de la Nación. En consecuencia, la Sala le ordenará a ese mismo tribunal, que, en el término de 30 días, profiera una nueva decisión, conforme con las razones expuestas en esta providencia.

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

FALLA

1. Amparar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de la Procuraduría General de la Nación. En consecuencia se dispone:

1.1. Dejar sin valor y efecto jurídico la sentencia del 29 de julio de 2014, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E. En su lugar,

1.2. Ordenar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, que, en el término de 30 días, dicte una nueva decisión, en la que tenga en cuenta las consideraciones expuestas en esta providencia.

2. Si no se impugna, enviar el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Ausente con permiso