



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C.; dieciocho (18) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-02921-01

Actor: LUIS CARLOS APRÁEZ SANTACRUZ

Demandado: CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A” Y OTRO

Asunto: Acción de tutela – Segunda instancia

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala decide la impugnación interpuesta por la parte actora contra el fallo del **1º de marzo de 2018**, por medio del cual el Consejo de Estado – Sección Cuarta negó la petición de amparo constitucional.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de amparo

1.1. Mediante escrito radicado el 30 de septiembre de 2016¹ en la Secretaría General de esta Corporación, el señor Luis Carlos Apráez Santacruz, actuando a través de apoderado², interpuso acción de tutela en contra del Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “A” y la Sala 20 Especial de Decisión de la misma Corporación, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

1.2. Las citadas garantías las consideró vulneradas con ocasión del proferimiento, por parte de las autoridades judiciales accionadas, de (i) la providencia del 23 de marzo de 2000, que confirmó la

¹ Folio 1 del expediente.

² El señor Luis Carlos Apráez Santacruz, otorgó poder al abogado Horacio Coral Caicedo para que lo representara en la tutela de la referencia, conforme se acredita a folio 1 del expediente.



sentencia del 6 de marzo de 1998, dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho iniciada por el tutelante contra el entonces Instituto de Seguros Sociales – ISS; y; (ii) la providencia del 7 de junio de 2016, que negó el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la decisión del 23 de marzo de 2000.

A título de amparo constitucional, la parte actora solicitó:

“Primero. Que se tutelen los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia del Sr. Luis Carlos Apráez Santacruz, conculcados por la Sección Segunda – Subsección “A” y la Sala Veinte Especial de Decisión del Consejo de Estado, con ocasión de sus sentencias del 23 de marzo de 2000 y 7 de junio de 2016 .

Segundo. Que se deje sin efectos la sentencia de segunda instancia proferida el 23 de marzo de 2000 por la Sección Segunda – Subsección A de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 8212-764-98, por su incursión en los defectos fáctico y procedimental absoluto.

Tercero. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, para lograr la protección efectiva de los derechos fundamentales que se solicita amparar, se ordene a la Sección Segunda – Subsección “A” de la Sala de lo Contencioso del Consejo de Estado, vuelva a proveer acerca del recurso de apelación ejercitado frente a la sentencia del Tribunal Administrativo de Nariño del 6 de marzo de 1998, recurso en el que principalmente se impetró la nulidad de esta sentencia por el desposeimiento absoluto de motivación.

El nuevo fallo del ad quem deberá dictarse con base en los lineamientos que se plasmen en la sentencia de tutela.”³.

2. Hechos probados y/o admitidos

La Sala encontró demostrados los siguientes supuestos fácticos, que son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

2.1. El accionante inició un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra el entonces ISS, con el fin de anular la resolución

³ Folios 28 del expediente.



que declaró insubsistente su nombramiento como Jefe del Departamento Financiero de la Seccional Nariño de dicha entidad⁴.

2.2. En primera instancia, el Tribunal Administrativo de Nariño dictó sentencia el 6 de marzo de 1998⁵ negando las pretensiones de la demanda, por cuanto no fue acreditada la desviación de poder alegada ni el desmejoramiento del servicio.

2.3. La anterior decisión fue confirmada por el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “A”, mediante fallo del 23 de marzo de 2000⁶. Como fundamento de su decisión argumentó lo siguiente:

En primer lugar, puso de presente que cuando se produjo el acto impugnado, esto es, la Resolución 3833 del 23 de julio de 1996, el señor Luís Carlos Apráez Santacruz era empleado sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción, por lo que no estaba inscrito en carrera, ni gozaba de período fijo, como tampoco tenía a su favor otro fuero de relativa estabilidad en el cargo.

Teniendo en cuenta lo anterior, afirmó que su nombramiento podía declararse insubsistente en cualquier momento sin motivación alguna, como efectivamente se había realizado, de acuerdo con la facultad discrecional que para el efecto confiere la ley al nominador.

En segundo lugar, advirtió que la causal de nulidad del acto se fundamentó en la presunta desviación de poder, la cual se pretendía probar a través de pruebas testimoniales y documentales.

Por lo anterior, analizó las declaraciones de los señores Héctor Eliécer Alvear, el Doctor Roa funcionario del nivel nacional de la entidad, José Ramiro Moreno Ríos, la testigo Nelly Lucía Jarrín Vayas, Juan Eduardo Benavides Martínez, Edith Lucía Caicedo Bravo, Rosalba del Socorro Sánchez Restrepo, Juan Martín Panesso Díaz, Jorge Enrique Rosero Caicedo, Gerardo Enrique Galeano Díaz, Blanca del Rosario Argoly de Arcos, María Elena Molineros, Silvia Adriana Paz Bastidas, Omar Alberto Álvarez Montenegro, Jorge Eliécer Daniel Guzmán y Eduardo Polanía Unda; de las cuales concluyó lo siguiente:

⁴ Folios 88 a 95 del expediente.

⁵ Ibídem.

⁶ Folios 110 a 117 del expediente.



"...todas las versiones coinciden en afirmar que el actor era un excelente servidor público, preocupado siempre por el buen manejo de los recursos públicos y por el cumplimiento adecuado de las normas legales en los procesos de gestión adelantados por la entidad para el desarrollo de su objeto social. Es decir, que se trataba, según estas declaraciones, de una persona responsable y cumplidora de sus deberes.

Como se ha dicho, la idoneidad profesional para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por si solos prerrogativas de permanencia en el mismo, lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario, pero pueden darse otras circunstancias que a juicio del nominador no constituyan plena garantía de la eficiente prestación del servicio y que no está obligado a determinar expresamente en el acto por medio del cual, haciendo uso de la facultad legal, declara la insubsistencia, de ahí que quien pretenda desvirtuar la presunción de legalidad del acto que contiene una decisión de esta naturaleza esté obligado a probar la existencia de móviles distintos al buen servicio para su expedición.

Tampoco se encuentra probada la animadversión que supuestamente el Presidente del Instituto de Seguros Sociales – I.S.S.- le tenía al señor Luís Carlos Apráez Santacruz.

En efecto, los declarantes cuando más se refieren a las diferencias o a las discrepancias que se suscitaban entre el demandante y el Gerente de la EPS de la Seccional Nariño por los supuestos manejos irregulares que dicho funcionario le daba a los procesos administrativos y presupuestales en la entidad. Podría pensarse entonces que la animadversión –de existir- era por parte del señalado Gerente hacía el actor y no por el Presidente del Instituto. No está demostrada la relación de causalidad entre esta situación y la decisión de insubsistencia adoptada por la autoridad nacional.

De las declaraciones se deduce que la mayoría de los testigos no conocieron las razones consideradas por la administración para retirar del servicio al actor. Algunos deponentes simplemente dedujeron, con fundamento en comentarios escuchados, que el retiro del señor Apráez Santacruz obedeció a las denuncias que él hizo en relación con el manejo irregular de procesos asignados a la Seccional de Nariño. Y las restantes declaraciones se refirieron, como puede observarse, a la supuesta intención del Presidente del Instituto de Seguros Sociales – manifestada en una reunión celebrada en la ciudad de Cali – de retirar al demandante debido a los continuos problemas presentados en esa seccional, sin que ello signifique, necesariamente, que estas hayan sido las razones fundamentales para haber adoptado dicha decisión."⁷

Finalmente, la autoridad judicial encontró que el servicio del I.S.S., Seccional Nariño no se desmejoró, pues si bien los testigos

⁷ Folio 116 y vuelto del expediente.



coincidían en que se presentaron problemas de distinta índole debido a la falta de personal administrativo, aquello no podía acreditarse directamente al retiro del actor, ya que los inconvenientes venían de tiempo atrás.

2.4. Contra la anterior decisión, el actor interpuso recurso extraordinario de revisión, alegando la configuración de la causal descrita en el numeral 6º del artículo 188 del Decreto 01 de 1984, esto es, existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.

Lo anterior, por cuanto en la providencia recurrida se realizó un relato de la declaración del testigo principal, el señor Héctor Eliécer Lucero Alvear, junto con la rendida por el señor Eduardo Polanía Unda, que constituyen el acervo probatorio orientado a demostrar la desviación de poder en que incurrió la autoridad nominadora al declarar la insubsistencia del actor. Sin embargo, no encontró probada la causal de nulidad alegada, pues simplificó en su valor probatorio los mencionados testimonios.

En efecto, según el recurrente, dichas pruebas debieron ser analizadas y valoradas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin incurrir en incongruencias, para concluir la configuración de la causal de nulidad, pues a su juicio, dichas declaraciones daban fe del excelente funcionario que era y que, por tanto, la declaratoria de insubsistencia se debió a razones ajenas al buen servicio.

Igualmente, consideró que las pruebas testimoniales obrantes en el expediente, permitían acreditar el desmejoramiento del servicio en la entidad.

2.5. El recurso extraordinario de revisión fue desatado por la Sala 20 Especial de Decisión del Consejo de Estado, autoridad judicial que en sentencia del 7 de junio de 2016, desestimó el mencionado recurso, al considerar que el apoderado del actor se limitó a invocar la causal 6º del artículo 188 del Decreto 01 de 1984, sin entrar a señalar concretamente los vicios de nulidad de acuerdo con las causales establecidas en el ordenamiento jurídico.



Así las cosas, puso de presente que el tutelante no señaló con precisión la relación entre los fundamentos fácticos y jurídicos planteados en el recurso extraordinario de revisión y alguno de los defectos que generan la nulidad proveniente en la sentencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, concluyó que la inconformidad del actor radica en la forma en que el juez valoró la prueba, que a su juicio, demuestran que la resolución acusada está afectada de desviación de poder, situación frente a la cual no procede el recurso extraordinario de revisión, pues aquel no está previsto para refutar la valoración de las pruebas contenidas en la sentencia que se busca infirmar.

La anterior decisión fue notificada por anotación en estado del 17 de junio de 2016.

3. Fundamentos de la vulneración

3.1. Contra la Sala 20 Especial de Decisión del Consejo de Estado

La parte actora argumentó que la Sala 20 Especial de Decisión incurrió en los siguientes defectos, al proferir la sentencia del 7 de junio de 2016:

3.1.1. Defecto procedimental absoluto por exceso ritual manifiesto: pues la legalidad del acto administrativo demandado quedó desvirtuada con los elementos materiales probatorios obrantes en el expediente, los cuales permitían acreditar tanto la desviación de poder, como el desmejoramiento del servicio.

3.1.2. Defecto sustantivo: al rehusar estudiar el caso bajo la causal descrita en el numeral 6° del artículo 188 del Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998 *“pues conforme a su literalidad, a la redacción gramatical del precepto, el legislador no circunscribió a irregularidades puramente formales la controversia en sede de revisión.”*⁸

3.2. Contra la providencia de la Subsección “A” de la Sección

⁸ Folio 19 del expediente.



Segunda del Consejo de Estado

En relación con la sentencia del 23 de marzo de 2000 proferida por la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado argumentó lo siguiente:

3.2.1. Defecto fáctico: por la indebida valoración de las declaraciones⁹ obrantes en el expediente, pues a su juicio, con los testimonios rendidos, especialmente, el del señor Héctor Eliécer Lucero Alvear, Gerente Seccional de Apoyo Administrativo del ISS Nariño y jefe inmediato del tutelante, se relató con detalles el conocimiento directo que tuvo de los hechos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar, quedando acreditado la desviación de poder, pues aquel testigo manifestó que el nominador, en una conversación, había afirmado que desvincularía del servicio al actor, lo que permitía probar la animadversión aludida en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

Igualmente, manifestó que se valoraron indebidamente las pruebas tendientes a demostrar la desmejora en el servicio, pues con las declaraciones que reposan en el expediente ordinario, se acreditó dicho vicio.

3.2.2. Defecto procedimental absoluto: el cual se configuró pues la autoridad judicial accionada no atemperó su accionar a los postulados procesales del caso.

4. Actuaciones procesales relevantes

4.1. Admisión de la demanda

Mediante auto del 5 de febrero de 2018¹⁰, el Magistrado Ponente de la Sección Cuarta de esta Corporación admitió la demanda de tutela

⁹ Declaraciones de los señores Héctor Eliécer Alvear, el Doctor Roa funcionario del nivel nacional de la entidad, José Ramiro Moreno Ríos, la testigo Nelly Lucía Jarrín Vayas, Juan Eduardo Benavides Martínez, Edith Lucía Caicedo Bravo, Rosalba Del Socorro Sánchez Restrepo, Juan Martín Panesso Díaz, Jorge Enrique Rosero Caicedo, Gerardo Enrique Galeano Díaz, Blanca del Rosario Argoly de Arcos, María Elena Molineros, Silvia Adriana Paz Bastidas, Omar Alberto Álvarez Montenegro, Jorge Eliécer Daniel Guzmán y Eduardo Polanía Unda.

¹⁰ Folio 271 del expediente. El proceso fue inicialmente admitido en auto del 5 de octubre de 2016 y fallado en primera instancia por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en providencia del 13 de septiembre de 2017. No obstante, en auto del 15 de enero de 2018, la Magistrada Ponente de esta decisión, declaró la nulidad de todo lo actuado, por la indebida integración del contradictorio.



y dispuso su notificación a la parte actora, a los Magistrados de la Sección Segunda – Subsección “A” del Consejo de Estado y a quienes integraron la Sala 20 Especial de Decisión.

Igualmente, vinculó al Tribunal Administrativo de Nariño, al Patrimonio Autónomo de Remanentes del I.S.S. y a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, como terceros con interés.

Finalmente, ordenó notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 610 del Código General del Proceso.

4.2. Intervenciones

Realizadas las notificaciones ordenadas de conformidad con las constancias visibles a folios 271 a 279, se presentaron las siguientes intervenciones.

4.2.1. Sala 20 Especial de Decisión del Consejo de Estado

El magistrado ponente de la decisión censurada, con escrito radicado el 9 de febrero de 2018¹¹, solicitó que se denegara la protección de los derechos fundamentales del actor.

Al respecto, puso de presente que el actor interpuso recurso extraordinario de revisión con fundamento en la causal establecida en el numeral 6° del artículo 188 del Decreto 01 de 1984, esto es, *“Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación”*, la que sustentó en que el Tribunal Administrativo de Nariño no apreció las pruebas en conjunto.

Sin embargo, observó que el actor no señaló ninguno de los defectos que generan la nulidad proveniente de la sentencia, conforme lo establecido por la jurisprudencia de esta Corporación y, por el contrario, la inconformidad del tutelante estaba orientada a discutir la apreciación de las pruebas por parte de la autoridad judicial.

¹¹ Folios 280 a 282 del expediente.



Finalmente, advirtió que el recurso extraordinario de revisión no fue concebido para refutar la valoración de las pruebas contenidas en una providencia, como tampoco para cuestionar o controvertir las interpretaciones legales efectuadas en la misma, pues no es dable reabrir el debate procesal en relación con esos aspectos.

4.2.1. Sección Segunda, Subsección “A” del Consejo de Estado

La referida autoridad judicial, mediante escrito radicado el 24 de octubre de 2016¹² expresó que el amparo constitucional no cumple con el requisito de inmediatez, dado que han transcurrido más de 16 años desde que fue proferida la sentencia objeto de la acción de tutela.

4.2.3. Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones

El Director Jurídico de Acciones Constitucionales de la referida entidad solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela, toda vez que no se materializó ninguna vulneración a los derechos fundamentales.

Manifestó que solo puede asumir temas relativos a la Administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en materia pensional, por tanto como en el *sub lite*, los hechos ocurrieron antes de la entrada en operación de la Administradora Colombiana de Pensiones (28 de septiembre de 2012) y hacen referencia a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento como Jefe del Departamento Financiero de la Seccional Nariño – EPS del entonces Instituto de Seguros Sociales, el asunto es ajeno a la competencia de la entidad, y a quien corresponde su conocimiento es al Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación – P.A.R.I.S.S.

4.2.4. Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación

El apoderado de la mencionada entidad consideró que la acción constitucional de la referencia no cumple con ninguno de los

¹² Folios 169 y vuelto del expediente.



requisitos especiales de procedencia de tutela contra providencia judicial, por tanto, no se vulneraron los derechos fundamentales invocados por el actor.

Afirmó que la acción de tutela es improcedente, porque existe una decisión judicial en firme, que hizo tránsito a cosa juzgada, proferida con todas las garantías procesales.

Finalmente, informó que el proceso de liquidación del Instituto de los Seguros Sociales finalizó el 21 de marzo de 2015, por lo que esa entidad dejó de ser sujeto de derechos y obligaciones.

5. Fallo impugnado

En decisión del 1º de marzo de 2018¹³ la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó por improcedente¹⁴ la petición de amparo constitucional, al considerar por una parte que no se cumplió con el requisito de inmediatez respecto de la providencia del 23 de marzo de 2000 proferida por la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, toda vez que la tutela fue presentada el 30 de septiembre de 2016, es decir transcurridos más de 16 años, razón por la que se abstuvo de hacer un pronunciamiento de fondo sobre los argumentos expuestos por el actor frente a esta decisión.

Frente a la sentencia del 7 de junio de 2016 de la Sala 20 Especial de Decisión del Consejo de Estado, superó los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, y encontró que el actor pretendía un nuevo estudio de las pruebas allegadas al expediente, reproche que no encajaba en la causal alegada, en la que se busca la declaratoria de nulidad por la existencia de una irregularidad proveniente de la sentencia. Adicionalmente, concluyó que esa decisión no incurrió en defecto sustantivo, pues la autoridad judicial demandada fundamentó su decisión en la interpretación establecida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado de la causal de revisión prevista en el numeral 6 del artículo 188 del C.C.A.

¹³ Folios 331 y 334 a 346 del expediente.

¹⁴ Conforme se indicó en la parte motiva de la providencia



6. Impugnación

En escrito del 7 de marzo de 2018¹⁵, el apoderado de la parte accionante impugnó¹⁶ el fallo de primera instancia, por cuanto no comparte la decisión del fallador de tutela respecto a la falta del requisito de inmediatez para eludir un examen de fondo verdadero.

Resaltó que la decisión de tutela de primera instancia negó las pretensiones, *“...después de hacer un examen independiente y antijurídico del requisito de inmediatez respecto del fallo de segunda instancia generador de la vulneración de los derechos fundamentales y, aparte, del fallo que desató el recurso extraordinario de revisión, sin parar mientes que este recurso se interpuso para satisfacer el requisito de procedencia adjetiva consistente en el agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa; que en la acción de tutela también se controvertió este fallo y, lo más importante y vital, que existe unidad de materia entre lo argumentado en sede del recurso de revisión y la acción de tutela, todo para denotar que era inexcusable aguardar al desenlace de este recurso para allí si subsiguientemente poder incursionar por la vía excepcionalísima a in extremis de la tutela contra providencias judiciales”*.

7. Impedimento manifestado por el Consejero Carlos Enrique Moreno Rubio

Con escrito del 18 de abril de 2018, el citado consejero, manifestó que se encuentra incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 6º del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, con fundamento en que hizo parte de la Sala de Decisión 20 del Consejo de Estado y suscribió la providencia del 7 de junio de 2016, que desestimó el recurso extraordinario de revisión, que también se cuestiona con la acción de tutela de la referencia.

8. Aceptación del impedimento

La Sala con providencia del 18 de abril de 2018, declaró fundado el impedimento manifestado y separó del conocimiento del asunto al doctor Moreno Rubio, toda vez que encontró acreditada la causal de impedimento contemplada en el numeral 6º del artículo 56 del

¹⁵ Folios 331 y 334 a 346 del expediente.

¹⁶ La sentencia de primera instancia fue notificada por correo electrónico el 7 de marzo de 2018, y la parte actora presentó la impugnación el mismo día y la sustentación el 12 de marzo de 2018, dentro del término de ejecutoria, como se acredita a folios 322, 326 vuelto, 327, 331 y 334 a 346 del expediente.



Código de Procedimiento Penal, por cuanto formó parte de la Sala Especial de Decisión 20 del Consejo de Estado que profirió la providencia del 7 de junio de 2016, que desestimó el recurso extraordinario de revisión, decisión que también se cuestiona en la presente acción de tutela.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación del fallo de tutela del 1º de marzo de 2018, dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017 y, en el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena de esta Corporación.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si modifica, confirma o revoca la sentencia antes señalada, para lo cual deberá resolver el siguiente problema jurídico:

¿Se cumple con el requisito de inmediatez frente a la sentencia del 23 de marzo de 2000?

En caso afirmativo ¿Incurrió la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado en el defecto fáctico alegado por la parte actora al proferir la providencia del 23 de marzo de 2000?

3. Razones jurídicas de la decisión

Para resolver el problema jurídico planteado, se analizarán los siguientes temas: **(i)** criterio de la Sección sobre procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** estudio de los presupuestos adjetivos de procedencia de la solicitud de amparo; **(iii)** generalidades del defecto fáctico; y **(iv)** análisis del caso concreto, de cara a los argumentos expuestos en el escrito de impugnación.



3.1. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo del 31 de julio de 2012,¹⁷ *unificó* la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema.¹⁸

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente, en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.¹⁹

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

Al efecto, en virtud de la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014²⁰, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, adoptó los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590/2005, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales, como lo señala el artículo 86 Constitucional, y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada

¹⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente No. 2009-01328-01. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. C.P. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

¹⁸ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

¹⁹ Se dijo en la mencionada sentencia: “DECLÁRASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia” (Negrillas dentro del texto).

²⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de agosto de 2014, Expediente No. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Actor: ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS. C.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ.



caso deberá probarse y, en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

3.2. Estudio de los presupuestos adjetivos de procedencia de la solicitud de amparo

A continuación, la Sala verificará que la solicitud de tutela cumpla los presupuestos generales de procedibilidad. Estos son: **i)** que no se trate de tutela contra tutela; **ii)** la subsidiariedad; y, **iii)** la inmediatez, es decir, que se hayan agotado los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección de los derechos que se dicen vulnerados.

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

En relación con el primer requisito, no existe reparo toda vez que la solicitud de amparo no se dirige contra providencia alguna adoptada en ejercicio de la acción de tutela.

Respecto al segundo requisito, la Sala concluye que este presupuesto se encuentra superado toda vez que la parte actora agotó los recursos ordinarios y extraordinarios como el de revisión.

Por otra parte se observa que lo alegado en la tutela coincide con los argumentos expuestos en el recurso extraordinario de revisión; adicionalmente se atacaron las dos providencias, tanto la que fue proferida en el proceso ordinario, como la que desató negativamente el recurso de revisión.

Finalmente, frente al tercer requisito, correspondiente a la inmediatez, la Sala concluye que éste también se encuentra satisfecho, por cuanto la parte actora atacó la sentencia dictada el 23 de marzo de 2000 de la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decisión contra la cual se interpuso recurso extraordinario de revisión que fue resuelto el 7 de junio de 2016 por la Sala 20 Especial de Decisión del Consejo de Estado, ejecutoriada el 23 del mismo mes y año y, la solicitud de amparo constitucional se presentó el 30 de septiembre de 2016, lo que para la Sala es un



término razonable para el uso del mecanismo de amparo constitucional. Por lo que se concluye que se encuentra satisfecho.

Consecuentemente, al estar superados los presupuestos adjetivos de procedencia de la acción, la Sala abordará los defectos propuestos por la parte actora en el escrito de tutela.

3.2. Del defecto fáctico

Esta Sala en decisión del 12 de noviembre del 2015²¹ precisó los alcances y requisitos que deben atenderse al momento de alegarse la ocurrencia de un defecto fáctico en una providencia judicial, los cuales son traídos a colación en la presente decisión:

Los eventos de configuración del defecto fáctico son: i) omisión de decretar o practicar pruebas indispensables para fallar el asunto; ii) desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes; iii) valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas; y iv) dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso, los cuales tienen las siguientes características:

Evento	Características
Omisión de decreto y práctica de pruebas indispensables para fallar el asunto	<p>Se da cuando la parte, con el fin de probar los hechos que alega, solicitó al juez el decreto de una prueba relevante para resolver el problema jurídico sometido a consideración, y ésta fue negada; ello sin desconocer la facultad del juez ordinario de negar pruebas que no atiendan los requisitos de conducencia, pertinencia e idoneidad. Así las cosas, es importante considerar que no toda negativa a un decreto de pruebas abre la posibilidad a la configuración del defecto, ya que éste procederá cuando se rechace el decreto y práctica de la prueba que, solicitada oportunamente, no cumpla con los parámetros arriba señalados.</p> <p>De esta manera, se requiere:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Que la parte identifique el elemento probatorio que solicitó b) Que la parte demuestre que lo solicitó en oportunidad legal c) Se expongan las razones por la cuales la prueba solicitada era conducente, pertinente o idónea. d) Señalar de manera razonada la razón por la cual, de haberse decretado la prueba, el sentido de la decisión

²¹ Consejo de Estado, sentencia del 12 de noviembre de 2015, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Radicación No. 11001-03-15-000-2015-01471-01,



	hubiere sido otro.
Desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes	<p>Se presenta cuando, obrando los elementos de convicción en el expediente, y estos resultan decisivos frente a los hechos que se pretenden probar, éstos no son tenidos en cuenta por el fallador ordinario. En este punto, se requiere que de forma específica, se concrete en el escrito de amparo, cuales pruebas, aportadas oportuna y legalmente, fueron desconocidas por el juez.</p> <p>Así las cosas, se configura siempre que:</p> <ol style="list-style-type: none">Se identifiquen los elementos de prueba no valorados por el juez.Se demuestre que éstos fueron aportados en forma legal y oportunamente al procesoSeñale las razones por las cuales eran relevantes para la decisiónSe precise, razonadamente, la incidencia de los mismos para variar el sentido del fallo.
Valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas	<p>Procede cuando, a la luz de los postulados de la sana crítica, la apreciación efectuada por el fallador, resulta manifiestamente equivocada o arbitraria, y por ello, el peso otorgado a la prueba se entiende alterado.</p> <p>Se requiere entonces que:</p> <ol style="list-style-type: none">La parte precise cual o cuales de las pruebas fueron objeto de indebida valoración por el juezLa razón del por qué, en cada caso en particular, la consideración del operador judicial se aleja de las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica. <p>El segundo de los elementos señalados, resulta de vital importancia, pues es claro que un sencillo desacuerdo en relación con la conclusión a la cual arribó el juez de instancia, en ninguna manera puede ser razón para ordenar el amparo constitucional por este aspecto. Aceptar lo contrario, implicaría una sustitución arbitraria del juez natural.</p> <ol style="list-style-type: none">Incidencia de la prueba en el fallo atacado
Dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso	<p>Refiere al supuesto cuando el fallador de instancia decide el asunto con base en pruebas que no observaron los requisitos legales para su producción o introducción al proceso. Así las cosas, el juez no ignora la prueba ni se equivoca en su apreciación, pero yerra al haberla tenido en cuenta para decidir el problema jurídico que le fue planteado, al ser ésta una prueba que desconoce el debido proceso de las partes.</p> <p>Para su configuración corresponde señalar:</p> <ol style="list-style-type: none">Señalar con claridad los elementos probatorios aportados con violación al artículo 29 constitucional.Exponer las razones que sustentan dicha vulneración.Demostrar que estos elementos de convicción fueron el sustento de la decisión.



Como se ve en los elementos señalados, la parte accionante debe precisar en su escrito el cargo que plantea, para demostrar no solo la configuración del defecto, sino también, su incidencia en la decisión judicial.

Lo anterior se suma a la exigencia de una carga argumentativa razonable para lograr la prosperidad del cargo, toda vez que, en el caso de una tutela contra una providencia judicial, están en juego valores importantes para el ordenamiento jurídico, como lo son la cosa juzgada, los derechos de terceros, la seguridad, la buena fe y los derivados de los artículos 1º, 2º, 4º, 5º y 6º de la Constitución Política.

Así mismo, debe ser cuidadoso el interesado al formular el cargo, en la medida en que los supuestos de hecho hasta aquí mencionados, se excluyen entre sí, de tal manera que no será posible alegar uno y otro respecto de una misma prueba, como suele ocurrir, pues además de ser desacertado, genera confusión al fallador.

3.3. El caso en concreto

En el escrito de impugnación, la parte actora manifestó que el fallo de primera instancia, negó las pretensiones, *"...después de hacer un examen independiente y antijurídico del requisito de inmediatez respecto del fallo de segunda instancia generador de la vulneración de los derechos fundamentales y, aparte, del fallo que desató el recurso extraordinario de revisión"*, sin tener en cuenta que ese recurso fue interpuesto para cumplir con el requisito de subsidiariedad, esto es el agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa.

Sostuvo que *"existe unidad de materia entre lo argumentado en sede del recurso de revisión y la acción de tutela, todo para denotar que era inexcusable aguardar al desenlace de este recurso para allí si subsiguientemente poder incursionar por la vía excepcionalísima a in extremis de la tutela contra providencias judiciales"*.

Como se dijo en precedencia se encuentra superado el requisito de inmediatez, razón por la que la Sala abordará los defectos



propuestos por la parte actora respecto de la decisión del 23 de marzo de 2000 en razón a que el argumento de impugnación está dirigido a este aspecto, es decir que se analicen los argumentos de reproche planteados en la demanda frente a esta sentencia.

La parte actora argumentó que la providencia judicial cuestionada incurrió en **defecto fáctico**, por la indebida valoración de las declaraciones²² obrantes en el expediente, particularmente con el testimonio rendido por el señor Héctor Eliécer Lucero Alvear, Gerente Seccional de Apoyo Administrativo del ISS Nariño y jefe inmediato del tutelante, toda vez que éste relató con detalles el conocimiento directo que tuvo de los hechos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que acreditaba la desviación de poder, pues aquel testigo manifestó que el nominador, en una conversación, había afirmado que desvincularía del servicio al tutelante, lo que permitía probar la animadversión aludida en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

Igualmente, manifestó que se valoraron indebidamente las pruebas tendientes a demostrar la desmejora en el servicio, pues con las declaraciones que reposan en el expediente ordinario, se acreditó dicho vicio.

Revisado el fallo cuestionado, se encontró que sí se analizaron las declaraciones de los señores Héctor Eliécer Alvear, el Doctor Roa funcionario del nivel nacional de la entidad, José Ramiro Moreno Ríos, la testigo Nelly Lucía Jarrín Vayas, Juan Eduardo Benavides Martínez, Edith Lucía Caicedo Bravo, Rosalba del Socorro Sánchez Restrepo, Juan Martín Panesso Díaz, Jorge Enrique Rosero Caicedo, Gerardo Enrique Galeano Díaz, Blanca del Rosario Argoly de Arcos, María Elena Molineros, Silvia Adriana Paz Bastidas, Omar Alberto Álvarez Montenegro, Jorge Eliécer Daniel Guzmán y Eduardo Polanía Unda; de las cuales concluyó lo siguiente:

“...todas las versiones coinciden en afirmar que el actor era un excelente servidor público, preocupado siempre por el buen manejo

²² Declaraciones de los señores Héctor Eliécer Alvear, el Doctor Roa funcionario del nivel nacional de la entidad, José Ramiro Moreno Ríos, la testigo Nelly Lucía Jarrín Vayas, Juan Eduardo Benavides Martínez, Edith Lucía Caicedo Bravo, Rosalba Del Socorro Sánchez Restrepo, Juan Martín Panesso Díaz, Jorge Enrique Rosero Caicedo, Gerardo Enrique Galeano Díaz, Blanca del Rosario Argoly de Arcos, María Elena Molineros, Silvia Adriana Paz Bastidas, Omar Alberto Álvarez Montenegro, Jorge Eliécer Daniel Guzmán y Eduardo Polanía Unda.



de los recursos públicos y por el cumplimiento adecuado de las normas legales en los procesos de gestión adelantados por la entidad para el desarrollo de su objeto social. Es decir, que se trataba, según estas declaraciones, de una persona responsable y cumplidora de sus deberes.

Como se ha dicho, la idoneidad profesional para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos prerrogativas de permanencia en el mismo, lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario, pero pueden darse otras circunstancias que a juicio del nominador no constituyan plena garantía de la eficiente prestación del servicio y que no está obligado a determinar expresamente en el acto por medio del cual, haciendo uso de la facultad legal, declara la insubsistencia, de ahí que quien pretenda desvirtuar la presunción de legalidad del acto que contiene una decisión de esta naturaleza esté obligado a probar la existencia de móviles distintos al buen servicio para su expedición.

Tampoco se encuentra probada la animadversión que supuestamente el Presidente del Instituto de Seguros Sociales – I.S.S.- le tenía al señor Luís Carlos Apráez Santacruz”.

Así las cosas, puede inferirse que la autoridad judicial sí valoró las pruebas testimoniales que echa de menos el actor, y determinó que si bien las declaraciones acreditaban que el señor Apráez Santacruz era un excelente servidor público, lo cierto es que ese proceder correspondía al cumplimiento de sus deberes, y ello no implicaba que el nominador no pudiera hacer uso de su facultad discrecional para declarar la insubsistencia en el cargo que desempeñaba.

Por otra parte, encontró que el servicio del I.S.S., Seccional Nariño no se desmejoró, pues justamente los testigos coincidieron en que se presentaron problemas de distinta índole debido a la falta de personal administrativo, por tanto, no se demostró que se debiera al retiro del accionante, ya que los inconvenientes venían de tiempo atrás.

Teniendo en cuenta lo anterior, para la Sala es evidente que contrario a lo afirmado por la parte actora, sí se realizó una valoración en conjunto del material probatorio, que llevó a concluir a la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado que no se demostró la desviación de poder alegada, pues las declaraciones señalaron que en efecto el señor Apráez Santacruz era una persona responsable y cumplidora de sus deberes, no obstante, tales condiciones por sí solas no garantizan la permanencia en el cargo, por consiguiente, el nominador tenía la



facultad de declarar la insubsistencia cuando así lo considerara, máxime que se trataba de un empleo de libre nombramiento y remoción.

En consecuencia, no se configura el defecto fáctico alegado.

Ahora frente al **defecto procedimental absoluto**, relativo a que la autoridad judicial accionada no actuó según los postulados procesales del caso, no se hará pronunciamiento al respecto, toda vez que de los argumentos expuestos por la parte actora, no es posible vislumbrar la vulneración del debido proceso, pues se limita a definirlo sin señalar cual fue el procedimiento señalado en la ley que fue inobservado por el juez natural.

Así las cosas, teniendo en cuenta las apreciaciones realizadas, se hace imperioso concluir que de las razones alegadas por la actora en sus escritos de tutela e impugnación, no se advierte vulneración alguna a sus derechos fundamentales, sino que las mismas, pretenden abrir un debate jurídico surtido en las instancias respectivas, circunstancia que escapa al conocimiento del juez constitucional, pues debe respetar la autonomía del natural al resolver los asuntos que se someten a su conocimiento, razón por la que los cargos resultan imprósperos.

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

FALLA:

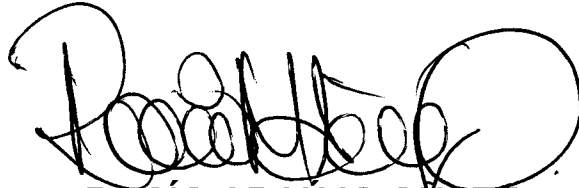
PRIMERO: CONFIRMAR el fallo del 1º de marzo de 2018, dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó la petición de amparo constitucional formulada por el señor Luís Carlos Apráez Santacruz, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto Ley 2591 de 1991.

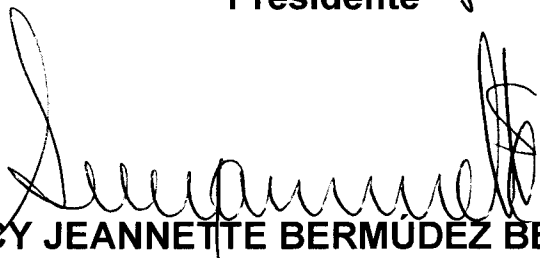


TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.


NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.



ROCÍO ARAUJO ONATE
Presidente



LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera



ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

