

Sentencia T-249-09

Referencia: expediente T-2.123.889

Accionante: Martha Cecilia Arenas Pineda

Demandado: Consejo de Estado, Sección Segunda

Magistrada Ponente (e):

Dra. CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá, D.C., dos (2) de abril de dos mil nueve (2009).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Cristina Pardo Schlesinger (e) (quien la preside), Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente:

## SENTENCIA

En la revisión del fallo adoptado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Primera, el 16 de octubre de 2008, por medio del cual se confirmó el proferido el 31 de julio de 2008, por la Sección Quinta de esa corporación, dentro de la acción de tutela instaurada por Martha Cecilia Arenas Pineda contra la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio de auto proferido por la Sala de Selección número doce, el 12 de diciembre de 2008.

### I. ANTECEDENTES

Los antecedentes del caso en estudio se presentarán en cuatro numerales a saber: en primer lugar la exposición de los hechos que dieron origen a la controversia administrativa; acto seguido se estudiarán los fallos proferidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en los que se conoció de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la actora; después se expondrán los

argumentos que por vía de tutela se pretenden hacer valer, y, finalmente, se resumirán los argumentos de la Sección Segunda del Consejo de Estado como entidad demandada en la presente acción.

## 1. Hechos generales del caso

1. La señora Martha Cecilia Arenas Pineda se vinculó laboralmente con la entidad promotora de salud "EPS CONVIDA" el 17 de agosto de 1997, en el cargo de directora de la oficina de control interno. Dicha entidad se encuentra adscrita a la Gobernación de Cundinamarca.

3. Dentro de la ejecución de sus labores en la EPS, la accionante manifiesta haber cumplido de manera honesta, capaz y eficiente con las tareas encomendadas.

4. Teniendo en cuenta sus calidades y buen desempeño, fue ascendida al cargo de subgerente financiera.

5. El 24 de febrero de 1999 por medio de la Resolución No.00160, fue encargada de la gerencia de la EPS CONVIDA, con el fin de suplir el período de incapacidad del gerente Ricardo Gallo.

6. Encontrándose en ejercicio del encargo en la gerencia de la EPS, Martha Cecilia Arenas Pineda recibió del Director de la Oficina de control interno de dicha entidad el oficio OCI-043.3 con fecha 10 de marzo de 1999, en el que se le informó sobre la crisis financiera por la que atravesaba el Estado de Ecuador de la que daban cuenta los medios de información, entre ellos los periódicos El Tiempo y El Espectador, y le solicitó tomar las medidas que considerara pertinentes de manera "URGENTE", con el fin de garantizar la protección de los recursos públicos que la EPS tenía depositados en el Banco del Pacífico, cuya casa matriz se encontraba en ese país. A la fecha, y de conformidad con el mismo oficio, el Director de la Oficina de Control Interno le informó que el monto de los dineros consignados en esa entidad financiera ascendían a \$1.923'212.819.97.(folio 360)

7. Con fundamento en el oficio anterior, la accionante, en el ejercicio de su encargo

como gerente, decidió retirar los dineros de las cuentas del Banco del Pacífico y trasladarlos a otras entidades crediticias.

8. El 19 de marzo de 1999, la accionante radicó una solicitud a la Superintendencia Bancaria de Colombia para que se le informara el estado en que se encontraba el Banco del Pacífico en razón de la crisis económica por la que atravesaba el Estado de donde era originario. (folio 361)

9. En respuesta del 29 de marzo de 1999 la referida Superintendencia le informó a la señora Arenas, que a pesar de que a esa institución le corresponde la vigilancia e inspección de las instituciones financieras, no es de su competencia emitir conceptos que comprometan la ecuanimidad de sus juicios y en consecuencia, solamente puede suministrar información de sus vigiladas. Para el efecto, dicha entidad le anexó el informe de principales variables de establecimientos de crédito para diciembre de 1998, con sede en Colombia y le anunció que el mismo puede ser consultado mensualmente en la página oficial de esa entidad.(folio 288).

10. Cumplida la incapacidad por parte del señor Ricardo Gallo Arias, se reintegró a su cargo de gerente y encontró que los dineros de la entidad que dirige habían sido trasladados en su ausencia por la gerente en encargo, por lo que solicitó las explicaciones respectivas.

11. El 18 de marzo de 1999 la accionante dio cuenta del traslado de los fondos al gerente Gallo Arias, mediante comunicación SF-088.6, en la que reiteró que la razón para haberlo hecho derivó de la crisis económica por la que atravesaba en ese momento Ecuador. Adicionalmente, le comunicó que durante su ausencia sostuvo comunicación telefónica con el Secretario de Hacienda del Departamento de Cundinamarca relativa a este asunto, quien le manifestó que en su concepto era mejor que esos recursos fueran trasladados a otra entidad y que se cancelaran esas cuentas de manera preventiva con el fin de evitar cualquier impase de tipo financiero que pudiera acarrear problemas futuros. Adicionalmente, agregó la señora Arenas en esa comunicación, el Secretario le manifestó que era mejor manejar los recursos de CONVIDA en entidades financieras que para esa época tuvieran una mayor liquidez.

12. De conformidad con lo que manifiesta la accionante en su escrito de tutela, el 26 de

marzo de 1999, la accionante fue llamada al despacho del gerente en presencia de Fernando Castillo (jefe de la oficina de control interno de la referida EPS). En dicha reunión, el señor Ricardo Gallo le manifestó que había tomado la decisión de cambiar el equipo directivo y que dentro de los miembros a sustituir se encontraba el cargo de gerente financiero que era ocupado por la accionante. Adicionalmente el gerente le manifestó a la señora Arenas que no le había gustado el informe de su gestión mientras duró su incapacidad así como tampoco la manera como cuestionaba los estados financieros y solicitaba auditorías.

13. Dicho retiro se concretaría una vez regresara del descanso de la semana santa y por lo tanto le solicitó la renuncia a su cargo.

14. Adicionalmente, en el escrito de tutela se manifestó que el 7 de abril de 1999, el gerente de CONVIDA llamó al despacho de la accionante y le manifestó que no entendía por qué HABÍA TRASLADADO los dineros del Banco del Pacífico a cuentas de otros bancos, que esto demostraba que “era una alarmista” y que gracias a su conducta tenía a la entidad en pánico, razón por la cual no podía seguir trabajando en esas condiciones y le solicitó la renuncia inmediata a su cargo.

15. Frente a la solicitud de renuncia, la accionante le respondió al gerente que ella había actuado de manera preventiva para evitar un daño patrimonial de la EPS.

16. El mismo 7 de abril y por intermedio de Patricia Ramírez Guerrero (asesora de la gerencia), el gerente le reiteró a la accionante que enviara la renuncia. La accionante accedió, y en escrito suscrito por ella le manifestó lo siguiente: “Respetado Doctor Gallo: Me permito presentar renuncia del cargo de Subgerente Financiero de la E.P.S. CONVIDA a partir del día 01 de mayo de 1999, el cual vengo desempeñando desde el 4 de septiembre de 1998. Lo anterior atendiendo su solicitud verbal” (folio 358).

17. El 9 de abril de 1999 el gerente le manifestó a la señora Arenas que no se encontraba conforme con la carta de renuncia que había presentado el 7 de abril y le dijo que procedería a expedir la resolución por medio de la cual se le declarararía insubsistente, acto que efectivamente se profirió con fecha del 7 de abril de 1999, bajo el número 0270 (folio 359).

18. Como reemplazo de la accionante, fue nombrado el señor Javier Yecid Tovar Perdomo quien se desempeñaba como jefe de informática de la EPS CONVIDA y cuya experiencia, de conformidad con su hoja de vida, siempre estuvo relacionada con los sistemas. El señor Tovar tomó posesión en abril de 1999 y fue relevado el 16 de septiembre del mismo año.

#### 1. Trámite ante la jurisdicción contencioso administrativa

Con fundamento en lo expuesto en el punto anterior, la señora Martha Cecilia Arenas Pineda instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho porque, en su parecer, existió una falsa motivación por desviación del poder en la Resolución No. 0270 del 7 de abril de 1999, por parte de la administración en cabeza del señor Ricardo Gallo Arias, como gerente de la E.P.S CONVIDA.

a. La sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sala de Descongestión.

Mediante providencia del 10 de diciembre de 2003, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió declarar la nulidad de la Resolución No.0270 del 7 de abril de 1999, por medio de la cual se declaró insubsistente a la señora Martha Cecilia Arenas Pineda en el cargo de Subgerente Financiera de la E.P.S. CONVIDA. En consecuencia, ordenó a la entidad accionada el reintegro de la accionante en el cargo que venía desempeñando, o en uno de igual jerarquía, y a que se pagaran todos los salarios y demás emolumentos y prestaciones que resultaran en favor de ella. La orden impartida de hizo con fundamento en las consideraciones que a continuación se resumen:

\* Encontró probada la desviación de poder por parte de la entidad nominadora porque con la simple comparación de las hojas de vida de la actora y de quien la reemplazó en el cargo se denota que la accionante tenía una mayor idoneidad.

\* En lo concerniente a los traslados de dinero de la cuenta del Banco del Pacífico a otras cuentas bancarias, manifestó que: “quedó demostrado que fue una simple discrepancia lo que motivó el retiro de la demandante, pero que no ameritaba su retiro, y en caso tal, debió mejorarse el servicio, cosa que no ocurrió, como lo demuestra el acervo probatorio. La señora Martha Arenas Peinada protegió los intereses del Estado al trasladar las cuentas del Banco del Pacífico en mayo de 1999 (folio 224, cuaderno dos), ante la inminencia de su quiebra o insolvencia, que fue un hecho notorio...”.

\* El Tribunal agregó que le pareció extraño “que el Gerente de la Entidad, haya dicho que avaló el traslado de dinero del Banco del Pacífico, folios 470 y 471 del cuaderno número 2, pero sin embargo, posteriormente, él ordenó volver a depositar los dineros que se habían retirado del mencionado Banco, por orden de la Sub Gerente encargada; lo cual, en vez de aclarar, crea confusión, generando más dudas sobre los motivos valederos que motivaron la expedición del acto administrativo...”

\* Adicionalmente, esa Corporación judicial manifestó que los testimonios recaudados en el trámite del proceso contencioso administrativo “son unánimes en declarar que la actora era una excelente funcionaria, (fl 142) y que no se mejoró el servicio con su insubsistencia.”

\* En cuanto a las razones por las cuales se le solicitó en su oportunidad la renuncia a la accionante, el Tribunal manifestó que: “afirmó el entonces Gerente de la Entidad (fls. 129 a 136) que fue solicitada en forma protocolaria a todos los funcionarios según su dicho, por ser de libre nombramiento y remoción, porque el Gobernador (se refiere al de Cundinamarca) le solicitaba la renuncia protocolaria, cada seis meses, a los miembros del gabinete (fl 139 cuaderno principal). En este sentido, agregó el Tribunal, que lo anterior le parece una: “(c)uestión increíble pues la Sub Gerente Financiera no forma parte del gabinete departamental”

\* Con fundamento en uno de los testimonios recaudados en el proceso, en el que se manifestó que “la Secretaría de Hacienda les enviaba mensualmente oficios en donde recomendaba invertir en Bancos triple A. En ese sentido también aparece a folio 141, que el jefe de Control Interno solicitaba que se tomaran medidas inmediatas por parte de agencia que se encontraban en el BANCO DEL PACÍFICO, en razón de la crisis financiera que

se presentaba en Ecuador, que la doctora MARTA (sic)(se refiere a la parte demandante)de acuerdo a este oficio dio las instrucciones al tesorero para hacer todo el trámite financiero para sacar los dineros de ese Banco y pasarlos a otra Entidad a fin de prever el menoscabo del patrimonio público”, el Tribunal manifestó que la respuesta a uno de los hechos de la demanda en la que se manifestó que la accionante “se limitó a escuchar rumores y con base en ello obró sin fundamento propio. (folio 145 C.principal)”.

\* Finalmente, concluye el Tribunal, que “los antecedentes del acto administrativo y su expedición, sometido al control y decisión de esta jurisdicción, dibuja un panorama conmovedor, el cual no solamente se expidió con desvío de poder,- no se mejoró el servicio- y, a su vez, con falsa motivación, sino que estuvo bastante alejado de los Principios y Derechos Fundamentales consagrados en nuestra Constitución Política, como el respeto deferido a la persona humana en todas sus dimensiones, respeto al trabajo, a un orden justo, que son fundamento del ordenamiento jurídico.”

#### a. La impugnación de la EPS CONVIDA

La entidad demandada solicitó que se revocara el fallo de primera instancia porque consideró que las decisiones sobre el retiro de fondos del Banco del Pacífico fueron simples diferencias de criterio entre un gerente y su Subgerente financiero en virtud de las cuales se perdió la confianza que soportaba la relación laboral, lo que permitía el retiro mediante acto discrecional, teniendo en cuenta que la empleada era de libre nombramiento y remoción.

En lo concerniente a las calidades de quien reemplazó a la accionante en el cargo de subgerente financiero se considera que dicho acto no fue demandado, y, en consecuencia, al día de hoy goza de la presunción de legalidad. Adicionalmente que el nombramiento del reemplazo de la accionante se hizo de manera temporal en calidad de encargado porque no se podía dejar desprovisto el empleo y que quien lo ocupó era una persona de entera confianza del gerente general de la EPS.

Agregó que no hay relación de causalidad entre los traslados que se hicieron del Banco del Pacífico por parte de la doctora Arenas y su retiro del cargo porque su desvinculación se presentó con fundamento en la facultad discrecional de sus nominadores.

Mediante sentencia del 26 de abril de 2007, la Sección Segunda del Consejo de Estado decidió revocar el fallo de primera instancia. En dicho fallo el Consejo concretó el problema jurídico del caso en el hecho de saber si aparecía acreditado o no que la verdadera y exclusiva motivación del acto que declaró la insubsistencia de la demandante fue la necesidad de "...apartar de una vez por todas" a la accionante que nunca tuvo temor de manifestar con franqueza los riesgos que se corrían con la apertura de cuentas en una entidad que estaba en entredicho y que infortunadamente sufrió un descalabro económico con detrimento para la EPS CONVIDA

Los fundamentos de la sentencia se resumen a continuación:

\* En lo que tiene que ver con la facultad de los servidores públicos de alto nivel, el Consejo de Estado consideró que "deberán no solo compartir los objetivos sino el camino o caminos propuestos por quien los nombró para que lo ayuden en su tarea", y, adicionalmente si se presentan diferencias, "debe entenderse que tal disparidad de criterio afecta el servicio público y que por lo tanto ante la situación de insatisfacción y malestar que se pueda suscitar es indispensable que el nominador proceda a la reestructuración de sus cercanos colaboradores, para así nuevamente, obtener el control que le permita responder por la marcha de la organización que se le ha confiado."

\* En el mismo sentido el Consejo de Estado manifestó que el presente caso es un claro ejemplo en el que se hace evidente una diferencia de criterio sustancial entre el Gerente y la demandante (subgerente financiera) por cuestiones relativas al manejo de la entidad, específicamente en lo que tiene que ver con el manejo de los recursos. Razón por la cual se preguntó esa Corporación ¿a quién se nombró para dirigir a la entidad?, ¿quién debe responder por la gestión?, a estos interrogantes responde:

“(i)ndudablemente el Gerente. Por lo tanto, sin vacilación, la diferencia de criterio debe ser solucionada utilizando la facultad discrecional que la Ley y la Constitución ha previsto justamente para el efecto”

\* Para el Consejo de Estado “quien acepta y se posesiona en un cargo de libre nombramiento y remoción que haga parte de los empleados de dirección, se presume que asume el cargo con pleno conocimiento de que puede ser removido en situaciones como la que se presentó en el caso en estudio, sin su consentimiento, luego cuando se le pidió a la actora protocolariamente la renuncia no podía motivarla como lo hizo, pues generalmente la renuncia protocolaria se pide como un acto de elegancia y consideración hacia aquellos que ostentan cargos de dirección, pero ellos no pueden pretender permanecer en dichos cargos cuando no comparten las actuaciones de quien dirige la entidad” (negritas fuera del texto original de la sentencia)..

\* De otro lado, el Consejo de Estado advierte que si bien el Banco del Pacífico a finales de 1998 era uno de los que tenía resultados operacionales negativos dentro del sistema financiero, esa condición no le impedía a la EPS CONVIDA invertir los dineros allí, pues el Banco tenía una entidad de control propia como era la Superintendencia Bancaria.

\* Adicionalmente, el Consejo de Estado dio valor a las declaraciones del gerente Gallo en el sentido de que los recursos de la entidad no se podían manejar por noticias de prensa y por esta razón el 7 de abril de 1999, cerca de un mes después de la alarma, inició la colocación de nuevos recursos de CONVIDA en las cuentas del referido Banco. Esto es un argumento adicional por el cual el Consejo de Estado concluyó que existía una evidente disparidad de puntos de vista entre el gerente de la E.P.S. y la subgerente financiera, razón por la cual se le solicitó la renuncia protocolaria que fue presentada el 7 de abril de 1999, fecha que coincide con la del mismo día en que fue declarada insubsistente.

\* Respecto del fallo del a quo la máxima instancia administrativa cuestiona el hecho de haber tenido como probado un hecho que ocurrió a posteriori de la declaratoria de insubsistencia como fue el de la intervención del Banco del Pacífico por parte de las autoridades colombianas. Y es en ese momento que “comenzó a tenerse dicha circunstancia como razón confirmatoria de la eventual bondad de la medida cautelar tomada por la actora; a pesar de que , ubicado el acto de la actora el 7 de abril de

1999, la posibilidad de la intervención del ente de control para la administración o liquidación del Banco del Pacífico Colombia, sólo constituía un álea". Por lo anterior, concluyó el Consejo de Estado que "(n)o debe olvidarse el operador jurídico que el juicio de legalidad de los actos administrativos demandados debe obligatoriamente circunscribirse al momento y a las circunstancias que rodearon su resolución las cuales, en sentir de la Sala, tan solo obedecieron a la innegable diferencia de criterios entre el gerente de CONVIDA y la Subgerente Financiera."

\* Con fundamento en lo anterior el Consejo de Estado encontró que era relevante como juicio de legalidad del acto que se demandó, que el Gerente de la entidad tuviera un concepto diferente al de la actora en lo que tenía que ver con el manejo de los recursos de la entidad puesto que quien responde por el buen manejo de la entidad es el gerente y no su subalterna, por más capacitada que pudiera reputarse. Se reitera que la liquidación del Banco del Pacífico fue posterior a la declaratoria de insubsistencia de la demandante y que mal podría valorarse.

\* Se aclara también que el buen desempeño de la demandante cuando trabajó para la EPS no le otorga fuero de estabilidad, pues así lo ha dispuesto la jurisprudencia del Consejo de Estado, ya que en el cumplimiento de las funciones públicas o privadas, la confianza depositada en el subalterno, por aquel que lo nomina, es fundamental para el desarrollo de las funciones que se le han encomendado.

\* La Sala considera que la renuncia que la demandante presentó al Gerente de CONVIDA de manera motivada "constituyó una ruptura frente a las renunciaciones que antes y protocolariamente había presentado la actora, generando malestar en el equipo de trabajo. El hecho anterior sumado a su eventual recomposición de la cúpula directiva de la entidad que era del resorte de la Gerencia de CONVIDA - a la cual refieren algunos testimonios como el de Reina Amparo Gallego Balcázar y Luis Fernando Castillo Rosas (folios 140 y 173) constituyen otras razones válidamente atendibles por la Sala, completamente diferentes a la pretendida retaliación por la cual se cuestiona el acto demandado.

\* Se agrega, con fundamento también en los testimonios que si bien entre la actora y el nominador pudo haberse dado una controversia y disparidad de criterios, es necesario

precisar que a tal diferencia no puede atribuirse un interés malsano del gerente.

\* Frente a las gestiones que tuvo que adelantar la gerencia de CONVIDA con el fin de recuperar los dineros reinvertidos en el Banco del Pacífico, se encontró que la Contraloría decidió archivar la investigación que se adelantaba por este motivo porque pudieron recuperarse los dineros en su totalidad, gracias a las gestiones del gerente y de una decisión de tutela que así lo ordenó.

\* En cuanto a los cuestionamientos del por qué el gerente de la EPS CONVIDA había regresado los dineros al Banco del Pacífico, en cambio de dejarlos en donde la accionante los había trasladado, el Consejo de Estado manifiesta que “existía una meridiana y aceptable razonabilidad, práctica que la actora quiso a ultranza desconocer simplemente para legitimar su embate contra el acto de su insubsistencia...”. La razón de esta conclusión deriva del convenio que tenía el Banco del Pacífico con CONVIDA que disponía una atención preferencial para la EPS en las oficinas de la Gobernación de Cundinamarca, además de contar con desprendibles de egreso y chequeras gratuitas y reducción en la negociación de las remesas.

\* Finalmente y, en lo que tiene que ver con lo referente a que se desmejoró el servicio con la salida de la demandante, la máxima instancia de los contencioso administrativo concluyó que la persona que reemplazó provisionalmente a la accionante contaba con todas las calidades para ocupar esa posición gracias a que, según su hoja de vida, se demostró una experiencia de 10 años, 4 de los cuales habían sido cumplidos en el sector público, y contaba con el talento necesario para atender el manejo financiero de la entidad. La desmejora del servicio habría podido ser objeto de controversia si se hubiera recurrido a un extraño con un menor perfil de experiencia y formación profesional.

a. Salvamento de voto de la Consejera de Estado Bertha Lucía Ramírez de Páez a la Sentencia del Consejo de Estado del 26 de abril de 2007.

Para la Magistrada, en el caso en cuestión, sí existió una relación de causalidad entre el traslado de los dineros del Banco del Pacífico para otras entidades financieras, ordenado

por la señora Arenas Pineda con el fin de protegerlos de la crisis financiera y su declaratoria de insubsistencia. Agrega la magistrada que puede decirse, sin lugar a equívocos que “este fue el móvil de la separación del cargo”.

A juicio de la Consejera Ramírez, la conducta de la demandante fue meramente preventiva y, en consecuencia, la simple disparidad de criterios no puede entenderse como una afectación de la prestación del buen servicio, que conlleve al retiro del cargo por medio de la declaratoria de insubsistencia, “máxime si se tiene en cuenta que la prueba testimonial es acorde en reconocer que la demandante era una excelente e idónea funcionaria”.

Finalmente, la Consejera comparte el criterio del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en el sentido de haber entendido que se tipificó una desviación de poder en el acto de insubsistencia, porque no se probó la necesidad del servicio y la actora fue reemplazada por un ingeniero de sistemas que no tenía su misma trayectoria y experiencia en el manejo de las finanzas públicas.

### 3. La solicitud de amparo de los derechos fundamentales

La anterior exposición da cuenta de lo resuelto por la justicia administrativa frente a la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, agotada la vía ordinaria, la actora recurrió a la acción de tutela para que se tutelaran los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad, a una buena calidad de vida, a la salud, al trabajo, a la seguridad social, a los derivados por ser cabeza de familia y a la vida que, en su parecer, fueron vulnerados por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Adicionalmente, y como consecuencia del eventual amparo de sus derechos fundamentales enunciados, solicita que se deje sin efecto la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 26 de abril de 2007, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la actora en contra de la EPS CONVIDA.

Las anteriores solicitudes se sustentan en los siguientes argumentos:

a. El análisis del caso concreto en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se hizo sobre la aplicación de las disposiciones legales y de la sana crítica aplicada a todo el material probatorio obrante en el plenario.

b. El mismo Tribunal determinó que en la controversia entre la actora y la EPS CONVIDA existía un hecho notorio para acceder a las pretensiones de la demanda resultante del examen de su hoja de vida y de la persona que pasó a ocupar su lugar en la gerencia financiera de esa institución. Además, porque la declaratoria de insubsistencia ordenada por su superior se hizo con fundamento en una desviación de poder como quiera que no se mejoró el servicio.

Finalmente, el Tribunal encontró que existió nexo de causalidad entre el traslado de los dineros de la EPS del Banco del Pacífico a otras entidades financieras con la declaratoria de insubsistencia de la misma.

a. Contrario al razonamiento del Tribunal, el Consejo de Estado incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico, porque fue ajeno a toda la normativa referente a la valoración probatoria existente; además porque valoró arbitrariamente los hechos notorios, desconoció los medios de prueba que fueron valorados en la primera instancia, así como la jurisprudencia del mismo Consejo de Estado en cuanto a la desviación de poder y a la falsa motivación.

En criterio de la actora, la idoneidad y actuar responsable a favor de la EPS CONVIDA nunca fue tenido en cuenta por el Consejo de Estado, razón por la cual, la sentencia carece de un análisis crítico y justo.

#### 4. Contestación de la entidad accionada

En la contestación de la demanda el Consejo de Estado afirmó que la presente acción de tutela resulta improcedente porque este mecanismo constitucional procede de manera excepcional contra providencias judiciales y la excepción se presente cuando existe un “flagrante desconocimiento del ordenamiento, que trae como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales, de manera que la acción de tutela se

convierte en el medio idóneo para proteger estos derechos que han sido lesionados por un actuación irregular o una vía de hecho, con apariencia de providencia judicial”.

En el presente caso, lo que pretende la peticionaria es revivir el debate legal que ya se agotó y convertir la acción de tutela en una tercera instancia, lo que desnaturaliza su carácter excepcional y subsidiario.

## II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

### 1. Primera instancia

La Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante fallo del 31 de julio de 2008, decidió rechazar por improcedente la acción de tutela interpuesta por la actora, porque dicha Sección ha acogido la posición de la Sala Plena de esa Corporación y ha reiterado que el juez de tutela no puede, dentro de un proceso breve y sumario, revisar decisiones adoptadas por el juez natural de conocimiento porque con ello se quebrantarían los principios de cosa juzgada, la autonomía e independencia de las autoridades judiciales en la definición de sus procesos y la seguridad jurídica.

De conformidad con lo anterior, encuentra que la acción de tutela instaurada por el apoderado de la señora Martha Cecilia Arenas Pineda, orientada a controvertir y obtener la nulidad de la sentencia del 24 de abril de 2007, dictada por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, es improcedente y se debe rechazar.

### 1. Impugnación

El fallo mencionado en el numeral anterior fue impugnado por la accionante mediante escrito del 19 de agosto de 2008. En dicho memorial se manifiesta que el fallo de la Sección Quinta del Consejo de Estado desconoce el dolor y sufrimiento de quien, como en el caso de la actora, ha sufrido graves vulneraciones de sus derechos fundamentales al haber sido declarada insubsistente de su cargo, y con ello su derecho a la salud y a la subsistencia propia y la de su familia y otros derechos provenientes exclusivamente

de su renta de trabajo, único medio de vida de que disponía.

Lo anterior, por haber salvaguardado los dineros públicos destinados a la salud pública que estaban manifiesta e inequívocamente en riesgo de perderse por una crisis bancaria anunciada y efectivamente corroborada un mes y medio después de su retiro de la señora Arenas Pineda del servicio, con la intervención del Gobierno Nacional del Banco del Pacífico.

Agrega que el gerente de la EPS fue arbitrario y vulneró los derechos fundamentales, y que seguramente se estaba lucrando de una comisión por tener esos dineros de la salud expuestos a su pérdida, a cambio de una jugosa comisión.

Finalmente se reitera que la administración incurrió en una desviación de poder y falsa o falta de motivación palmariamente probadas en el proceso

## 1. Segunda instancia

La Sección Primera del Consejo de Estado, mediante fallo del 16 de octubre de 2008, decidió confirmar la providencia del 31 de julio del mismo año proferida por la Sección Quinta de esa misma Corporación, porque consideró que la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales tiene por finalidad la de salvaguardar el principio de seguridad jurídica.

A pesar de lo anterior, se ha aceptado la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales en los casos de violación del derecho de acceso a la administración de justicia cuando la persona afectada no tuvo siquiera la oportunidad de ingresar al proceso, pues en este caso no se quebranta la cosa juzgada ni la seguridad jurídica que caracterizan a las providencias judiciales que han puesto fin a un proceso, entendiendo la cosa juzgada como aquella que da a los fallos ejecutoriados el carácter de inmutables, indiscutibles y obligatorios.

Concluye la Sección que en el presente caso no se presenta la situación excepcional planteada porque la accionante no alega de manera alguna que se hayan pretermitido instancias procesales u oportunidades que le impidieran el acceso a la administración de

justicia o al debido proceso, sino que no está de acuerdo con la interpretación que de la ley hace la Sección Segunda del Consejo de Estado en la providencia acusada.

### III. CONSIDERACIONES

#### 1. Competencia.

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

#### 1. Problema Jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si la presente acción de tutela es procedente para controvertir la decisión judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 26 de abril de 2007 y si es positiva la respuesta, debe analizar si como lo afirma la accionante, la misma se encuentra viciada por un defecto fáctico al no haberse apreciado las pruebas con las que se dio solución a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada en contra de la EPS CONVIDA.

Con el fin de dar solución al caso concreto, la Sala comenzará por examinar (i) la jurisprudencia de esta Corte en cuanto a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; acto seguido se adentrará en el (ii) análisis de la jurisprudencia sobre la vía de hecho por defecto fáctico y, finalmente se entrará a la (iii) resolución del caso concreto.

#### 1. La acción de tutela y su procedencia excepcional contra providencias judiciales ejecutoriadas. Reiteración de jurisprudencia.

Como en múltiples oportunidades ha manifestado esta Corte, especialmente desde la

Sentencia C-543 de 1992, la acción de tutela resulta improcedente para controvertir decisiones judiciales. Esta posición quedó fijada desde el momento en que se declararon inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 (reglamentario de la acción de tutela) que disponían su procedencia. Ahora bien, a pesar de que la Corte fue enfática en ese planteamiento, en el mismo estudio de constitucionalidad de las normas mencionadas se dejó abierta la posibilidad de cuestionar la validez constitucional de las sentencias ejecutoriadas en los eventos en que éstas devengan en verdaderas vías de hecho judiciales.

Con fundamento en lo anterior, la Corte ha venido construyendo una doctrina constitucional en torno a las vías de hecho, al punto de que hoy en día se precisó el entendimiento de esta figura en un concepto que la jurisprudencia constitucional designa como “causales genéricas y específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales”. Dicho concepto fue expuesto en la sentencia C-590 de 20051

, en la que la Sala Plena de esta Corporación estableció el espectro de los requisitos que hacen viable acudir al juez constitucional con el objetivo de que haga un análisis de la sentencia ejecutoriada y determine si ella es contraria a los derechos, garantías y principios establecidos en la Constitución.

Esa providencia manifestó que, como regla general, la acción de tutela no es procedente contra providencias judiciales, en resumen por:

1. “El hecho que las sentencias judiciales constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales proferidos por funcionarios profesionalmente formados para aplicar la Constitución y la ley.”
2. “El valor de cosa juzgada de las sentencias a través de las cuales se resuelven las controversias planteadas ante ellos y la garantía del principio de seguridad jurídica.”
3. “La autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público inherente a un régimen democrático.”

Sin embargo, aunque la acción de tutela resulta improcedente contra esas providencias, ello no se opone a que en determinados supuestos excepcionales, ella sea procedente contra decisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales.

Con el fin de determinar si una acción de tutela encuadra dentro de las excepciones que la hacen procedente contra una decisión judicial, se dispuso que el juez constitucional analice, en primer lugar, unos requisitos de procedibilidad general, y una vez superados los primeros, deberá analizar unos específicos, que indicarán si la acción de tutela es procedente para controvertir una providencia judicial

Los requisitos de procedibilidad general son los siguientes:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.”

“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>3</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>4</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>5</sup>.”

“f. Que no se trate de sentencias de tutela<sup>6</sup>.”

En cuanto a los requisitos específicos, la Corte manifestó que estos buscan armonizar principios constitucionales en tensión a la hora de controvertir una determinada providencia judicial como son, de un lado, la cosa juzgada que implica seguridad jurídica y terminación judicial definitiva de las controversias y, de otro, la defensa de los derechos fundamentales afectados y la eficacia normativa superior de la Constitución.

Los requisitos específicos de procedibilidad son los siguientes:

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

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales<sup>7</sup> o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado<sup>8</sup>.

i. Violación directa de la Constitución.”

Lo anteriormente expuesto, resulta fundamental y será analizado por la Sala en la presente providencia al momento de resolver el caso concreto, puesto que lo que pretende la accionante Martha Cecilia Arenas Pineda en este caso, es controvertir una sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, por medio de la cual se revocó el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, Sección Segunda, Sala de Descongestión.

1. El defecto fáctico como causal de procedibilidad especial de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de Jurisprudencia

La garantía real y efectiva de los principios y derechos fundamentales es uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, tal y como lo dispone el artículo 2º de nuestra Constitución Política. Este postulado fundamental compete a los jueces de la República que deben, en todo momento, garantizarlo dentro de las etapas de cada uno de los procesos judiciales a su cargo.

Ahora bien, uno de los aspectos fundamentales para que el juez adquiriera certeza sobre los hechos que han dado origen a una determinada controversia, con el fin presentar una solución jurídica sobre la base de unos elementos de juicio sólidos, es el de la etapa probatoria, que en todo caso debe atenerse a los lineamientos constitucionales y legales. Al respecto esta Corporación hizo referencia en la Sentencia C-1270 de 2000:

“Parte esencial de dichos procedimientos lo constituye todo lo relativo a la estructura probatoria del proceso, conformada por los medios de prueba admisibles, las oportunidades que tienen los sujetos procesales para pedir pruebas, las atribuciones del juez para decretarlas y practicarlas, la facultad oficiosa para producir pruebas, y las reglas atinentes a su valoración.

(...) Aun cuando el artículo 29 de la Constitución confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y, por consiguiente, la estructura probatoria de los procesos, no es menos cierto que dicha norma impone a aquél la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria. En efecto, como algo consustancial al derecho de defensa, debe el legislador prever que en los procesos judiciales se reconozcan a las partes los siguientes derechos: i) el derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228); y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas

incorporadas al proceso.

(...) Siendo el proceso un conjunto sucesivo y coordinado de actuaciones en virtud del cual se pretende, hacer efectivo el derecho objetivo, restablecer los bienes jurídicos que han sido lesionados o puestos en peligro y garantizar los derechos fundamentales de las personas, resulta razonable que el legislador haya determinado unas oportunidades dentro del proceso en donde las partes puedan presentar y solicitar pruebas, y el juez, pronunciarse sobre su admisibilidad y procedencia, e incluso para ordenarlas oficiosamente y, además, valorarlas.”

De conformidad con lo anterior, debe entenderse que el desarrollo del despliegue probatorio debe atender a los parámetros relativos al debido proceso, puesto que de contravenirse este derecho se incurriría en un defecto fáctico, que ha sido entendido por esta Corte como una anomalía protuberante y excepcional que puede presentarse en cualquier proceso judicial y se configura cuando “el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado.”<sup>9</sup>

El análisis del concepto de vía de hecho por defecto fáctico fue ampliamente desarrollado, entre otras, en la sentencia T-902 de 2005 en la que se estudió el caso de una accionante que solicitaba que se dejara sin efecto una providencia judicial de la justicia administrativa, porque dentro del análisis probatorio se omitió el estudio de dos pruebas fundamentales que de haber sido examinadas, habrían dado otro sentido al fallo. En dicha oportunidad, y acudiendo a la Sentencia de Unificación SU-157 de 2002, esta Corporación manifestó que a pesar de que los jueces tienen un amplio margen para valorar el material probatorio en el cual se debe fundar su decisión y formar libremente su convicción “inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (Arts. 187 CPC y 61 CPL)<sup>10</sup>”, dicho poder jamás puede ejercerse de manera arbitraria.

Igualmente se expuso, que la valoración probatoria implica para el juez: “la adopción de criterios objetivos<sup>11</sup>, no simplemente supuestos por el juez, racionales<sup>12</sup>, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos<sup>13</sup>, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas.”<sup>14</sup>

En cuanto a las dimensiones que puede revestir el defecto fáctico, esta Corporación ha precisado que se pueden identificar dos:

\* La primera corresponde a una dimensión negativa que se presenta cuando el juez niega el decreto o la práctica de una prueba o la valora de una manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración<sup>15</sup> y sin una razón valedera considera que no se encuentra probado el hecho o la circunstancia que de la misma deriva clara y objetivamente<sup>16</sup>. En esta dimensión se incluyen las omisiones en la valoración de las pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez.

\* La segunda corresponde a una dimensión positiva que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución.

Con fundamento en las situaciones anteriores, en la Sentencia T-902 de 2005 y sobre el análisis jurisprudencial de los casos que antecedieron al mismo, se establecieron algunos eventos que darían lugar a la interposición de acciones de tutela contra providencias judiciales por configurarse una vía de hecho por defecto fáctico. Dichos eventos son<sup>17</sup>:

“El primero, por omisión: sucede cuando sin razón justificada el juez se niega a dar por probado un hecho que aparece claramente en el proceso. Nótese que esta deficiencia probatoria no sólo se presenta cuando el funcionario sustanciador: i) niega, ignora o no valora arbitrariamente las pruebas debida y oportunamente solicitadas por las partes, sino también cuando, ii) a pesar de que la ley le confiere la facultad o el deber de decretar la prueba, él no lo hace por razones que no resultan justificadas. De hecho, no debe olvidarse que aún en los procesos con tendencia dispositiva, la ley ha autorizado al juez a decretar pruebas de oficio<sup>18</sup> cuando existen aspectos oscuros o dudas razonables que le impiden adoptar una decisión definitiva. Pero, incluso, existen ocasiones en las que la ley le impone al juez el deber de practicar determinadas pruebas como instrumento válido para percibir la real ocurrencia de un hecho.”

A título de ejemplo, “en la sentencia T-949 de 2003, en la cual se encontró que el juez de la causa decidió un asunto penal sin identificar correctamente a la persona sometida al proceso penal, y que además había sido suplantada. La Sala Séptima de Revisión concluyó que correspondía al juez decretar las pruebas pertinentes para identificar al sujeto activo del delito investigado y la falta de ellas constituía un claro defecto fáctico que autorizaba a ordenar al juez competente la modificación de la decisión judicial. En el mismo sentido, la sentencia T-554 de 2003, dejó sin efectos la decisión de un fiscal que dispuso la preclusión de una investigación penal sin la práctica de un dictamen de Medicina Legal que se requería para determinar si una menor había sido víctima del delito sexual que se le imputaba al sindicado. Igualmente, en sentencia T-713 de 2005, la Sala Quinta de Revisión declaró la nulidad de una sentencia de segunda instancia porque el juez no se pronunció respecto de la solicitud de práctica de pruebas que el actor había formulado en ese momento procesal.”

A este tipo de defectos se refieren sentencias como la “T-808 de 2006, por medio de la cual la Sala Tercera de Revisión dejó sin efectos un fallo proferido por un juzgado de familia que otorgó permiso de salida del país a una menor, porque valoró de manera incompleta y parcial pruebas determinantes para adoptar la decisión. De igual forma, la sentencia T-1103 de 2004, declaró la nulidad de un auto que admitió la demanda de interdicción judicial por demencia sin el certificado médico que lo acredite que es la prueba insustituible para el efecto, pero con la valoración de otras pruebas (testimonios y un historial de tratamientos de hospitalización de varios años atrás) que no son relevantes en ese momento procesal.”<sup>20</sup>

Lo anterior resume la manera como la Corte ha entendido el defecto fáctico y, en consecuencia le corresponderá a los jueces constitucionales examinar, en cada caso concreto, si el error en el juicio de valoración de la prueba es de tal alcance “que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia.”<sup>21</sup>

Las anteriores consideraciones servirán de fundamento para entrar a analizar el caso concreto que ocupa a esta Sala, tal y como a continuación se expone.

## 5. El caso concreto

La accionante solicita que por medio de la presente acción se tutelen sus derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad, a una buena calidad de vida, a la salud, al trabajo, a la seguridad social, y a la vida que, en su parecer, han sido vulnerados por la Sección Segunda del Consejo de Estado al haber incurrido en un defecto fáctico, por no haber valorado algunas pruebas que obran en el proceso.

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado, entidad accionada en el presente asunto, manifestó que la presente acción de tutela resultaba improcedente porque, a pesar de que ella procede de manera excepcional contra providencias judiciales, en el presente caso lo que pretende la accionante es convertir la tutela en una tercera instancia para revivir el debate legal que ya fue agotado mediante el ejercicio de la acción contenciosa.

Con el fin de dar solución al caso concreto, la Sala empezará por analizar la procedencia de la presente acción de tutela contra la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 26 de abril de 2007, con fundamento en los parámetros establecidos para ello por la jurisprudencia de esta Corte y que fueron explicados en el numeral 3 del capítulo III de la parte considerativa de esta providencia.

Como arriba se vio, la acción de tutela no es un mecanismo previsto para controvertir las providencias judiciales, téngase en cuenta que, la regla general es la improcedencia de las acciones de tutela contra ellas, y sólo por excepción, dichas controversias pueden ser solucionadas si se cumplen ciertos requisitos que ha trazado la jurisprudencia de esta Corte.

El primero de ellos hace referencia a la relevancia constitucional del asunto; es necesario anunciar que la accionante pretende la protección de sus derechos fundamentales a la administración de justicia, a la igualdad, a una buena calidad de vida, a la salud, al trabajo, a la seguridad social y a la vida que según su parecer han sido vulnerados por la Sección Segunda del Consejo de Estado. Al respecto, la Sala encuentra que como se pretende el amparo de derechos fundamentales por un defecto de la sentencia de la justicia contencioso administrativa, el asunto sí adquiere una connotación relevante a nivel constitucional; sin embargo, el solo hecho de que se pretenda el amparo

de dichos derechos es insuficiente para que por sí sola la acción de tutela sea procedente.

En cuanto a que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, la Sala encuentra que se evacuaron las dos instancias legales en el proceso de nulidad y en la actualidad no existen recursos extraordinarios para controvertir esa decisión, razón por la cual se da por cumplido el requisito.

Frente a la inmediatez en la interposición de la acción de tutela respecto del hecho que origina la vulneración, encuentra la Sala que la Sentencia que presuntamente vulnera los derechos fundamentales de la actora se profirió el 26 de abril de 2007 y se surtió su notificación por medio de edicto el 3 de agosto de 2007, tal y como consta en el reverso del folio 115 del cuaderno de primera instancia de la presente tutela. Ahora bien, la acción de tutela que pone de presente la vulneración de los derechos fundamentales de la actora se presentó el 20 de mayo de 2008, de conformidad con el acta individual de reparto que figura a folio 196 del cuaderno de primera instancia. Para la Sala el tiempo transcurrido entre el hecho y la interposición de la acción de tutela, de 9 meses y 17 días, resulta prudencial y por lo tanto se entiende cumplido este requisito.

Ahora bien, como arriba se examinó, se requiere igualmente que si se trata de una irregularidad procesal, quede claro, que la misma tiene un efecto decisivo en la sentencia que se impugna y afecta los derechos fundamentales de la actora. Al respecto se tiene que la actora manifestó en la acción de tutela que el defecto fáctico en que incurrió el Consejo de Estado fue la indebida apreciación de las pruebas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho lo que llevó a que se revocara la decisión del Tribunal Superior de Cundinamarca en el que según ella sí se tuvieron en cuenta todas las pruebas del proceso. Para la accionante, de haberse apreciado en debida forma el acervo probatorio, se hubiesen valorado los hechos notorios y no se hubiesen desconocido los medios de prueba que sí fueron valorados en la primera instancia, y la decisión habría sido otra.

En lo relativo a la presunta irregularidad procesal, la Sala encuentra lo siguiente:

1. El fallo de primera instancia que decretó la nulidad del acto administrativo que declaró insubsistente al accionante concluyó que quedaba demostrado que lo que motivó el retiro de la actora de la EPS CONVIDA fue una simple discrepancia con el gerente; sin embargo, el Consejo de Estado al valorar los hechos de manera conjunta dedujo que como la actora no compartía los objetivos de la gerencia, esa disparidad afectaba al servicio público, razón por la cual, en ejercicio de la facultad discrecional, se le declaró insubsistente.

Lo anterior demuestra que entre el a quo y el ad quem existió una valoración distinta de las pruebas, pero en ningún momento, como lo pretende hacer ver la accionante, existió una omisión de la valoración probatoria.

1. En el fallo del Consejo de Estado se critica que el Tribunal haya tenido en cuenta el hecho de que el Banco del Pacífico fuera intervenido unos meses después de la declaratoria de insubsistencia del accionante. Allí se explicó que ese tipo de eventos no eran susceptibles de valoración a la hora de examinar la legalidad del acto administrativo de desvinculación porque el juicio de legalidad se debe circunscribir obligatoriamente a las circunstancias que rodearon la expedición de la Resolución de insubsistencia.

1. Igualmente, en cuanto al desempeño y la buena hoja de vida de la accionante, el Consejo de Estado manifestó que eso no era óbice para que el gerente de CONVIDA pudiera desistir de ella porque la relación laboral se debe fundamentar en una relación de confianza.

1. De los testimonios recaudados en el expediente, el Consejo de Estado dedujo que a pesar de que entre la actora y el nominador pudo haberse presentado una disparidad de criterios, esto no respondió a un interés malsano del gerente.

1. En lo relativo a que, con la salida de la accionante de su cargo en CONVIDA se había desmejorado el servicio, el Consejo de Estado encontró que la persona que reemplazó provisionalmente a la accionante, contaba con todas las calidades para ocupar esa

posición gracias que se encuentra demostrado en su hoja de vida, una experiencia de 10 años, 4 de los cuales habían sido cumplidos en el sector público.

Lo anterior lleva a concluir a la Sala, que si bien es cierto que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca falló en favor de la actora la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, eso no es óbice para que el Consejo de Estado, como segunda instancia natural de los fallos del Tribunal, no pudiera analizar la demanda sobre la base de una valoración probatoria propia. Ahora bien, esta Sala estima que los argumentos expuestos por parte del Consejo de Estado son claros y responden a una valoración lógica y concatenada de las pruebas que obran en el expediente contencioso administrativo. En suma, no existió un defecto fáctico, tal y como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corte (ver numeral 4 del capítulo tercero de la parte considerativa de esta providencia).

Adicionalmente, es necesario aclarar que no constituye una vía de hecho cualquier discrepancia con el fallo de primera instancia; lo verdaderamente reprochable hubiese sido que se dejaran de valorar algunas pruebas, conducta en la que no incurrió el Consejo de Estado en el presente asunto.

Ahora bien, en cuanto a la identificación razonable de los hechos que generaron la vulneración, la Sala encuentra que la actora hizo una exposición aceptable de ellos, pero a pesar de esto, no se logró demostrar ninguna irregularidad procesal en el trámite de la segunda instancia en el Consejo de Estado tal y como se examinó en los párrafos precedentes.

Finalmente, en lo que tiene que ver con que esta acción de tutela no pretenda atacar una sentencia de tutela, la Sala encuentra que la providencia judicial que se pretende controvertir la actora corresponde a la jurisdicción contenciosa, razón por la cual este requisito se debe dar por cumplido.

## Conclusión

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de esta Corte Constitucional considera que la presente acción de tutela, que se dirige a atacar la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 26 de abril de 2007, en la que se decidió revocar el fallo del

Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, es improcedente a la luz de los parámetros fijados por la jurisprudencia de esta Corporación y, en consecuencia, se confirmará el fallo de Tutela de segunda instancia proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado, del 16 de octubre de 2008.

#### IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE

Primero. CONFIRMAR en su totalidad la sentencia adoptada el 16 de octubre de 2008 por la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante la cual se confirmó la providencia del 31 de julio de 2008 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la que se decidió rechazar por improcedente la presente tutela.

Segundo. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada (e)

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con aclaración de voto

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

## Secretaria General

En dicha providencia se plantearon seis puntos fundamentales que sustentaron la posición de la Corte respecto del establecimiento de las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. En primer lugar, la interpretación literal de los artículos 86 de la Carta, 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con lo cuales los Estados deben garantizar el acceso a un recurso breve, informal y rápido para la defensa de los derechos fundamentales de las personas cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, dicho recurso incluye, por su puesto a los administradores de justicia; En segundo lugar, se efectuó una interpretación histórica del artículo 86 de la Constitución acudiendo a las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente que dio origen a nuestra actual Carta Política. Allí se pudo concluir que el constituyente derivado no quiso limitar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, eso se demuestra porque en las discusiones al respecto, la ponencia que establecía la limitación de la acción de amparo en esos casos, fue derrotada. En tercer lugar, se manifestó que en las Constituciones con eficacia normativa como la Colombiana (artículo 4º), la tutela contra sentencias juega un papel preponderante, pues de esta forma se asegura la sujeción de todos los órganos del Estado a los mandatos superiores. En cuarto lugar se expuso la garantía última de defensa de los derechos fundamentales encuentra lugar en el ejercicio de la acción de tutela contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política y, adicionalmente porque se considera que “es el mecanismo máspreciado para actualizar el derecho y nutrirlo de los valores, principios y derechos del Estado Social y Democrático de Derecho”. En quinto lugar, se concluyó que la acción de de amparo deviene en un mecanismo de unificación de la jurisprudencia constitucional por vía del control constitucional difuso. Finalmente y en sexto lugar se manifestó que el principio de seguridad jurídica únicamente puede soportarse en la medida en que derive de actuaciones judiciales legítimas y razonables desde el punto de vista constitucional.

2 Sentencia T-504/00.

3 Sentencia T-315/05

4 Sentencias T-008/98 y SU-159/2000

5 Sentencia T-658/98

6 Sentencias T-088/99 y SU-1219/01

7 Sentencia T-522/01

8 Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

9 En cuanto a las vías de hecho por defecto fáctico, hoy causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales por defecto fáctico, se pueden consultar las siguientes sentencias de esta Corte, a saber: T-231 de 1994, T-567 de 1998, T-260 de 1999, M. P., T-488 de 1999, T-814 de 1999, SU-159 de 2002, T-408 de 2002, T-550 y T-901 de 2002, T-054 de 2003, T-359 de 2003, T-382 de 2003, T-509 de 2003, T-554 de 2003, T-589 de 2003, T-923 de 2004, T-902 de 2005, T-1285 de 2005, T-171 de 2006, T-458 de 2007, T-916 de 2008, entre otras.

10 Corte Constitucional, Sentencia T-949 de 2003.

11 Cfr. sentencia SU-1300 de 2001 en la que la Corte encontró perfectamente razonable la valoración de las pruebas que hizo el Juez Regional en la sentencia anticipada. El Juez no omitió ni ignoró prueba alguna, ni dio por probado un hecho sin fundamento objetivo. “El hecho de que el incremento patrimonial no justificado del procesado, se derivó de actividades delictivas se probó a través de la confesión de {varios testigos}, y de un conjunto concurrente de indicios, entre los cuales sobresale el hecho de que las cuentas en las cuales se consignaron la mayoría de los 23 cheques recibidos por el peticionario, fueron abiertas por él usando información falsa y las fotocopias de las cédulas de sus empleados que aparecían en los archivos de las empresas constructoras de la familia”.

12 Cfr. sentencia T-442 de 1994.

13 Cfr. sentencia T-538 de 1994. En esa oportunidad se le concedió la tutela al peticionario por la indebida apreciación que hace el juez de la conducta asumida por una de las partes, que se atuvo a la interpretación que de unos términos hizo el secretario

del juzgado, que le lleva a negarle la interposición de un recurso del que depende la suerte del proceso penal.

14 Cfr. Sentencia SU-157-2002.

15 Cfr. sentencia T-239 de 1996. Para la Corte es claro que, “cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela. La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria”.

16 Cfr. sentencia T-576 de 1993.

17 Corte Constitucional, Sentencia T-417 de 2008. Adicionalmente, estos eventos también fueron citados de manera resumida en la Sentencia T-916 de 2008 de esta Corte al estudiar el caso de un accionante que manifestó la vulneración al debido proceso y la existencia de una vía de hecho por defecto fáctico ocurrido en un proceso de cesación de los efectos civiles del matrimonio católico, por efecto de haber tenido como prueba unos correo electrónicos que le fueron presentados en un interrogatorio de parte sin que se hubiese recaudado la prueba en forma legal. En esa oportunidad, la Corte ordenó revocar los fallos de instancia y excluir del análisis probatorio del proceso los correos electrónicos que se tenían como prueba, porque el recaudo de esas pruebas vulneraron los derechos fundamentales del actor a la intimidad, debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia. En esa oportunidad también se que la Acción de tutela era procedente para atacar las decisiones judiciales porque se había incurrido en un defecto fáctico.

18 Los artículos 180 del Código de Procedimiento Civil, 54 del Código Procesal del Trabajo y 169 del Código Contencioso Administrativo autorizan la práctica de pruebas de oficio. Obviamente esta facultad dependerá de la autorización legal para el efecto, pues

en el caso, por ejemplo, de lo dispuesto en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, según el cual el juez penal de conocimiento no puede decretar pruebas de oficio en la etapa de juzgamiento, no es posible exigirle al juez algo distinto a lo expresamente permitido. En este aspecto, puede verse la sentencia C-396 de 2007.

19 *Ibíd.*

20 *Ibíd.*

21 Corte Constitucional, Sentencia T-442 de 1994.