



## Sentencia 769 de 2011 Consejo de Estado

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Configuración de defecto factico sustantivo por indebida interpretación

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Configuración de defecto factico sustantivo por indebida interpretación

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido que el defecto material o sustantivo se produce cuando el juez toma una decisión con fundamento en normas inexistentes, inconstitucionales o inaplicables al caso concreto, lo que genera una contradicción evidente entre los fundamentos y la decisión. (...) Frente al defecto sustantivo por interpretación errónea, la jurisprudencia ha sido enfática en predicar que no cualquier interpretación inadecuada puede considerarse vulneratoria del derecho al debido proceso, sino que ésta debe ser abiertamente arbitraria y carecer de razonabilidad.

DEFECTO SUSTANTIVO - Deber de motivar la desvinculación de empleado nombrado en provisionalidad

En observancia de lo anterior, se tiene que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, cuando se desvincula un funcionario que se encuentra desempeñando un cargo de carrera en provisionalidad, el nominador tiene la obligación de expresar las razones de su retiro, es decir, que el acto administrativo de desvinculación debe ser motivado. En el caso bajo estudio se tiene que la Resolución No. 129, mediante la que el Personero Distrital de Barranquilla declaró insubsistente al señor JAIRO ANTONIO HENRIQUEZ FERREIRA, fue dictada el 3 de junio de 2005, es decir con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, lo que quiere significar que el Tribunal accionado debió aplicar la mencionada ley al estudiar la legalidad de la resolución de desvinculación. Sin embargo, en el fallo dictado el 2 de febrero por el Tribunal Administrativo del Atlántico se afirmó que "...la resolución No. 129 del 3 de junio de 2005, fue expedida por la administración en ejercicio de la facultad discrecional con que se encuentra investida, por tratarse de un empleado nombrado en provisionalidad, que no contaba con fuero de estabilidad, y en consecuencia, podría ser desvinculado en cualquier momento, sin ninguna motivación...", por lo que resulta evidente que en dicho fallo se incurrió en indebida interpretación de la Ley 909 de 2004.

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004

NOTA DE RELATORIA: Sobre el defecto sustantivo, Consejo de Estado, sentencia de 3 de marzo de 2011, Rad. 2010-01347, MP. Hugo Fernando Bastidas Bárdenas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: WILLIAM GIRALDO GIRALDO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil once (2011)

Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00769-00(AC)

Actor: JAIRO ANTONIO HENRIQUEZ FERREIRA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLANTICO

Decide la Sala la acción de tutela instaurada por el señor JAIRO ANTONIO HENRIQUEZ FERREIRA, contra el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLANTICO, de acuerdo con el numeral 2º del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000.

### I. ANTECEDENTES

El señor JAIRO ANTONIO HENRIQUEZ FERREIRA instauró acción de tutela contra el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLANTICO, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, de acceso a la administración de justicia y a la igualdad.

#### A. Hechos y fundamentos

Del expediente se advierten como hechos relevantes los siguientes:

Mediante resolución No. 022 del 1º de febrero de 2005, el señor JAIRO ANTONIO HENRIQUEZ FERREIRA fue nombrado en el cargo de profesional especializado código 335 grado 22-07 de la Personería Distrital de Barranquilla.

El Personero Distrital mediante resolución No. 129 del 3 de junio de 2005 declaró insubsistente el nombramiento del accionante.

El 12 de enero de 2006, la misma Personería Distrital dio por terminada la investigación disciplinaria adelantada en contra del actor, al considerar que no se demostró la existencia del hecho por el que se elevó pliego de cargos.

El señor HENRIQUEZ FERREIRA interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla y la Personería Distrital de Barranquilla, con el fin de se declarara la nulidad de la resolución por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento.

El Juzgado Primero Administrativo de Barranquilla mediante sentencia del 22 de enero de 2009 accedió a las pretensiones de la demanda.

Contra dicha decisión se interpuso el recurso de apelación ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, el que mediante providencia del 2 de febrero de 2011 resolvió el recurso de alzada en el sentido de revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

**B. Pretensiones:**

Las pretensiones de la demanda de tutela son las siguientes:

"Pido con todo respeto al Honorable Consejo de Estado como juez constitucional, ampararme y tutelarme los derechos constitucionales violados, y protegerme de la arbitraría vía de hecho en que incurrió el Honorable Tribunal Administrativo del Atlántico y el señor Personero que me desvinculó de mi cargo, declarando la NULIDAD de la SENTENCIA accionada o profiriendo la decisión ajustada a la ley en este caso, y ordenarle al Tribunal accionado proferir la decisión que en derecho corresponde".

Una vez avocado el conocimiento de la presente acción, mediante auto del 14 de junio de 2011 se ordenó notificar a las partes. (fl. 32).

**C. Oposición**

El Tribunal Administrativo del Atlántico rindió el informe correspondiente y manifestó que en la providencia atacada revocó el fallo de primera instancia, y adoptó la decisión de negar las pretensiones de la demanda, al considerar que no se encontró probado el cargo de desviación de poder, como tampoco que contara con un fuero de estabilidad que impidiera su desvinculación mediante la declaratoria de insubsistencia.

De otra parte señaló que "*la tutela ha sido establecida por la Carta Superior como un mecanismo para solicitar de los jueces el amparo inmediato de sus derechos constitucionales, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares de conformidad con la ley, pero en ningún caso, el espíritu de la norma ha sido crear una nueva instancia para el estudio de fondo de decisiones que han agotado, según la Ley, su oportunidad procesal, teniendo como fundamento, no la real amenaza o transgresión de derechos fundamentales, sino la inconformidad del accionante al ver que sus pretensiones no prosperaron*".

La Personería Distrital de Barranquilla manifestó que la presente acción es improcedente pues los argumentos planteados en la misma no hicieron parte de las manifestaciones hechas en las instancias judiciales ordinarias por lo que concluyó que "...es inapropiado este mecanismo constitucional exceptivo y residual".

De otra parte señaló que "...se encuentra probado que el accionante nunca fue un empleado de carrera administrativa, ya que, nunca cumplió con los requisitos, cualidades y formas contempladas en los artículos 31, 34 y 35 de la Ley 909 de 2004 para que se predieran en él los derechos exclusivos de funcionarios inscritos y escalafonados en la carrera administrativa, es decir, que el señor JAIRO ANTONIO HENRIQUEZ FERREIRA no efectuó las etapas del proceso de selección o concurso que establece la ley...".

La Alcaldía del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla indicó que la presente acción de tutela es improcedente pues no es el "...medio o procedimiento llamado a reemplazar los procesos ordinarios especiales, ni el ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes".

**II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, fue reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991, que en el artículo 1º 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, en principio, procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.

En el evento de existir esa otra herramienta de defensa, la tutela será procedente si se alega que se propone como mecanismo transitorio con el que se busca evitar un perjuicio irremediable.

Mediante el ejercicio de la presente acción el señor JAIRO ANTONIO HENRIQUEZ FERREIRA pretende que se dejen sin valor ni efecto la providencia del 2 de febrero de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la que se revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, se negaron las pretensiones de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra el Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla y la Personería Distrital de Barranquilla.

La procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales ha sido reconocida de manera expresa por la Honorable Corte Constitucional. En la sentencia C-590 de 2005, con ponencia del doctor JAIME CORDOBA TRIVIÑO, recogió los requisitos generales y especiales (eventos determinantes), de procedibilidad de la acción de tutela contra las providencias judiciales.

Como requisitos generales estableció los siguientes:

- "a. Que la cuestión que se discute tenga relevancia constitucional."
- "b. Que se hayan agotado todos los medios - ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable".<sup>1</sup>
- "c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración."<sup>2</sup>
- "d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora."<sup>3</sup>
- "e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible."<sup>4</sup>
- "f. que no se trate de sentencias de tutela."<sup>5</sup>

En esa providencia la Corte determinó que luego de verificarse el cumplimiento de los anteriores requisitos generales de procedencia de la tutela, se debe proceder a establecer si ha ocurrido uno de los siguientes eventos determinantes para la prosperidad de la acción de tutela contra la providencia judicial cuestionada:

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b. Defecto procedural absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- d. Defecto material o sustantivo, sucede en los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales<sup>6</sup> o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- e. Error inducido, que ocurre cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.
- f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales del deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido de que precisamente en la motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.
- g. Desconocimiento del precedente, fenómeno que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.
- h. Violación directa de la Constitución.

Para la Sección Cuarta la acción de tutela resulta procedente, de manera excepcional, contra providencias judiciales, excluyendo las providencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, máximos órganos de la respectiva jurisdicción; y por el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Disciplinaria - como máximo órgano en materia disciplinaria, en razón a que cuando estos órganos judiciales se pronuncian, ponen fin a un largo recorrido judicial en el que los involucrados han contado con todos los medios legales para hacer valer sus derechos, amén de que la seguridad y estabilidad jurídicas ameritan necesarias definiciones que al más alto nivel pongan fin a debates que, de lo contrario, serían interminables.

#### Caso concreto

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial se cumplen en el caso propuesto, razón por la cual se debe proceder a verificar si se violaron los derechos al debido proceso, al trabajo, de acceso a la administración de justicia y a la igualdad, por haber incurrido el Tribunal Administrativo del Atlántico en defecto material o sustantivo.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido que el defecto material o sustantivo se produce cuando el juez toma una decisión con fundamento en normas inexistentes, inconstitucionales o inaplicables al caso concreto, lo que genera una contradicción evidente entre los fundamentos y la decisión.

La Corte Constitucional en sentencia SU-159/02 con ponencia del doctor Manuel José Cepeda Espinosa, adujo que el defecto material o

sustantivo "... opera cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, bien sea, por ejemplo (i) porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, (ii) porque ella es claramente *inconstitucional* y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de *inconstitucionalidad*, (iii) porque su aplicación al caso concreto es *inconstitucional*, (iv) porque ha sido declarada inexistente por la propia Corte Constitucional o, (v) porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador...".

El defecto sustantivo también puede presentarse cuando se interpreta una norma de forma incompatible con las circunstancias fácticas y, por tanto, la interpretación dada por el juez resulta a todas luces improcedente.

Frente al defecto sustantivo por interpretación errónea, la jurisprudencia ha sido enfática en predicar que no cualquier interpretación inadecuada puede considerarse vulneratoria del derecho al debido proceso, sino que ésta debe ser abiertamente arbitraria y carecer de razonabilidad.

En el caso propuesto el accionante discrepa de la interpretación hecha respecto a la falta de motivación del acto de insubstancialidad, para lo cual indicó que "...no tuvo en cuenta del mismo modo el Tribunal que según la citada jurisprudencia, "los motivos de interés público que fundamentan la desvinculación han de ser explicitados con miras a garantizar el derecho al debido proceso de la persona desvinculada"...".

De otra parte, señaló que "...pasó el Tribunal totalmente por alto que yo estaba nombrado en PROVISIONALIDAD, y que como lo ha señalado la jurisprudencia, la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad, y entonces la Administración sólo podría desvincularlo por motivos disciplinarios o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar".

Respecto a la necesidad de motivar los actos de desvinculación dictados en vigencia de la Ley 909 de 2004, la Sala ha sostenido que:

"(...)

Ciertamente, con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004<sup>7</sup>, es decir, cuando regía la Ley 443 de 1998, la desvinculación de un funcionario que ocupaba un cargo en provisionalidad no requería de acto administrativo motivado, es decir, no era necesario expresar las causas del retiro, pues se presumía que se expedía por razones del servicio. Esa fue la interpretación que esta Corporación le dio a la Ley 443 y su respectiva reglamentación<sup>8</sup>.

No obstante, con la expedición de la Ley 909 y sus reglamentos esta Corporación precisó<sup>9</sup> que el régimen anteriormente expuesto fue modificado sustancialmente, pues se estableció una condición más favorable para los empleados que desempeñan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, toda vez que el retiro del servicio de estos funcionarios debe hacerse mediante acto administrativo motivado.

En efecto, en la sentencia referenciada en el pie de página, la Sección Segunda del Consejo de Estado dijo:

"(...) La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO<sup>10</sup>, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).

Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998.

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos<sup>11</sup> de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado."

"(...)"<sup>12</sup>.

En observancia de lo anterior, se tiene que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, cuando se desvincula un funcionario que se encuentra desempeñando un cargo de carrera en provisionalidad, el nominador tiene la obligación de expresar las razones de su retiro, es decir, que el acto administrativo de desvinculación debe ser motivado.

En el caso bajo estudio se tiene que la Resolución No. 129, mediante la que el Personero Distrital de Barranquilla declaró insubsistente al señor JAIRO ANTONIO HENRIQUEZ FERREIRA, fue dictada el 3 de junio de 2005, es decir con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004<sup>13</sup>, lo que quiere significar que el Tribunal accionado debió aplicar la mencionada ley al estudiar la legalidad de la resolución de desvinculación.

Sin embargo, en el fallo dictado el 2 de febrero por el Tribunal Administrativo del Atlántico se afirmó que "...la resolución No. 129 del 3 de junio de 2005, fue expedida por la administración en ejercicio de la facultad discrecional con que se encuentra investida, por tratarse de un empleado nombrado en provisionalidad, que no contaba con fuero de estabilidad, y en consecuencia, podría ser desvinculado en cualquier momento, sin ninguna motivación...", por lo que resulta evidente que en dicho fallo se incurrió en indebida interpretación de la Ley 909 de 2004.

En consecuencia, se dejará sin efectos la providencia del 2 de febrero de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Atlántico, dentro del proceso radicado con el número 2006-00551 y, en su lugar, se ordenará a dicho Tribunal que en un término no mayor a diez (10) días, dicte una nueva providencia en la que observe el párrafo 2 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y los lineamientos expuestos por esta Corporación.

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

FALLA

1. TUTELASE el derecho fundamental al debido proceso del señor JAIRO ANTONIO HENRIQUEZ FERREIRA.
2. Como consecuencia de lo anterior, DEJASE sin efectos la providencia del 2 de febrero de 2011, proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLANTICO, dentro del proceso radicado con el número 2006-00551 y ORDENASE al Tribunal Administrativo del Atlántico que en un término no mayor a diez (10) días, dicte una nueva providencia en la que observe el párrafo 2 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y los lineamientos expuestos por esta Corporación.
3. NOTIFIQUESE por telegrama o por cualquier otro medio expedito.
4. De no ser impugnada la presente providencia, ENVÍESE a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Presidenta de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Sentencia T-504 de 2000.

2 Sentencia T-315 de 2005.

3 Sentencias T-008 de 1998 y SU-159 de 2000.

4 Sentencia T-658 de 1998.

5 Sentencias T- 088 de 1999 y SU-1219 de 2001.

6 Sentencia T-522 de 2001.

7 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones".

8 Sobre esta posición jurisprudencial se puede consultar la sentencia del 13 de marzo de 2003, proferida por el Consejo de Estado con ponencia del Dr. Tarsicio Cáceres Toro y cuyo radicado es 76001 23 31 000 1998 1834 -01.

9 Al respecto, ver la sentencia del 23 de septiembre de 2010, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado. M.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente 2500 23 25 000 2005-01341-02. Interno: 0883-2008.

10 De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

11 La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

12 Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 3 de marzo de 2011. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Expediente 2010 01347-01.

13 Publicada el 23 de septiembre de 2004.

---

*Fecha y hora de creación: 2026-02-20 00:04:46*