

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Causales genéricas y causales especiales de procedencia

En la sentencia C-590 de 2005 se enunciaron las causales genéricas de procedibilidad o requisitos generales de procedencia, estos son:

- (i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional;
- (ii) 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;
- (iii) Que se cumpla con el requisito de la inmediatez;
- (iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal ésta debe tener un efecto determinante en la sentencia que se impugna y afectar los derechos fundamentales de la parte actora;
- (v) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos que se transgredieron y que tal vulneración hubiere sido alegada en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible y
- (vi) Que no se trate de sentencias de tutela.

Una vez agotado el estudio de estos requisitos, y, siempre y cuando se constate el cumplimiento de todos, es necesario determinar la existencia de por lo menos alguna de las causales especiales de procedibilidad, es decir, que la providencia controvertida haya incurrido en: a) defecto orgánico, b) defecto procedimental absoluto, c) defecto fáctico, d) defecto material o sustantivo, e) error inducido, f) decisión sin motivación, g) desconocimiento del precedente constitucional que establece el alcance de un derecho fundamental y h) violación directa de la Constitución. Se tiene de lo anterior que en el presente caso se cumplen los requisitos generales señalados frente a la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, por lo que se pasará a determinar si se configura el defecto alegado por el demandante.

DEFECTO FACTICO EN PROVIDENCIA JUDICIAL - Noción

El defecto fáctico se configura cuando las pruebas allegadas al proceso resultan insuficientes para adoptar la determinación correspondiente, bien porque no fueron decretadas o porque no fueron practicadas, o cuando la valoración que de las pruebas se haga resulte contra evidente. En este orden de ideas, el defecto fáctico se presenta cuando el funcionario judicial omite la consideración de elementos probatorios que constan en el proceso, no los advierte o, simplemente, no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión. Según lo ha señalado la Corte Constitucional, el juez de tutela puede analizar la validez constitucional de una sentencia por defecto fáctico, cuando la decisión se adopta con base en deficiencias probatorias frente a la existencia o valoración, según el caso, de los hechos acreditados mediante las pruebas allegadas al respectivo proceso.

REGIMEN DE CARRERA DE LAS FUERZAS MILITARES - Llamamiento a calificar servicios. Regulación / DE LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS EN FUERZAS MILITARES - Alcance de la discrecionalidad

Con fundamento en lo anterior, de la lectura de la sentencia que se cuestiona por esta vía, encuentra la Sala que el Tribunal, para adoptar su decisión, se limitó a señalar, con apoyo jurisprudencial, que el ejercicio de la facultad discrecional, cuando se trata de llamamiento a calificar servicios, sólo esta sujeto a que se verifique que el actor, al momento de ser llamado, acumulaba un tiempo mayor a

15 años y además que hubiera un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, lo que se encontró acreditado en el proceso. Con respecto al sistema especial de las Fuerzas Militares, la Corte Constitucional en diversas ocasiones lo ha avalado y ha considerado que en razón a la finalidad de su configuración, el régimen de carrera de sus funcionarios posee cierta flexibilidad, lo que justifica el uso de la facultad discrecional. Empero, dicha potestad no puede desconocer principios constitucionales, como quiera que no se trata de un poder ilimitado, sino que, precisamente, su actuación debe enmarcarse dentro del fin específico de las normas que le atribuyen la competencia, cual es precisamente el objetivo para el que fueron instituidas las Fuerzas Militares. La figura del llamamiento a calificar servicios en las Fuerzas Militares se encuentra regulada por los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 del 2000. El llamamiento a calificar servicios no es una simple forma de desvinculación laboral ni tampoco una sanción, como quiera que dicha percepción implicaría, en el primer caso, la vulneración de los artículos 25 y 53 de la Constitución al no haber una justificación distinta al tiempo de servicio y sin beneficio de la pensión y, en el segundo, la transgresión al artículo 29 de la Constitución Política, debido a la carencia de razones definidas por la ley y a la ausencia de un debido proceso. La decisión en torno al llamamiento a calificar servicios, se enmarca en un proceso donde está inserto el uso de una facultad discrecional de determinados órganos de las Fuerzas Militares, sin embargo, los actos administrativos que se expidan en virtud de dicha facultad deben estar encaminados al mejoramiento del servicio y es, a la parte demandante, a quien le corresponde demostrar que la autoridad administrativa, en ejercicio de sus facultades, persiguió finalidades diferentes.

DEFECTO FACTICO EN PROVIDENCIA JUDICIAL - Configuración por omisión en valoración probatoria / DEBIDO PROCESO - Vulneración por defecto fáctico en providencia judicial

Encuentra la Sala que el Tribunal accionado no hizo la correspondiente valoración de las pruebas, que le permitiera a esa Corporación establecer el presunto vicio de falsa motivación y desviación de poder en la expedición del acto administrativo atacado y determinar si el mismo estuvo encaminado a un fin diferente que el mejoramiento del servicio. Es claro para la Sala que el Tribunal accionado debió estudiar, - como lo hizo el a quo-, las pruebas que se encontraban en el proceso con el fin de establecer si la decisión de retiro del demandante por llamamiento a calificar servicios se apartaba de los parámetros de moralidad, eficiencia y disciplina que deben ser tenidos en cuenta por la Administración para tomar las decisiones relacionadas con el mantenimiento o remoción del personal. En este punto, el Tribunal accionado no tuvo en cuenta que la discrecionalidad esta compuesta por dos elementos; uno, la adecuación de la decisión a los fines de la norma que autoriza la facultad discrecional, y otro, la proporcionalidad con los hechos que sirvieron de causa. La adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él. Por su parte, la proporcionalidad es con los hechos que le sirven de causa a la decisión, y no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico. Así mismo, esta Corporación ha señalado que los actos de retiro del servicio activo, se presumen ajustados a la normatividad, a menos que se demostrare en juicio, conforme al inciso 2º del artículo 84 del C.C.A., que se infringieron las normas en que debían fundarse o fueron expedidos irregularmente, mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, demostración que se propuso realizar en este caso el ahora actor pero debido a la omisión del Tribunal accionado en valorar las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, no

le fue posible hacerlo. Se tiene de todo lo anterior que dentro del proceso, el Tribunal accionado debió, con apoyo del acervo probatorio que se encontraba en el mismo, determinar si la Resolución Ministerial No. 0405 de 29 de mayo de 2003, se expidió con desviación de poder como causal de anulación de dicho acto administrativo. En este punto, es del caso recordar que si bien el juez, en virtud de la autonomía e independencia judicial, goza de un margen importante de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, también es cierto que esa discrecionalidad no puede confundirse con la arbitrariedad ni con la absoluta libertad en la apreciación judicial de la prueba, pues el juez, en cuanto está sometido a la Constitución y a la ley, debe seguir las pautas generales de apreciación probatoria extraídas tanto de la misma norma como de la experiencia jurídica general. Es decir, la arbitrariedad judicial, el voluntarismo del juez, el poner la subjetiva apreciación de los hechos por encima de una realidad objetiva y de una interpretación racional de la norma, está proscrito. En lo que aquí interesa, el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil manda a que el Juez aprecie las pruebas de conformidad con las reglas de la sana crítica. En consecuencia, aunque el juez es autónomo para valorar los medios probatorios aportados al proceso como instrumentos para lograr la certeza judicial, esta función está limitada por el deber de apreciar razonablemente la prueba. Con fundamento en lo anterior, para la Sala, la omisión en valorar las pruebas por parte del Tribunal accionado configura una vía de hecho notoria, que vulneró el derecho fundamental al debido proceso del señor José Alfonso Bautista Parra.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 187

DEFECTO POR FALTA DE MOTIVACION DE PROVIDENCIA JUDICIAL / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Su desconocimiento vulnera el debido proceso

Además de lo anterior, considera la Sala que la providencia motivo de censura, materializa también un defecto por falta de motivación, como quiera que el Tribunal fundamentó su decisión en una precaria argumentación basada en que “el ejercicio de la facultad discrecional cuando se trata de llamamiento a calificar servicios, sólo está sujeto a un requisito de carácter procedimental”, sin embargo, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que cuando se trata de la mencionada figura, el Juzgador debe apreciar, entre otros aspectos, el alcance de las calificaciones del servicio y las anotaciones positivas en el folio de vida del demandante y su relación con la decisión del retiro del servicio del mismo, apreciación decisiva que como quedó claramente establecido, no llevó a cabo el Tribunal. Al respecto se recuerda que la falta de pronunciamiento en la sentencia atacada sobre un aspecto decisivo y fundamental, desconoce el principio de congruencia establecido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil y constituye un yerro judicial, que trasgrede el derecho fundamental del debido proceso.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 305

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011)

Radicación número: 11001-03-15-000-2010-01239-00(AC)

Actor: JOSE ALFONSO BAUTISTA PARRA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

Decide la Sala la acción de tutela presentada por la parte actora contra el Tribunal Administrativo de Santander, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000.

I. ANTECEDENTES

El señor JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA, por medio de apoderada, instauró acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Santander, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la defensa y de acceso a la administración de justicia.

Hechos

Se advierten como hechos relevantes que dieron origen a la presente acción los siguientes:

El señor BAUTISTA PARRA ingresó al Ejército Nacional de Colombia el 26 de enero de 1981 y para la época de su retiro por llamamiento a calificar servicios se desempeñaba como Oficial activo en el Grado de Teniente Coronel adscrito a la Quinta Brigada con sede en Bucaramanga como Director del Centro de Instrucción y Entrenamiento en el Municipio de Aguachica (Cesar).

Del expediente se advierte que el actor fue retirado del servicio activo por llamamiento a calificar servicios mediante Resolución Ministerial No. 0405 de 29 de mayo de 2003, de conformidad con lo previsto en los artículos 99, 100, literal a, numeral 3° y 103 del Decreto 1790 de 2000.

El señor BAUTISTA PARRA interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de retiro ante el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga, por cuanto a su juicio el mismo desconoció el debido

proceso, porque se infringieron las normas en que debería fundarse y por cuanto se expidió con abuso y desviación de poder.

La demanda fue fallada en primera instancia el 30 de junio de 2009 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga, en el sentido de acceder parcialmente a las pretensiones de la misma, así:

“RESUELVE:

PRIMERO: DECLARESE *la NULIDAD del ARTÍCULO 2º de la Resolución No. 0405 de Mayo de 2003 emanada del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, en cuanto retiró del servicio activo del Ejército Nacional, en forma temporal con pase a la reserva y por llamamiento a calificar servicios, al señor JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*

SEGUNDO: *Como consecuencia de la anterior declaración y a TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se CONDENA a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, a REINTEGRAR al señor JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA al servicio activo, en el grado que le corresponda, para lo cual deberá otorgarle los ascensos pertinentes según la prestación del servicio, que a la fecha de la ejecutoria de la presente providencia se entiende dado sin solución de continuidad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*

TERCERO: CONDÉNESE *a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL, a PAGAR al señor JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA, los salarios, bonificaciones, primas, y demás emolumentos a que tiene derecho desde la fecha de su retiro con pase a la reserva y hasta cuando sea efectivamente reintegrado al servicio activo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*

CUARTO: DENIÉGANSE *las demás pretensiones de la demanda. (...)*”

Para adoptar la anterior decisión el Juzgado se refirió a los límites de razonabilidad y proporcionalidad con que se debe ejercerse la facultad discrecional. Al respecto, transcribió apartes de jurisprudencia del Consejo de Estado que señala, en resumen, que el ejercicio de la facultad discrecional no es

ilimitado y no implica el fuero de intangibilidad sobre los actos administrativos. Con fundamento en los apartes transcritos, concluyó que *“el ejercicio de la facultad discrecional no comporta un poder omnímodo, ni hace que el acto administrativo expedido en ejercicio de dicha facultad, sea intangible”*.

Así mismo, se observa de la sentencia de primera instancia que el Juzgado consideró para el caso en estudio la declaración rendida dentro del proceso por el señor Mayor General Jairo Duván Pineda, que para la época de los hechos se desempeñaba como Comandante de la Quinta Brigada del Ejército Nacional y fungía como superior jerárquico del ahora actor. A partir de dicha declaración el Juzgado determinó que el retiro del servicio del T.C. JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA, no obedeció a razones o causas conocidas por el mencionado Mayor General, quien se encontraba al mando directo del ahora actor.

Finalmente, el Juzgado Tercero del Circuito Administrativo de Bucaramanga, se refirió a varios hechos indiciarios que se allegaron al proceso, que a juicio del *a quo*, daban cuenta de la desviación de poder en la expedición de la Resolución 0405 de 29 de mayo de 2003, motivo de censura. A partir de lo anterior, estableció que el acto acusado no fue expedido en mejoramiento del servicio ni por causa del mismo, *“habiéndose acreditado, por el contrario, detrimento en la prestación del servicio en el lugar en el que se encontraba el T.C. JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA”*, con lo que desvirtuó la relación de proporcionalidad entre los hechos que sirvieron de causa en la expedición del acto administrativo acusado y la decisión adoptada en el mismo.

Contra la anterior decisión las partes interpusieron recurso de apelación ante el Tribunal Administrativo de Santander, que en fallo de 12 de agosto de 2010, revocó la decisión del *a quo* y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

Advirtió que el llamamiento a calificar servicios corresponde a una facultad discrecional del Gobierno Nacional que permite garantizar la dinámica y la renovación dentro de la jerarquía de las Fuerzas Militares, teniendo en cuenta que se debe entender como una causal normal de la situación laboral de un uniformado.

Igualmente, el Tribunal accionado transcribió jurisprudencia de la Corte Constitucional¹ respecto a la facultad discrecional en las Fuerzas Militares en la que se señala entre otros aspectos que el retiro discrecional debe estar sustentado en razones *“objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones en aras de la prevalencia del interés general”*.

Agregó que no es una obligación de la Junta Evaluadora pronunciarse por escrito al sugerir el retiro del servicio de un funcionario miembro de las Fuerzas Militares, por lo que a la parte actora le corresponde demostrar que la autoridad administrativa persiguió fines diferentes al proferir el acto de retiro.

Con fundamento en lo anterior, señaló que el ejercicio de la facultad discrecional sólo está sujeto a una formalidad procedimental y es el previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, el cual se cumplió, así como el requisito de 15 años de servicio, presupuestos que señala el Decreto 1211 de 1990.

El doctor Rafael Gutiérrez Solano, Magistrado del Tribunal Administrativo de Santander, salvó voto en la decisión que se controvierte al considerar que todo retiro de personal de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, amparado en la facultad discrecional autorizada legalmente, debe estar precedida de una motivación, ya sea en el acto que materializa el retiro, en el acta que debe levantarse por parte de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, o bien como una anotación en la hoja de vida del interesado, para así garantizar los derechos de defensa y debido proceso.

Considera la parte actora que el Tribunal Administrativa de Santander, incurrió en vía de hecho que conllevó a la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa por cuanto: (i) desestimó la única prueba que tuvo en cuenta el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Santander (testimonio del Mayor General Pineda), para acceder a las pretensiones,(ii) no se valoraron de manera conjunta las demás pruebas oportunamente aportadas al poseso, las cuales daban cuanta de el desvío de poder y abuso de poder en la expedición irregular del acto administrativo demandado, y finalmente, (iii) se apartó del

¹ Corte Constitucional, sentencia C-179 de 2006

precedente jurisprudencial señalado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional sobre el tema.

Pretensiones

Se infiere del escrito de tutela que las pretensiones de la parte actora están dirigidas a que se revoque la sentencia de segunda instancia de 12 de agosto de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el actor contra el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

Una vez avocada el conocimiento de la presente acción, se admitió y se ordenó notificar a las partes y al Ministerio de Defensa Nacional como tercero interesado en las resultas del proceso, a quienes se les remitió copia de la demanda. (fl. 96)

Oposición

- La **Coordinadora del Grupo Contencioso Constitucional de la Dirección de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa Nacional**, solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

Manifiesta que no se presentó la vía de hecho alegada por el demandante y transcribe jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto a la excepcional procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Agrega que la pretensión del actor al instaurar la acción de tutela es que la misma se convierta en una tercera instancia para debatir nuevamente las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

Señala que en el caso concreto no se presentó desviación de poder ya que el retiro del actor se fundamentó en la facultad discrecional de la entidad para retirar a aquellos que llevan más de 15 años en el servicio.

Así mismo, explicó que la noción del buen servicio no se contrae exclusivamente a las calidades laborales del servidor, sino que comprende aspectos de conveniencia y oportunidad.

- El doctor Milciades Rodríguez Quintero, **Magistrado del Tribunal Administrativo de Santander**, solicita rechazar por improcedente la acción de

tutela, al advertir sobre la improcedencia de la misma, pues la decisión adoptada por esa Corporación se encuentra debidamente justificada y garantiza los postulados constitucionales. Trascibe las consideraciones expuestas en el fallo objeto de tutela.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991 que en el artículo 1° establece: "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 en 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 o de los particulares en los casos que señala este decreto", la cual procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En cuanto a la acción de tutela como mecanismo para controvertir providencias judiciales, se precisa que por sentencia C-543 de 1992 la Corte Constitucional declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que contemplaban la posibilidad de formular tutela contra providencias judiciales. Sostuvo la Corte que la procedencia del amparo frente a autos y sentencias es contraria a la seguridad jurídica, al derecho de acceso a la administración de justicia y a los principios de autonomía e independencia judicial.

Sin embargo, en la misma decisión se previó la procedencia de la tutela respecto de "actuaciones de hecho" imputables a funcionarios judiciales que desconocieran o amenazaran derechos fundamentales, o, que propiciaran la configuración de un perjuicio irremediable².

Por su parte, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, aun antes de la aludida sentencia de constitucionalidad, desestimó la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, bajo el entendido de que

² Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-543 de 1992, MP. doctor José Gregorio Hernández Galindo.

no existe norma en el ordenamiento que así lo permita³. Esta posición se ha morigerado en las Secciones y Subsecciones de la Corporación, pues, de manera excepcionalísima, a través de tutela, se han estudiado providencias judiciales en las que se advierte la afectación manifiesta y grosera de los derechos constitucionales fundamentales de acceso a la administración de justicia, debido proceso e igualdad⁴.

Ahora bien, sin perder de vista que la acción de tutela es, ante todo, un mecanismo de protección previsto de manera residual y subsidiaria por el ordenamiento jurídico, que en su conjunto está precisamente diseñado para garantizar los derechos fundamentales constitucionales, la Sala adecuó su posición respecto de la improcedencia de esta acción contra providencias judiciales y acogió el criterio de la procedencia excepcional.

Esta tesis obedece a que el reconocimiento de los procesos ordinarios como escenarios por excelencia para materializar la garantía de los derechos constitucionales fundamentales (artículo 228 CP), la autonomía e independencia judicial (artículo 230 CP), el atributo de la cosa juzgada que se predica de las sentencias judiciales y, la vigencia del principio de seguridad jurídica no contravienen la necesidad de asegurar la justicia material en el Estado Social de Derecho.

Ello es tan cierto que todos los procesos contemplan recursos ordinarios, y, algunos, los extraordinarios, para controvertir las decisiones de los jueces y tribunales y, en caso de que éstas presenten falencias, remediarlas. Ahora bien, ante la improbable insuficiencia de los aludidos recursos y con el único objetivo de proteger derechos constitucionales fundamentales, con base en el artículo 86 de la Constitución, procedería la tutela de forma excepcionalísima para enmendar providencias judiciales.

Es de suma importancia precisar que la posibilidad de que inusualmente el juez de tutela estudie providencias judiciales no se extiende a las decisiones dictadas por

³ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 3 de febrero de 1992, Exp. AC 015, CP. doctor Luis Eduardo Jaramillo y auto de 13 de junio de 2006, Exp. IJ-03194, CP. doctora Ligia López Díaz.

⁴ Ver entre otras, sentencias de 3 de agosto de 2006, Exp. AC-2006-00691, CP. doctora Martha Sofía Sanz Tobón., de 26 de junio de 2008, Exp. AC 2008-00539, de 22 de enero de 2009, Exp. AC 2008- 00720-01, ambas con ponencia del doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y de 5 de marzo de 2009, Exp. AC 2008-01063-01, CP. doctor Luis Rafael Vergara Quintero.

el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional quienes son órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones por disposición expresa del constituyente (Art. 237 -1, 234, 241 de la CP) y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, máximo órgano en materia disciplinaria.

En efecto, la improcedencia de la tutela contra providencias dictadas por el Consejo de Estado, a través de su Sala Plena, de sus Secciones o Subsecciones especializadas, se da por el carácter definitivo e inmodificable de estas decisiones, pues, resuelven asuntos que por mandato constitucional y legal están únicamente asignados a esta Corporación, de manera que la intervención del juez de tutela no está permitida, pues, equivaldría a que éste suplantara las funciones del juez de cierre⁵.

Hechas estas precisiones acerca de la excepcionalísima procedencia de la tutela contra providencias judiciales, en principio, la Sala adoptará la metodología aplicada por la Corte Constitucional para estudiar si, en un caso concreto, procede o no el amparo solicitado. Tal metodología constituye un valioso mecanismo para resolver el asunto y facilita el análisis de este complejo tema.

Inicialmente la Corte invocó *“la vía de hecho”*⁶ como fundamento para estudiar las providencias judiciales que incurrieran en amenaza o violación flagrante, caprichosa y grosera de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y de acceso a la administración de justicia⁷. Esta postura se unificó y precisó en sentencias SU-1184 de 2001 (MP. doctor Eduardo Montealegre Lynett) y SU-159 de 2002 (MP. doctor Manuel José Cepeda Espinosa).

En los últimos años, la noción de *“vía de hecho”* se ha ampliado al punto de que la Corte ha sostenido que, a través de la acción de tutela, es posible controvertir providencias judiciales por defectos distintos al sustantivo, fáctico, orgánico y procedimental. Conforme a esta ampliación no es necesario que la decisión judicial desconozca de modo flagrante y grosero la Constitución, basta que incurra en las *“causales genéricas de procedibilidad”*.

⁵ Autos de 29 de junio de 2004, expediente AC-10203. Actor: Ana Beatriz Moreno Morales, CP doctor Nicolás Pájaro Peñaranda; de 9 de noviembre de 2004, expediente IJ 2004 00270 01, actor: Proniños Pobres, CP doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta y de 20 de septiembre de 2006; expediente 1998-5123-01 (4361-02), actor: Rosario Bedoya Becerra CP doctora Ana Margarita Olaya Forero.

⁶ La Corte Constitucional en la sentencia T-231 de 1994, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz determinó los defectos que constituyen la vía de hecho, enunciados como sustantivo, fáctico, orgánico y procedimental.

⁷ Ver entre otras sentencias: T-173 de 1993 y T-231 de 1994.

En la sentencia C-590 de 2005 se enunciaron las causales genéricas de procedibilidad o requisitos generales de procedencia, estos son:

- (vii) *Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional;*
- (viii) *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;*
- (ix) *Que se cumpla con el requisito de la inmediatez;*
- (x) *Cuando se trate de una irregularidad procesal ésta debe tener un efecto determinante en la sentencia que se impugna y afectar los derechos fundamentales de la parte actora;*
- (xi) *Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos que se transgredieron y que tal vulneración hubiere sido alegada en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible y*
- (xii) *Que no se trate de sentencias de tutela.*

Una vez agotado el estudio de estos requisitos, y, siempre y cuando se constate el cumplimiento de todos, es necesario determinar la existencia de por lo menos alguna de las causales especiales de procedibilidad, es decir, que la providencia controvertida haya incurrido en: a) defecto orgánico, b) defecto procedimental absoluto, c) defecto fáctico, d) defecto material o sustantivo, e) error inducido, f) decisión sin motivación, g) desconocimiento del precedente constitucional que establece el alcance de un derecho fundamental y h) violación directa de la Constitución.

Mediante el ejercicio de la presente acción la parte actora pretende la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la defensa y de acceso a la administración de justicia que, a su juicio, fueron vulnerados por parte del Tribunal Administrativo de Santander al proferir la sentencia de segunda

instancia del 12 de agosto de 2010, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el actor contra el Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional. Dicha providencia revocó la sentencia de 30 de junio de 2009 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Bucaramanga, que había accedido parcialmente a las pretensiones de la demanda y, en su lugar, las negó.

Corresponde a la Sala definir si en el presente caso la acción de tutela cumple con los requisitos procedibilidad frente a providencias judiciales, señalados anteriormente. De resultar procedente la acción, la Sala deberá establecer si la decisión del Tribunal Administrativo de Santander, incurrió en alguno de los defectos señalados anteriormente y, en consecuencia; vulneró los derechos fundamentales invocados por la parte actora.

El asunto en estudio tiene relevancia constitucional porque hace referencia a la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo del actor, que considera fue retirado del servicio activo del Ejército Nacional mediante un acto que desconoció el debido proceso, entre otros derechos, pues infringió las normas en que debía fundarse y, además, se expidió con desviación de poder. Esta consideración es suficiente para dar por cumplido el requisito.

Los hechos por los cuales fue interpuesta la acción de tutela que actualmente estudia la Sala tienen origen en una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la cual el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Bucaramanga, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Ante dicha decisión, las partes interpusieron recurso de apelación. El Tribunal Administrativo de Santander, revocó la decisión de primera instancia y en su lugar negó las pretensiones de la demanda. En el presente caso no procede el recurso extraordinario de revisión por cuanto no se configuran las causales establecidas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo. En este contexto, encuentra la Sala que el actor agotó de forma oportuna el recurso de apelación, y en esa medida, la acción de tutela es procedente pues frente a la decisión del Tribunal Administrativo de Santander no existe ningún otro medio judicial al que el demandante pueda acudir para obtener la protección de los derechos que considera vulnerados.

Del principio de inmediatez, como claramente lo ha expresado esta Corporación⁸, no se desprende un plazo objetivo para la interposición de la acción de tutela. Sencillamente, surgen los parámetros para determinar si el lapso transcurrido entre la decisión judicial que se controvierte y la interposición de la acción sea un término razonable y proporcionado. En este orden, corresponde señalar que la sentencia de segunda instancia dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho adelantada por el señor BAUTISTA PARRA, fue proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 12 de agosto de 2010, y la acción de tutela fue instaurada el 1º de octubre del mismo año⁹, es decir que no excede los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, y en consecuencia, se cumple con el referido requisito.

Se tiene de lo anterior que en el presente caso se cumplen los requisitos generales señalados frente a la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, por lo que se pasará a determinar si se configura el defecto alegado por el demandante.

El defecto fáctico se configura cuando las pruebas allegadas al proceso resultan insuficientes para adoptar la determinación correspondiente, bien porque no fueron decretadas o porque no fueron practicadas, o cuando la valoración que de las pruebas se haga resulte contra evidente.

En este orden de ideas, el defecto fáctico se presenta cuando el funcionario judicial omite la consideración de elementos probatorios que constan en el proceso, no los advierte o, simplemente, no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión.

Según lo ha señalado la Corte Constitucional¹⁰, el juez de tutela puede analizar la validez constitucional de una sentencia por defecto fáctico, cuando la decisión se adopta con base en deficiencias probatorias frente a la existencia o valoración,

⁸ Sentencias de 4 de marzo de 2010, Radicado 2009-01062, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Sección Segunda del Consejo de estado, 18 de marzo de 2010, Radicado 2009-00398, C. P. Hugo Fernando Bastidas Barcenás, Sección Cuarta del Consejo de Estado, entre otras.

⁹ A folio 1 del expediente obra el sello de recibido del Consejo Superior de la Judicatura

¹⁰ Ver entre otras: Sentencia T-417 de 2008; T-104 de 2007, T-086 de 2007, SU-159 de 2002, T-808 de 2006, T-996 de 2003, T-550 de 2002 y T-923 de 2004.

según el caso, de los hechos acreditados mediante las pruebas allegadas al respectivo proceso.

Con fundamento en lo anterior, de la lectura de la sentencia que se cuestiona por esta vía, encuentra la Sala que el Tribunal, para adoptar su decisión, se limitó a señalar, con apoyo jurisprudencial, que el ejercicio de la facultad discrecional, cuando se trata de llamamiento a calificar servicios, sólo esta sujeto a que se verifique que el actor, al momento de ser llamado, acumulaba un tiempo mayor a 15 años y además que hubiera un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, lo que se encontró acreditado en el proceso.

Con respecto al sistema especial de las Fuerzas Militares, la Corte Constitucional¹¹ en diversas ocasiones lo ha avalado y ha considerado que en razón a la finalidad de su configuración, el régimen de carrera de sus funcionarios posee cierta flexibilidad, lo que justifica el uso de la facultad discrecional. Empero, dicha potestad no puede desconocer principios constitucionales, como quiera que no se trata de un poder ilimitado, sino que, precisamente, su actuación debe enmarcarse dentro del fin específico de las normas que le atribuyen la competencia, cual es precisamente el objetivo para el que fueron instituidas las Fuerzas Militares.

La figura del llamamiento a calificar servicios en las Fuerzas Militares se encuentra regulada por los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 del 2000¹².

ARTÍCULO 99. RETIRO. Retiro de las Fuerzas militares es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. El retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío, se hará por decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza.

Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de

¹¹ Corte Constitucional, sentencias C-368 de 1999 y C-179 de 2006.

¹² “Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”.

acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

El retiro se producirá sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización, previstos en este Decreto.

ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO. <Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:

a) Retiro temporal con pase a la reserva:

(...)

3. Por llamamiento a calificar servicios.(...)

ARTÍCULO 103. LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. <Artículo modificado por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares solo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro (Resaltado de la Sala).

El llamamiento a calificar servicios no es una simple forma de desvinculación laboral ni tampoco una sanción, como quiera que dicha percepción implicaría, en el primer caso, la vulneración de los artículos 25 y 53 de la Constitución al no haber una justificación distinta al tiempo de servicio y sin beneficio de la pensión y, en el segundo, la transgresión al artículo 29 de la Constitución Política, debido a la carencia de razones definidas por la ley y a la ausencia de un debido proceso.

La decisión en torno al llamamiento a calificar servicios, se enmarca en un proceso donde está inserto el uso de una facultad discrecional de determinados órganos de las Fuerzas Militares, sin embargo, los actos administrativos que se expidan en virtud de dicha facultad deben estar encaminados al mejoramiento del servicio y es, a la parte demandante, a quien le corresponde demostrar que la autoridad administrativa, en ejercicio de sus facultades, persiguió finalidades diferentes.

En el caso *sub examine*, se observa de las copias del expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el actor contra el Ejército

Nacional que fueron allegadas al proceso, que el señor BAUTISTA PARRA aportó las pruebas que consideró pertinentes para desvirtuar la presunción del ejercicio de la facultad discrecional.¹³

Así mismo, se observa del acápite de pruebas de la demanda que el señor BAUTISTA PARRA solicitó una serie de pruebas para ser valoradas en el proceso¹⁴, solicitud que fue acogida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga¹⁵. A partir de la valoración de las pruebas

¹³ Obra en el expediente los siguientes documentos aportados por el actor: Oficio No. 1484/BR5-FTCAT-S2-250, asunto: respuesta al radiograma, suscrito por el T.C. JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA, Comandante Fuerza Aérea Catatumbo (fls. 4-7, anexo). Informe General de Inspección Realizado a la Fuerza de Tarea Catatumbo, suscrito por el Coronel LUIS HERNANDO MEDINA ÁLVAREZ, Presidente de la Comisión Inspectoría Segunda División (fls. 9 a 20 anexo). Esquema de Maniobra Operación Conjunta, suscrito por el Teniente Coronel JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA, Comandante de la Fuerza Aérea del Catatumbo (fls. 21 a 24 anexo). Mapa Esquema Operación Conjunta (fl. 29 anexo) Oficio No. 279 de 26 de noviembre de 2002, suscrito por el Primer Vicepresidente del Consejo Municipal de Tibú (fl. 32 anexo). Oficio de 18 de octubre de 2002, suscrito por la Alcaldesa (E) del Municipio de Tibú (fl.33 anexo). Oficio 06-23160 de 19 de noviembre de 2002, suscrito por el Superintendente de ECOPETROL del Catatumbo (fl.34 anexo). Oficio 273 de 9 de diciembre de 2002, (ilegible quien lo suscribe) (fl.35 anexo). Carta de 10 de diciembre de 2002, dirigida al Comandante de la V Brigada – Bucaramanga, suscrita por el Obispo de Tibú (fl.37 anexo). Oficio 1976 /BR5-FTCAT-S5-500, asunto: solicitud apoyo, suscrito por el Teniente Coronel JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA, Comandante Fuerza Tarea Catatumbo (fl. 39 anexo). Carta de 20 de diciembre de 2002, dirigida al Comandante de la Quinta Brigada, suscrita por la Inspectoría Superior de Policía (fl.40 anexo). Oficio 291 de 10 de diciembre de 2002, suscrito por el Presidente del Consejo Municipal de Tibú (fl. 41 anexo). Oficio 0487 de 10 de diciembre de 2002, suscrito por la Personera Municipal de Tibú (fl. 42 anexo). Oficio 101 de 10 de diciembre de 2002, suscrito por el Juez Segundo Promiscui Municipal de Tibú (fl. 43 anexo). Cuadro de Operaciones Desarrolladas del 2 de julio de 2002 a 10 de diciembre de 2002, suscrito por el T.C. JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA, Comandante de la Fuerza de Catatumbo (fls. 54 a 56 anexo). A folios 57 a 64 obran fotocopias de fotos. Oficio de 17 de febrero de 2003, asunto: situación de orden público, dirigido al Comandante de la Fuerza Tarea Catatumbo. T.C. JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA (fls. 70-71 anexo). Oficio de 6 de marzo de 2003 dirigido al Brigadier General, Comandante de la Quinta Brigada, asunto: Informe Operacional, suscrito por el T.C. JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA (fls. 72–74 anexo) Acta No. 03 de 16 de Mayo de 2003 de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional (fls.76-78 anexo). Derecho de Petición de 6 de junio de 2006 dirigido al Comandante General de las Fuerzas Militares, suscrito por el señor Teniente Coronel ® JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA. (fls. 79-81 anexo) Oficio 56198/CGFM-AL-723, fecha ilegible, dirigido al Teniente Coronel ® JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA suscrito por el Comandante General de las Fuerzas Militares. (fl. 82) Hoja de Vida de las Fuerzas Militares – Ejército Nacional del señor JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA (fls 83-88 anexo). Resolución 0405 de 29 de mayo de 2003, “Por la cual se retira del servicio activo a unos oficiales del Ejército Nacional” (fls.84 a 91 anexo). Comunicación de la autorización de retiro del servicio activo por llamamiento a prestar servicios (fl. 92 anexo). Documentos con carácter “RESERVADO” en el que se evalúa al señor JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA (fls. 93 a 102 anexo).Cerificado de antecedentes del señor JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA (fl.103 anexo) Carta de septiembre de 1998, suscrita por el Comandante del Ejército (fl. 136 anexo). Carta de junio de 2003 dirigida al Teniente coronel JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA, suscrita por el Comandante de la Quinta Brigada (fl 137 anexo). Carta de 5 de abril dirigida al Gobernador del Departamento de Santander, suscrita por la Alcaldesa Municipal de Tibú (fls 138 a 139 anexo). Circular 0901 de 9 de julio de 2000 dirigida al T.C. JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA, suscrita por el Director de la Escuela Superior de Guerra (fls. 241-242 anexo). Oficio 4696 BR16-B1-17 de 19 de junio de 2000, suscrita por el T.C. JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA (fl. 244). Diploma de Especialista en Comando y Estado Mayor otorgado por la Escuela de Guerra al T.C. JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA (fl. 246). Obra a folios 231 a 236 varios certificados de estudios otorgados al señor JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA.

¹⁴ En el acápite de pruebas se observa que el actor solicitó entre otras pruebas las siguientes: (i) TESTIONIALES: “Oír en declaración al Señor Brigadier General JAIRO DUVÁN PINEDO NIÑO, Comandante de la Quinta Brigada con sede en la ciudad de Bucaramanga, sobre los hechos y motivación de la demanda. Oír en declaración al Señor Teniente Coronel JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA, sobre los hechos que atañen a esta demanda, las normas violadas y la cita que le aparece, quien podrá ser citado a Su Despacho ya que se desempeña como Comandante de la F. T. CAT., con sede en el municipio de Tibú, Departamento Norte de Santander Oír en declaración sobre los hechos de esta demanda y las normas violadas, al señor OCTAVIO CALLEJAS VILLAREAL, Primer Vicepresidente del Honorable Concejo Municipal de Tibú, a la Doctora ELIZABETH GONZÁLEZ CARRASCAL, Alcaldesa (E) Municipal de Tibú, al Señor JAIME ARANGO MONROY, Superintendente ECOPETROL Catatumbo, con sede en el municipio de Tibú, al Doctor DOMINGO DUARTE DELGADO, Corregidor Especial de Campo dos (2) jurisdicción de Tibú, al Excelentísimo Obispo del Municipio de Tibú CAMILO CASTRILLON PIZANO, a la Doctora YINIT GUERRERO TORRADO, inspectora Superior de Policía de Tibú, al Señor JOSÉ DEL CARMEN GARCIA PALACIOS, Presidente del Honorable Concejo Municipal de Tibú, a la Doctora MARGALYDA CELYS SUÁREZ, Personera Municipal, a la Doctora CARMEN CECILIA NOVOA DE SÁNCHEZ, Juez Segundo Promiscuo Municipal de Tibú, a la Señora TAIZ DEL PILAR ORTEGA TORRES, Alcaldesa Municipal de Tibú y al Señor Mayor FEDERICO QUINTERO, Comandante de la Policía Nacional del Municipio de Tibú. Todos los anteriores se encuentran domiciliados y residentes en el Municipio de Tibú, Departamento Norte de Santander, por ello, solicito se libre Despacho Comisorio al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Tibú y para que con los documentos pertinentes, y el interrogatorio que personalmente les formularé al momento de la Diligencia en dicho estrado judicial, depongan sobre los hechos y las violaciones de las normas contenidas en los acápites respectivos de esta demanda, para lo cual solicito se informe a dicha autoridad quienes actúan como Apoderados de la Parte Actora. Oír en declaración a la Doctora NEREIDA ESPERANZA RAMÓN VERA, ex – esposa del Señor Teniente Coronel JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA, sobre los hechos de la demanda y las citas que le aparecen en los documentos allegados; persona domiciliada y residiendo en la ciudad de Pamplona, a quien puede citarse en la Carrera 6 No. 6-63 Local 3 Centro, para lo cual se libre Despacho Comisorio al Juzgado Civil Municipal (Reparto) de la ciudad de Pamplona, Poniendo en conocimiento quienes son los Apoderados de la parte actora, para efectos de que con copia de la demanda y el material documental arrimado, se realice el interrogatorio correspondiente, diligencia en la cual estamos prestos a participar.”

¹⁵ “El Juzgado decreto las siguientes pruebas: “DOCUMENTAL A OFICIAR *OFICIAR al SEÑOR MINISTRO DE DEFENSA, SUBDIRECTOR DE PERSONAL DEL EJÉRCITO NACIONAL Y OFICINA DE HOJAS DE VIDA COMANDO EJÉRCITO, para que por sí o por quien corresponda REMITAN E INFORMEN con destino a este Despacho, lo solicitado por el accionante, visible a folios 174, 175 y 223 del expediente.” “TESTIMONIAL Se decreta la prueba solicitada por la parte accionante, visible a folio 177 del expediente, para que declaren sobre los hechos de la demanda y su contestación. En consecuencia se ordena citar a: *JAIRO DUVÁN PINEDA NIÑO, COMANDANTE DE LA QUINTA BRIGADA DEL EJERCITO NACIONAL, para que comparezca el día 25 de febrero del año 2008, a las 2:00 p.m.(...) Se decreta el testimonio solicitado por la parte actora, visible a folios 177 a 178, dentro del acápite de pruebas; con el objeto de que depongan sobre los hechos de la demanda y su contestación, para lo cual se ordena citar a los señores JORGE NAVARRETE, OCTAVIO CALLEJAS VILLAREAL, ELIZABETH GONZALEZ CARRASCAL, JAIME ARANGO MONROY Y DOMINGO DUARTE DELGADO, para que rindan TESTIMONIO. (...)” “PARTE DEMANDADA; DOCUMENTAL Con el valor probatorio que la Ley les concede, ténganse como pruebas los documentos allegados con el escrito de la contestación de la demanda, visibles a los folios 217 a 220 del expediente.”

aportadas por el actor y decretadas por el Juzgado, éste se refirió a varios hechos indiciarios que se encontraban probados y que daban cuenta de la desviación de poder en la expedición de la Resolución 0405 de 29 de mayo de 2003, motivo de censura, por lo que concluyó que el acto acusado no fue expedido en mejoramiento del servicio ni por causa del mismo y estableció el detrimento en la prestación del servicio en el lugar en el que se encontraba el T.C. JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA. En consecuencia, accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda, en el sentido de declarar la nulidad del acto acusado y ordenar el reintegro del actor.

Una vez apelada por las partes la decisión de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Santander, revocó la decisión del *a quo* y negó las súplicas de la demanda. Como se dijo anteriormente, para adoptar tal decisión, el Tribunal se limitó a señalar que el ejercicio de la facultad discrecional cuando se trata de llamamiento a calificar servicios, sólo está sujeto a un requisito de carácter procedimental, el cual se acreditó en el proceso.

No obstante, encuentra la Sala que el Tribunal accionado no hizo la correspondiente valoración de las pruebas, que le permitiera a esa Corporación establecer el presunto vicio de falsa motivación y desviación de poder en la expedición del acto administrativo atacado y determinar si el mismo estuvo encaminado a un fin diferente que el mejoramiento del servicio.

Por el contrario, se observa que el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Bucaramanga, decretó el testimonio del Mayor General Jairo Duván Pineda, solicitado por la parte actora, quien para la fecha de los hechos se encontraba como superior inmediato del ahora actor, con el fin de que declarara sobre los hechos de la demanda y su contestación. En la referida declaración, el Mayor General Duván Pineda señaló, entre otros aspectos, lo siguiente (fls. 364 a 367 anexo): (i) *“el T.C. JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA se desempeñaba de modo sobresaliente en un área en que la prestación del servicio ofrecía especiales condiciones de dificultad para la correcta ejecución del mismo”*. Así mismo, manifestó que le *“causó extrañeza”* el traslado ordenado del T.C. BAUTISTA PARRA, ya que se encontraba *“desempeñándose de forma excelente”*. Igualmente, se refirió a los logros obtenidos por el T.C. BAUTISTA PARRA en la lucha contra el terrorismo en el Catatumbo, consistentes en captura de bandidos, decomiso de droga y lucha contra la delincuencia común. Expresó además que a

partir del retiro del T.C. JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA, el servicio en el área del Catatumbo, sufrió detrimento y menoscabo luego de haber sido reemplazado, después de diez meses de “sobresaliente desempeño”.

A partir de lo anterior, el fallador de primera instancia concluyó que tanto el testimonio del Mayor General JAIRO DUVÁN PINEDA NIÑO (fls. 364-367 anexo), jefe inmediato del actor, como su hoja de vida (fls. 83-88 anexo), las anotaciones en el folio de vida (93-102 anexo), las numerosas felicitaciones y condecoraciones y sus estudios (229-236 anexo), reflejaban una trayectoria de trabajo comprometido y de capacidades, sin que se haya probado deficiencia alguna en la prestación del servicio del actor.

Es claro para la Sala que el Tribunal accionado debió estudiar, - como lo hizo el a quo-, las pruebas que se encontraban en el proceso con el fin de establecer si la decisión de retiro del demandante por llamamiento a calificar servicios se apartaba de los parámetros de moralidad, eficiencia y disciplina que deben ser tenidos en cuenta por la Administración para tomar las decisiones relacionadas con el mantenimiento o remoción del personal¹⁶.

En este punto, el Tribunal accionado no tuvo en cuenta que la discrecionalidad esta compuesta por dos elementos; uno, la adecuación de la decisión a los fines de la norma que autoriza la facultad discrecional, y otro, la proporcionalidad con los hechos que sirvieron de causa. La adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él. Por su parte, la proporcionalidad es con los hechos que le sirven de causa a la decisión, y no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico.

¹⁶ La Sección Segunda de esta Corporación, en sentencia de 16 de noviembre de 2006, 25000-23-25-000-1998-03480-01(2802-04) advirtió que la idoneidad para el ejercicio del cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan a su titular, por si sólo, prerrogativa de permanencia, pero ante la sobresaliente trayectoria profesional del demandante que se evidenció en su hoja de vida, se demostró que el acto de retiro se apartaba de los parámetros de moralidad, eficiencia y disciplina que deben ser tenidos en cuenta por la Administración para tomar las decisiones relacionadas con el mantenimiento o remoción del personal, por lo que decretó la nulidad del mismo.

Así mismo, esta Corporación¹⁷ ha señalado que los actos de retiro del servicio activo, se presumen ajustados a la normatividad, a menos que se demostrare en juicio, conforme al inciso 2º del artículo 84 del C.C.A., que se infringieron las normas en que debían fundarse o fueron expedidos irregularmente, mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, demostración que se propuso realizar en este caso el ahora actor pero debido a la omisión del Tribunal accionado en valorar las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, no le fue posible hacerlo.

En este orden de ideas, es preciso recordar que esta Corporación¹⁸ ha señalado que la regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. No se trata de exigir la motivación del acto sino la justificación de los motivos, la primera es un aspecto formal propio de algunas decisiones que implica la expresión en el texto del acto de las razones de su expedición, la segunda es un elemento de su entraña, de su esencia y formación, por ende, es la parte sustancial del acto. Todo acto discrecional de retiro del servicio supone el mejoramiento del mismo y en este orden, corresponde al juez evaluar los elementos de juicio existentes en el expediente que permitan desvirtuar tal presunción.

Así, no resulta justificado prescindir de un servidor que en sus calificaciones obtiene resultados satisfactorios y que en la hoja de vida con proximidad al retiro presentó anotaciones positivas¹⁹, ya que esa circunstancia determina la eficiencia en la prestación del servicio y en consecuencia, desvirtúa la legalidad del acto administrativo de retiro. En el caso *sub examine*, como se dijo anteriormente, se debieron valorar pruebas determinantes, como el testimonio del jefe inmediato del

¹⁷ Sentencia de 16 de febrero de 2006.-Radicación número: 25000-23-25-000-1999-02870-01(4519-04)Actor: Jairo Alonso Porras Olarte. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional

¹⁸ Sentencia de 2 de noviembre de 2006, Consejo de Estado, Sección segunda, Consejero ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, Radicación número: 05001-23-31-000-1997-03233-01(1703-05) Actor: José Heriberto Ciro Montes

¹⁹ Al respecto, se observa que obra a folios 93 a 102, las anotaciones en el "FOLIO DE VIDA" con carácter "RESERVADO", las cuales coinciden en señalar conceptos favorables en el servicio prestado por el ahora actor y no se encuentra concepto alguno en contra de la labor desarrollada por el señor BAUTISTA PARRA.

actor, su hoja de vida, las anotaciones en el folio de vida, las felicitaciones y condecoraciones y sus estudios.

Lo anterior con el fin de establecer si en efecto se desvirtuaba la presunción de legalidad del acto administrativo impugnado, y si el mismo fue expedido con fines diferentes al mejoramiento del servicio.

Se tiene de todo lo anterior que dentro del proceso, el Tribunal accionado debió, con apoyo del acervo probatorio que se encontraba en el mismo, determinar si la Resolución Ministerial No. 0405 de 29 de mayo de 2003, se expidió con desviación de poder como causal de anulación de dicho acto administrativo.

En efecto, el Tribunal únicamente se refirió al testimonio del Mayor General Jairo Duván Pineda Niño, pero en el sentido de censurar el valor probatorio que le otorgó el juez de primera instancia al mismo y, de otro lado, prescindió de la valoración del acervo probatorio existente en el proceso, el cual por el contrario, sí fue valorado por el juez de primera instancia, que en virtud de tal valoración adoptó una decisión contraria a la del Tribunal Administrativo de Santander.

En este punto, es del caso recordar que si bien el juez, en virtud de la autonomía e independencia judicial, goza de un margen importante de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas²⁰, también es cierto que esa discrecionalidad no puede confundirse con la arbitrariedad ni con la absoluta libertad en la apreciación judicial de la prueba, pues el juez, en cuanto está sometido a la Constitución y a la ley, debe seguir las pautas generales de apreciación probatoria extraídas tanto de la misma norma como de la experiencia jurídica general. Es decir, la arbitrariedad judicial, el voluntarismo del juez, el poner la subjetiva apreciación de los hechos por encima de una realidad objetiva y de una interpretación racional de la norma, está proscrito²¹.

En lo que aquí interesa, el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil manda a que el Juez aprecie las pruebas de conformidad con las reglas de la sana crítica.

²⁰ Art. 228 C.P.

²¹ Consejo de Estado, sentencia de 23 de septiembre de 2010 Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Barcenás Expediente No. 11001-03-15-000-2010-00592-01 Demandante: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Demandado: Tribunal Administrativo del Cauca.

En consecuencia, aunque el juez es autónomo para valorar los medios probatorios aportados al proceso como instrumentos para lograr la certeza judicial, esta función está limitada por el deber de apreciar razonablemente la prueba.

Con fundamento en lo anterior, para la Sala, la omisión en valorar las pruebas por parte del Tribunal accionado configura una vía de hecho notoria, que vulneró el derecho fundamental al debido proceso del señor JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA.

En resumen, el Tribunal no valoró el acervo probatorio con el cual el actor pretendía probar que en la expedición del acto motivo de censura se actuó con fines distintos al mejoramiento del servicio.

Insiste la Sala en que el fallo atacado omitió la valoración de varias pruebas relevantes para identificar la veracidad de los hechos puestos a su conocimiento. No cumplió la sentencia acusada con valorar las pruebas de los supuestos fácticos que le había presentado a su consideración el interesado en el proceso de nulidad y restablecimiento. A partir de lo anterior, se advierte que se incurrió en defecto fáctico en su dimensión omisiva, vulnerando así el debido proceso del actor.

Además de lo anterior, considera la Sala que la providencia motivo de censura, materializa también un defecto por falta de motivación, como quiera que el Tribunal fundamentó su decisión en una precaria argumentación basada en que *“el ejercicio de la facultad discrecional cuando se trata de llamamiento a calificar servicios, sólo está sujeto a un requisito de carácter procedimental”*, sin embargo, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que cuando se trata de la mencionada figura, el Juzgador debe apreciar, entre otros aspectos, el alcance de las calificaciones del servicio y las anotaciones positivas en el folio de vida del demandante y su relación con la decisión del retiro del servicio del mismo²², apreciación decisiva que como quedó claramente establecido, no llevó a cabo el Tribunal. Al respecto se recuerda que la falta de pronunciamiento en la sentencia atacada sobre un aspecto decisivo y fundamental, desconoce el principio de congruencia establecido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil y

²² Consejo de Estado, sentencia de 3 de agosto de 2006, Radicación 0589-05, MP: Alejandro Ordóñez Maldonado

constituye un yerro judicial, que trasgrede el derecho fundamental del debido proceso²³.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta-Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F A L L A

AMPÁRASE el derecho fundamental del debido proceso del señor JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA. En consecuencia,

1. **DÉJASE SIN EFECTOS** la sentencia del 12 de agosto de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor JOSÉ ALFONSO BAUTISTA PARRA contra la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL.

2. **ORDÉNASE** al Tribunal Administrativo de Santander, en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de esta providencia, profiera una nueva decisión, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En caso de no ser impugnada la presente providencia, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese a las partes por el medio más expedito posible.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

²³ Corte Constitucional, Sentencia T-1247 de 1º de diciembre de 2005 M P: Rodrigo Escobar Gil

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
BÁRCENAS**

Presidenta de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS

**WILLIAM GIRALDO GIRALDO
RODRÍGUEZ**

CARMEN TERESA ORTIZ DE