

Sentencia T-553/12

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia

DEFECTO SUSTANTIVO-Characterización

EL PAPEL CONSTITUCIONAL DEL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LOS PROCESOS SOMETIDOS A SU CONOCIMIENTO Y SU RELACION CON LA JUSTICIA ROGADA

JUSTICIA ROGADA-Concepto

DEBER INEXCUSABLE DE MOTIVAR ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAN LA INSUBSISTENCIA DE TRABAJADOR NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Reiteración de jurisprudencia

REGIMEN ESPECIAL DE CARRERA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Deber de motivar actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES QUE DESCONOCEN EL DEBER DE MOTIVACION DE ACTOS DE RETIRO DE SERVIDORES PUBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES QUE NEGARON NULIDAD DE ACTOS DE DESVINCULACION-Procedencia para proteger derechos fundamentales al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia

SUCESION PROCESAL-Finalidad

Referencia: expediente T-3402652.

Acción de tutela instaurada por Carmen Cecilia Álvarez Priolo y José Antonio Arnedo Álvarez contra el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil doce (2012).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas Silva en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo emitido por el Consejo de Estado Sección 2ª Subsección A, en el trámite de la acción de tutela incoada por Carmen Álvarez Priolo y José Antonio Arnedo Álvarez a través de apoderado judicial contra el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar.

I. ANTECEDENTES

La solicitud de amparo se fundamentó en los siguientes:

1. Hechos.

1.1 El Director Seccional de Instrucción Criminal y de Policía Judicial de Cartagena de Indias, nombró en propiedad a José Arnedo Pájaro en el cargo de Conductor Grado 6 de la Unidad Móvil de Criminalística del Cuerpo Técnico de Policía Judicial por medio de la resolución No 002014 del 6 enero de 19891. Al día siguiente de la expedición del mencionado acto administrativo el señor Arnedo se posicionó en propiedad para el cargo en el que fue nombrado2.

1.2 Posteriormente, mientras el señor José Arnedo Pájaro desempeñaba las funciones de su cargo, a través de la resolución No. 000001 de 1992 se ordenó su incorporación a la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación en el cargo de conductor grado 4, conforme lo dispuso el inciso 5 del artículo transitorio 27 de la Constitución Política de Colombia3.

1.3 La posesión del cargo se produjo el 30 de julio de 19924, sin que se inscribiera en carrera al peticionario o presentara el examen para acceder al empleo por medio de concurso. Por ende nunca fue inscrito en carrera administrativa y ocupó el empleo en provisionalidad.

1.4 Más adelante, mediante la resolución No- 0-0050 la Fiscalía General de la Nación homologó el cargo de conductor grado 4 que venía desempeñando el señor Arnedo, al de conductor grado 1, el cual continuó ejerciendo.

1.5 El señor Fiscal General de la Nación por medio de la resolución No. 0-0103 del 25 de enero de 2002 declaró insubsistente a José Arnedo Pájaro, sin que el acto administrativo contara con motivación alguna⁵.

1.6 Como resultado de lo anterior, el otrora servidor público presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa⁶, solicitando que se anulara el acto administrativo de insubsistencia por desviación de poder porque ocupaba el cargo de conductor grado 1 en propiedad, en carrera administrativa, de modo que su retiro del servicio debía producirse por destitución a través de sanción disciplinaria, y no como ocurrió, mediante un acto jurídico inmotivado.

1.7 Por medio de la sentencia del 23 de mayo de 2005, el juez Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena declaró la nulidad de la resolución que ordenó la insubsistencia del señor José Arnedo Pájaro, fundamentado en que la falta de motivación del acto administrativo vulneró el derecho al debido proceso, por lo que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional la administración extralimitó sus facultades discrecionales al expedir dicho acto jurídico. En consecuencia dispuso el reintegro del señor Arnedo al cargo que ocupaba con las correspondientes sumas dejadas de percibir por concepto de salario y prestaciones sociales⁷.

1.8 Apelada la decisión por la Fiscalía General de la Nación⁸, el 19 de Mayo de 2011 el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar revocó el fallo emitido por el a-quo⁹ señalando que éste sustentó la nulidad del acto administrativo en la inmotivación del mismo, pese a que esta razón no se presentó en la demanda, con lo que se quebrantó el principio de justicia rogada que rige el actuar de la jurisdicción contencioso administrativa¹⁰.

1.9 El demandante del trámite ordinario falleció el 7 de diciembre de 2010¹¹, es decir, 4 meses antes de que se adoptara la sentencia de segunda instancia, cuando el expediente se encontraba en el despacho para la elaboración de la providencia de fondo. Por ello, el 2 y 11 de marzo de 2011 Carmen Cecilia Álvarez Priolo y José Antonio Arnedo Álvarez, compañera permanente e hijo de José Arnedo Pájaro, solicitaron por medio de apoderado la sucesión

procesal, amparados en el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil y allegando documentos que demostraban el estado civil respectivo, como son las declaraciones extrajuicio y el registro civil de nacimiento¹². Sin embargo, el Tribunal accionado no se pronunció respecto de esa petición.

2 Solicitud de Tutela.

2.1 El 17 de noviembre de 2011, los señores Carmen Álvarez Priolo y José Antonio Arnedo Álvarez, a través de apoderado, instauraron acción de tutela contra la sentencia emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar, por considerar que esta autoridad judicial vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, la administración de justicia e igualdad, al incurrir en defectos por desconocimiento del precedente constitucional y exceso ritual manifiesto.

2.1.1 En primer lugar el abogado afirmó que en el presente asunto se configuran los requisitos generales de procedencia de tutela contra providencia judicial.

2.1.2 Respecto de los defectos específicos señaló el apoderado judicial que en el caso concreto se configura:

2.1.2.1 Un exceso ritual manifestó que infringió los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de los tutelantes, en la medida que el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar sacrificó el derecho sustancial por una norma procedimental. A juicio del apoderado este yerro se produjo al revocar la sentencia del a-quo del proceso contencioso porque ésta se basó en argumentos que no fueron expuestos en la demanda, lo que para el juez accionado implicó sobrepasar el principio de justicia rogada. Con ello, recalcó el representante de los petentes que “se renunció a buscar y obtener de las pruebas vertidas en el expediente, la verdad real y jurídica de lo acontecido, hechos demandados y probados, por extremo rigor de las normas procesales”.

2.1.2.2 Defecto por desconocimiento del precedente constitucional en razón a que el Tribunal Administrativo del Bolívar no atendió la sana y tranquila jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual señala que los actos que declaran insubsistentes a los funcionarios que

ocupen un cargo de carrera en provisionalidad deben ser motivados. Esta omisión vulneró el derecho a la igualdad del señor José Arnedo Pájaro debido a que la sentencia impugnada no se dirimió como en otras ocasiones teniendo en cuenta la jurisprudencia de esta Corporación.

2.1.3 Por lo anterior, el apoderado de los accionantes solicitó que se ordene la revocatoria de la sentencia de segunda instancia del proceso contencioso administrativo, expedida por el Tribunal Administrativo de Bolívar. Igualmente, pidió que se reconociera la sucesión procesal a Cecilia Álvarez Priolo y José Antonio Arnedo Álvarez, elemento sobre el cual no se pronunció el juez demandado.

3 Intervención de la parte demandada

3.1 Marcela López Álvarez, Magistrada del Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar, se opuso a la tutela argumentando que la conducta del Tribunal no constituyó ningún defecto que viciara la sentencia expedida por éste. Estimó que el juez colegiado actuó conforme al ordenamiento jurídico, incluyendo la jurisprudencia del Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Bolívar.

4 Intervención de tercero con interés.

4.1 Myriam Stella Ortiz Quintero, Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, solicitó negar la acción de amparo advirtiendo que la jurisprudencia de esta Corte en pronunciamientos reiterados ha precisado que las diferentes interpretaciones jurídicas sobre un tema específico no vulneran derechos fundamentales, pues hacen parte de la autonomía que tiene el juez al resolver los casos sometidos a su competencia. En este punto, cita in-extenso la jurisprudencia de ésta Corporación¹³.

Por tanto, pidió que se respete el precedente sentado por el Consejo de Estado¹⁴ el cual expresa que las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad no tienen estabilidad laboral alguna, de modo que su retiro del servicio puede hacerse de forma inmotivada.

5 Sentencia de tutela de primera instancia.

5.1 En sentencia proferida el 26 de enero de 2012, la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, decidió negar el amparo apoyándose en los siguientes argumentos:

5.1.1 En primer lugar, precisó que no se encuentra demostrada la calidad de sucesores procesales de los actuales demandantes en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, a pesar de que su apoderado solicitó el reconocimiento de tal calidad, puesto que la petición que no fue resuelta por el Tribunal Administrativo del Bolívar. Sin embargo, el juez de tutela de primera instancia tuvo por válidas las peticiones de la demanda de amparo, sin conceder la calidad de sucesores procesales a los peticionarios, al reconocerlos como agentes oficiosos de los derechos patrimoniales que se reclaman.

5.2 En segundo lugar respecto de la imposibilidad de realizar el análisis de un cargo que no fue incluido en el libelo demandatorio, el juez constitucional indicó que esta una posición formalista “pues se evidencia del anexo contentivo del proceso ordinario que tanto el libelista como la entidad demandada se refirieron a lo largo de sus alegaciones al tema de la falta de motivación del acto de insubsistencia del fallecido José Arnedo Pájaro”.

Bajo esta óptica, consideró que si bien es cierto que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es rogada, ello no impide que en aquellos casos en los que se vean comprometidos derechos fundamentales que obliguen al juez a desplegar medidas para su protección, deba guardar silencio, puesto que es deber del operador jurídico hacer uso de las facultades oficiosas para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia, siempre que se respete el derecho de defensa de la contraparte.

5.3 Pese a lo antepuesto, el a-quo del proceso constitucional manifestó que la decisión del Tribunal demandado no constituye una decisión arbitraria y es un desarrollo de la autonomía e independencia judicial, toda vez que no le era exigible el acatamiento del precedente constitucional que establece la obligación de motivar los actos administrativos de insubsistencia de los empleados nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera de la Fiscalía General de la Nación.

El mencionado deber de motivación solo es obligatorio a partir de la sentencia C-279 de 2007

y no de los fallos previos de tutela expedidos por la Corte Constitucional, porque los funcionarios del ente acusador pertenecen a un régimen especial al que no se les aplican las disposiciones de la carrera administrativa general. En este sentido, fue en la referida sentencia de constitucionalidad que la Corte atribuyó tal obligación a la entidad. Por tanto, en el caso concreto al ente acusador no le era exigible el deber de motivación de los actos de insubsistencia, en la medida en que la resolución que retiró del servicio al señor Arnedo Pájaro se expidió el 25 de enero de 2012.

5.4 El fallo de tutela no fue impugnado por ninguna de las partes.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN.

Competencia.

1. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Problemas jurídicos.

2. En el presente asunto le corresponde a la Sala establecer si el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de Carmen Cecilia Álvarez Priolo y José Antonio Arnedo Álvarez al revocar la sentencia de primera instancia, aduciendo una afectación al principio de justicia rogada porque no se alegó la falta de motivación del acto administrativo de insubsistencia como un cargo de nulidad en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por José Arnedo Pájaro.

Ahora bien, los peticionarios argumentaron en la demanda que el Tribunal accionado incurrió en un defecto por desconocimiento del precedente al no atender la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el deber de motivar los actos administrativos de insubsistencia de los empleados nombrados en provisionalidad para un cargo de carrera. No obstante, para la Sala es evidente que el Tribunal Contencioso de Bolívar no adoptó una decisión sobre este punto, pues omitió de analizar el fondo el asunto sometido a su competencia, comoquiera

que con sustento en la violación de la rogatividad de la jurisdicción contenciosa no entró a establecer si el precedente de esta Corporación en materia de la motivación de los actos de retiro del servicio de los funcionarios públicos era o no vinculante, y sí éste sería acatado o desconocido.

Por tanto, la Sala estudiará en el caso sub-judice la facultad del juez contencioso de alzada de revocar una sentencia con base en la conculcación del principio de justicia rogada, al anular un acto administrativo por un cargo que no se formuló en la demanda. Aun así, se referirá al desconocimiento de los fallos de la Corte que tratan sobre la motivación de los actos de insubsistencia de provisionales, solo para efectos de pedagogía constitucional.

Sin embargo, antes de examinar el anterior problema jurídico se deberá determinar si los accionantes están legitimados para presentar una acción de tutela contra una sentencia expedida en el marco de un proceso en el cual murió el demandante original, y en el que no se les reconoció formalmente como sucesores procesales.

3. Para abordar los problemas descritos, la Sala comenzará por reiterar la jurisprudencia en materia de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. En especial se referirá al error sustantivo. A continuación, hará referencia al papel constitucional del juez contencioso administrativo en los procesos sometidos a su conocimiento y su relación con la justicia rogada. Más adelante, recordará el precedente constitucional que ordena a la administración motivar los actos que declaren insubsistentes a los servidores públicos que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, haciendo énfasis en los empleados de la Fiscalía General de la Nación. Finalmente, llevará a cabo el análisis del caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

4. Esta Corporación ha señalado de forma reiterada¹⁵ que la acción de tutela es una herramienta procesal constitucional que tiene la finalidad de proteger los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular en determinados casos. Los jueces y toda corporación de justicia son autoridades públicas, de manera que sus decisiones son susceptibles de ser impugnadas por vía de amparo.

4.1. Precisamente, en desarrollo del principio de supremacía de la Constitución, todos los servidores públicos que ejercen funciones jurisdiccionales deben garantizar y proteger los derechos fundamentales de los sujetos procesales que intervienen en los diferentes procesos ordinarios. No se puede olvidar que la legitimidad del Estado Social de Derecho se concreta en el respeto de los derechos fundamentales de las personas. Por consiguiente, las normas de la Carta Política y, en especial, aquellas que prevén tales derechos, constituyen parámetros ineludibles para la decisión judicial.

4.2. La jurisprudencia de esta Corte ha establecido dos presupuestos básicos para determinar si una actuación judicial goza de compatibilidad constitucional, que consisten en: “(i) que el procedimiento surtido para adoptar una decisión haya preservado las garantías propias del debido proceso, de las que son titulares los sujetos procesales; y, (ii) que la decisión judicial sea compatible con el conjunto de valores, principios y derechos previstos por la Constitución” 16. Si la decisión judicial cuestionada acredita con suficiencia estos presupuestos de legitimidad, el juez constitucional se encuentra impedido para modificar la decisión. Si sucede lo opuesto el juez de tutela tiene la obligación de restituir y de preservar la eficacia de los preceptos constitucionales en el caso concreto.

De acuerdo con el estado actual de la jurisprudencia, la acción de tutela contra sentencias judiciales al ser excepcional, está dirigida a enfrentar aquellas situaciones en que la decisión del juez incurre en graves falencias -de relevancia constitucional- las cuales tornan la decisión incompatible con la Constitución. De ahí que, la tutela contra providencias judiciales se concibe como un “juicio de validez” y no como un “juicio de corrección” del fallo cuestionado. Esta premisa se opone a que se use indebidamente el amparo como una nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación del derecho legislado que dieron origen a la controversia, puesto que las partes cuentan con los recursos judiciales, tanto ordinarios como extraordinarios, para combatir las decisiones que estiman arbitrarias o que son incompatibles con la Carta Política. Sin embargo, no se desconoce que pueden subsistir casos en los que agotados dichos medios de defensa, persiste la arbitrariedad judicial; en esos especiales eventos se habilita el amparo constitucional.

Así las cosas, la tutela contra providencia judicial procede siempre que se constate la observancia de ciertos requisitos generales de procedencia y se evidencie al menos un defecto específico en los fallos objeto de amparo.

- “a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente 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.
- 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.
- d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.
- e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.
- f. Que no se trate de sentencias de tutela.”¹⁷

4.4. Una vez la acción de tutela promovida contra un fallo judicial ha superado este examen de forma completa, el juez constitucional tiene la facultad para analizar si en la decisión judicial se configura uno o varios de los requisitos especiales de procedibilidad, que no son otra cosa que los defectos en que puede incurrir la sentencia que se impugna, y que constituyen el centro de los cargos elevados contra la sentencia. Estos han sido sintetizados así:

- “a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al

margen del procedimiento establecido.

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

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

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.

i. Violación directa de la Constitución.”¹⁸

La Sala precisa que la obligación de los accionantes en una acción de tutela contra providencias judiciales se materializa en señalar con precisión cuales son los hechos vulneradores de sus derechos fundamentales, y no en etiquetar o establecer qué defecto constituye. Esto último, es competencia de la Corte Constitucional quien a partir del supuesto fáctico planteado en la demanda, tiene la competencia para determinar con precisión de qué irregularidad adolece el fallo impugnado.

Breve caracterización del defecto sustantivo.

4.5. La Corte ha definido el defecto sustantivo como la existencia de una falencia en una providencia judicial, originada en el proceso de interpretación o aplicación de las normas jurídicas por parte del juez natural. Sin embargo, para que se configure esta causal de procedencia, debe tratarse de una irregularidad de alta trascendencia, que signifique que el fallo emitido obstaculiza o lesiona la efectividad de los derechos fundamentales del accionante. 19 A partir de esta denotación, la jurisprudencia ha precisado los supuestos en los que una decisión judicial incurre en el yerro señalado, los cuales ocurren:

“(i) cuando la decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente , b) ha perdido su vigencia por haber sido derogada , c) es inexistente d) ha sido declarada contraria a la Constitución , e) a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación 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.

(ii) cuando pese a la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable o la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes o cuando en una decisión judicial se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial.

(iii) cuando no toma en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes.

(iv) la disposición aplicada se muestra, injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución.

(v) cuando un poder concedido al juez por el ordenamiento se utiliza “para un fin no previsto en la disposición”.

(vi) cuando la decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso.

(vii) cuando se desconoce la norma del ordenamiento jurídico constitucional o infraconstitucional aplicable al caso concreto.

(viii) cuando sin un mínimo de argumentación se desconoce el precedente judicial.

(ix) cuando el juez no aplica la excepción de inconstitucionalidad frente a una violación manifiesta de la Constitución”²⁰.

El papel constitucional del juez contencioso administrativo en los procesos sometidos a su conocimiento y su relación con la justicia rogada²¹.

5. El papel del juez²² en un Estado democrático de derecho ha cambiado la forma de entender el principio de justicia rogada, debido a que el funcionario judicial se convierte en un sujeto privilegiado o, en el canal autorizado para garantizar la efectividad de los derechos consagrados constitucionalmente.

De esta manera, la Constitución de 1991 encargó al juez ordinario la tarea de salvaguardar las garantías esenciales y de promover la primacía de la Carta Política. Así, en virtud del principio de justicia material la competencia del juez en un proceso no puede limitarse a lo alegado en la demanda. Éste cuenta con un rol activo dentro del trámite que lo identifica como el director del proceso, deber que se concreta en que el funcionario judicial actúe de forma diligente y eficiente. Por tal razón, su labor no puede ser paquidérmica, mecánica o concentrarse solo en la ley, sino que debe obedecer a una valoración integral y racional de los diferentes elementos que estén presentes al decidir un caso concreto, de modo que la decisión dictada goce de coherencia interna y externa²³.

5.1. Ahora bien, tradicionalmente se ha dicho que el principio de la justicia rogada rige el actuar de la jurisdicción Contencioso Administrativa y ha sido entendido en dos ámbitos que se encuentran conexos, que consisten en que: i) el juez no puede iniciar de oficio un juicio pues es el libelista quien debe identificar e individualizar el acto impugnado; y ii) el funcionario judicial se encuentra vinculado a lo solicitado en la demanda, de modo que en principio el fallador está impedido para estudiar temas y pronunciarse sobre puntos que no han sido planteados o sustentados por el actor. No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional flexibilizó dicha concepción, en aras de garantizar la supremacía constitucional, y con ello principios como la prevalencia del derecho sustancial y

la eficacia de los derechos fundamentales.

Vale resaltar que, la justicia rogada se aplica cuando un ciudadano solicita la nulidad de un acto administrativo y no cuando el objeto de la demanda es la declaratoria de responsabilidad del Estado o salvaguardar derechos colectivos o fundamentales en las acciones constitucionales, pues en ellas el juez contencioso aplicará el principio *iura novit curia*, que significa el juez conoce el derecho. Con este principio "el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aún cuando las partes no las invoquen expresamente"²⁴.

5.2. La rogatividad de la jurisdicción se positivizó en el numeral 4 del artículo 137 y en el 138 del Código Contencioso Administrativo que expresan respectivamente que cuando se demanda la nulidad de un acto el escrito debe incorporar la indicación de la norma infringida y el concepto de la violación de la misma, así como la determinación del acto jurídico objeto de dicha petición. Así, la pretensión fija el rumbo y el marco de actuación del proceso, sin que el juez administrativo pueda rebasarlo. A su vez, éste no controla la legalidad del acto demandado frente a la totalidad del ordenamiento jurídico positivo, sino respecto de los precisos cargos formulados por el demandante²⁵.

5.3. Este principio tiene justificación en las formas de expresión de la voluntad de la administración, con los cuales la administración pretende garantizar el interés general, que no puede entenderse por fuera del respeto de los derechos fundamentales de los asociados. De ahí que los actos jurídicos una vez expedidos conforme a las formalidades jurídicas y puestos en conocimiento de los ciudadanos, se presumen legales y cuentan con los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad, es decir, son obligatorios para sus destinatarios y pueden ser realizados materialmente aun contra la voluntad de éstos.

De lo expuesto, se concluye que es razonable exigir a los accionantes señalar la norma y el motivo de la violación cuando impugnen la legalidad de un acto administrativo. En efecto, si el acto jurídico es una expresión de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos, que se presume legal y es ejecutivo y ejecutorio, le corresponde a quien alega su carencia de legitimidad precisar la razón de su nulidad. En contraste, como lo estableció esta Corte en la sentencia C-197 de 1999 carece de razonabilidad que el juez contencioso tenga la obligación de buscar oficiosamente las causales de ilegalidad del acto administrativo, toda

vez que ello es en extremo difícil y en ocasiones imposible por las innumerables normas que regulan la actuación de la administración.

5.4. Ahora bien, el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha revaluado el concepto de justicia rogada de los argumentos formulados en la demanda por el actor a los planteados por el accionado en la contestación. Efectivamente, el máximo tribunal contencioso ha comprendido dentro de la órbita de decisión del juez administrativo lo debatido a lo largo del proceso por las partes e intervinientes.

5.4.1. Tal flexibilización de la rogatividad de la jurisdicción sucede porque la demanda y su contestación fijan el marco de la relación jurídico procesal. De esta manera, “el principio de justicia rogada, derivado del artículo 137, numeral 4, del Código Contencioso Administrativo, según el cual en toda demanda ante la jurisdicción administrativa relativa a la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de violación, implica una carga correlativa para el accionado, realizar en la contestación una exposición detallada y precisa sobre los hechos de la demanda y las razones de la defensa, conforme al artículo 144, numeral 2, del C.C.A”²⁶.

Conjuntamente en otras decisiones, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha encontrado decisiones de los jueces acordes al principio de la justicia rogada que sustentan la nulidad de los actos administrativos demandados, en los argumentos desarrollados a lo largo del proceso, y que además se encuentran presentes en las pruebas, sin que se hayan formulado de forma expresa en la demanda²⁷. Lo antepuesto faculta al funcionario judicial competente para declarar ilegal un acto jurídico por hechos y argumentos presentes en todo el expediente así no se hallen en el escrito contentivo de la demanda, pues es una obligación de insoslayable cumplimiento por virtud de lo dispuesto en los artículos 107 del C. C. A y 305 del C. de P. C., y en el inciso 1° del artículo 55 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que dispone textualmente lo siguiente: “Artículo 55. Elaboración de las providencias judiciales. Las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales”.

5.5. Por su parte, esta Corporación en la sentencia C-197 de 1999 determinó que “bajo la condición de que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun

cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el art. 4 de la Constitución”. La Corte advirtió dos supuestos en los que se flexibiliza el principio de justicia rogada, que consisten en: i) la violación de derechos fundamentales de aplicación inmediata del demandante; y ii) cuando el juez evidencia la incompatibilidad de una norma que deba aplicar con la Constitución.

En las dos hipótesis enunciadas se aplica directamente la Constitución Política, a través de la efectividad de los derechos fundamentales. Ello es una actitud concordante con el papel del juez contencioso en el Estado Social Derecho, en la medida que debe realizar un análisis de legalidad y de constitucional del acto administrativo demandado.

En tal virtud, defectos como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido es fácilmente identificable por el juez, o el concepto de la violación insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad. Posiciones como estas descartan que en los juicios contenciosos prime un rigorismo procesal sobre el derecho sustancial.

5.5.1. La anterior regla ha sido acogida por el Consejo de Estado, quien ha criticado el tratamiento rigorista de los jueces respecto de los argumentos y de las pruebas, propio de la justicia rogada. Así, ha indicado que el mencionado principio encuentra una excepción en los casos en que se hallan de por medio derechos constitucionales fundamentales, evento en el cual se requiere un tratamiento judicial apropiado a la naturaleza especial de tales derechos, en el que es “deber del juez decidir por fuera de lo pedido, con el fin de garantizarle al demandante sus derechos sustanciales, los cuales deben prevalecer cuando los hechos expuestos en el libelo así lo determinen, de acuerdo con el viejo aforismo latino “Da mihi Factum, dabo tibi ius” (Dame los hechos y yo te daré el derecho)”²⁸.

Del mismo modo, ha aseverado que “el principio de la justicia rogada obedece a un criterio netamente positivista apoyado en la prevalencia de las fuentes del derecho radicadas principal y esencialmente en la Ley. No obstante, el artículo 228 de la Constitución, modificó esa concepción para apostar por el derecho sustancial como valor supremo en la aplicación del derecho, circunstancia fundante de nuestro orden jurídico que le obliga al Juez a tener

que adoptar un examen de contenido en los casos bajo su cuidado, de tal manera que logre armonizar con coherencia el poder regulador de la regla jurídica positiva y la vigencia sustantiva de los derechos, supuesto que evidencia una restricción al mentado principio de la justicia rogada restándole al Juez la facultad de advertir la vigencia del derecho pero al mismo tiempo negarlo por una circunstancia adjetiva imputable al apoderado de la actora; en otras palabras, las vicisitudes de la mera técnica procesal en la introducción de las demandas no pueden convertirse en un factor determinante para la suerte de los derechos, de no ser ello así, los ciudadanos están sometidos a un azar extraño a la razón y absolutamente distante de la justicia”²⁹.

5.6. En conclusión, el concepto de justicia rogada pasó de estar restringida a los cargos de violación presentados en la demanda por el accionante, a la relación jurídica procesal trabada entre las partes procesales, así como al material probatorio y los argumentos que se formularon en el proceso que se encuentra en el expediente. Igualmente, la rogatividad de la jurisdicción contenciosa se flexibiliza cuando: i) se vulneren los derechos fundamentales de aplicación inmediata del demandante; o ii) el juez evidencia la incompatibilidad de una norma que deba aplicar con la Constitución. En estos eventos en los que el juez contencioso tiene la competencia para declarar la nulidad de un acto administrativo por motivos diferentes a los planteados por el accionante aplicando directamente la Constitución.

La obligación de la administración de motivar los actos que declaran insubsistentes a los servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad. Régimen especial de la Fiscalía General de la Nación

6. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha recalcado la necesidad de motivación de los actos administrativos, a través de una línea jurisprudencial tranquila y reiterada en la que se ha expresado la obligación de la administración de sustentar los actos jurídicos que declaran insubsistente a los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad. Al mismo tiempo, ha expresado que la omisión a este deber vulnera el derecho de los administrados al debido proceso, pues debilita las posibilidades reales de cuestionar adecuadamente dichos actos administrativos.

El Tribunal Constitucional ha llegado a esta conclusión con base en el estudio que se enclava desde la fórmula política o cláusula del Estado Social de Derecho, la cual se define como la

“expresión ideológica jurídicamente organizada en una estructura social”³⁰, que individualiza un Estado le otorga una esencia y una labor a sus instituciones respecto de la sociedad. Sobre el particular, la Corte ha entendido que el lente a través del cual se examina la función pública “desde la perspectiva constitucional, [es] en clave de derechos fundamentales, [lo que] impone una interpretación sistemática de la cláusula del Estado Social de Derecho (art.1); el derecho a la igualdad (art.13); los derechos políticos de los colombianos (art.40.7); el establecimiento de funciones públicas mediante ley o reglamento y las limitantes para acceder a cargos públicos (art. 122 con su reforma mediante el A.L. 01 de 2009); la regla del ingreso a la carrera por concurso de méritos y el principio de igualdad de oportunidades (art.125); al igual que la creación de la Comisión Nacional del Servicio Civil (art.130)”³¹.

6.1. La motivación de los actos de insubsistencia tiene sustento en el artículo 125 de la Constitución de 1991, que expresa que el retiro de los empleados públicos del servicio Estatal se encuentra reglamentado en la Carta Política y en la ley, facultad que en principio no puede ejercerse sin sustento alguno. En el caso de los servidores públicos vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha establecido en numerosas oportunidades el inexcusable deber de motivación de dichos actos. “Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas”³².

La posición defendida por este Tribunal frente a la motivación de los actos administrativos de insubsistencia de los servidores públicos vinculados en provisionalidad, se fundamenta en:

i) El respeto de principios constitucionales como son el Estado de derecho, la garantía del derecho fundamental al debido proceso, los mandatos de optimización democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública; ii) la inexistencia de una norma de rango legal que faculte a la administración a inmotivar esta clase de actos, por eso, al no existir una ley específica debe remitirse al deber genérico de motivación emanado de la constitución; iii) como se dijo en el párrafo precedente las causales de retiro de los servidores públicos se encuentran reglados en la constitución y la ley, de modo que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un

cargo en provisionalidad. Cabe acotar que, “las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas por vía legal o constitucional”³³, de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato; y iv) ocupar un cargo en provisionalidad no significa convertir al servidor público en un empleado de libre nombramiento y remisión, por lo que no es aplicable la excepción a la motivación de la insubsistencia que utilizara para esta clase de cargos.

En síntesis, los empleados públicos que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad cuentan con el derecho de motivación de sus actos de retiro del servicio, comoquiera que ello constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera.

La Corte también ha precisado que el contenido de la motivación de los actos de insubsistencia de provisionales no es idéntico al utilizado por las autoridades en el caso de los empleados de carrera, para quienes la Constitución expresamente señala una causal de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. “Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa³⁴ o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, los cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, ‘la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados’”³⁵. De hecho, “lo jurídicamente relevante son las razones que se hacen ‘explícitas’ en el acto de retiro y su correspondencia con la realidad, en la medida en que son éstas las que constituyen la base objetiva para ejercer el control a la actividad de la administración³⁶, siendo completamente inadmisibles la teoría de la motivación ‘implícita’ de los actos administrativos”³⁷.

6.2. Conforme a la jurisprudencia de la Corte en los regímenes especiales de carrera³⁸ no se autoriza per se la desvinculación del servicio sin motivación de los actos. Resulta pertinente para el asunto que ahora ocupa la atención de la Corte referenciar el régimen especial de

carrera de la Fiscalía General de la Nación, institución en la que el nominador tiene el deber de motivar los actos de insubsistencia. Este precedente constitucional se fundamenta en el marco jurídico que rige la carrera administrativa especial de la Fiscalía, y se evidencia tanto en el control abstracto como el concreto de constitucionalidad.

6.2.1. La Constitución de 1991 en su artículo 253, le concedió al legislador la competencia de reglamentar la carrera administrativa especial de la Fiscalía General de la Nación. Empero, la misma Carta Política en su artículo transitorio 5 le otorgó la potestad al presidente de la República para expedir las normas que organizaran la referida institución, facultad que se materializó en el Decreto Ley 2691, El Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación. Este consagró un régimen de ingreso, manejo y retiro del empleo al interior del ente acusador, dentro del cual se resalta la autorización del artículo 73 de vincular excepcionalmente en provisionalidad³⁹ y el artículo 100-5 señaló que el retiro por “insubsistencia discrecional, procedía en los cargos de libre nombramiento y remoción”.

6.2.2. La Ley 270 de 1996 reiteró la naturaleza de carrera administrativa especial de la Fiscalía General de la Nación al establecer y señaló que este régimen se encuentra sujeto a los principios del concurso de méritos y calificación de servicios, “orientado a garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman” (art. 159), norma ésta declarada exequible por la Corte Constitucional⁴⁰. Del mismo modo, el Decreto Ley 261 de 2000 modificó el sistema de carrera al interior de esta institución y mantuvo en su artículo 117⁴¹ la posibilidad de vincular en provisionalidad.

6.2.3. Más adelante el legislador, a través de la Ley 938 de 2004, reguló la administración de personal y el régimen especial de carrera al expedir el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación. El artículo 70 autorizó el nombramiento excepcional en provisionalidad⁴², mientras que el artículo 73 estipuló el retiro de la carrera mediante acto motivado y, en los demás casos, en ejercicio de la facultad discrecional⁴³. Estas normas fueron objeto de control de constitucionalidad en la sentencia C-279 de 2007, oportunidad en la que la Corte las declaró acordes a la Carta Política bajo “el entendido de que en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera, el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas, en los términos del apartado 4 de esta sentencia”.

Al mismo tiempo, esta Corporación reiteró en el fallo de constitucionalidad las múltiples providencias de tutela que indicaron el deber de motivación de los actos de retiro de servidores vinculados en provisionalidad en cargos de carrera de la Fiscalía General de la Nación y sobre esa base condicionó la validez de las normas objeto de control. Por ello, tal obligación de motivación se extiende más allá de la sentencia C-279 de 2007, pues ha sido una posición uniforme en el precedente constitucional, lo que implica su acatamiento por las autoridades administrativas y judiciales.

6.3. Así las cosas, la línea jurisprudencial trazada en relación con el deber de motivación de los actos de retiro de servidores de la Fiscalía General de la Nación vinculados en provisionalidad, ha sido reiterada en pronunciamientos posteriores y recientes de esta Corporación, entre los cuales se resalta los fallos de Sala Plena SU-917 de 2010 y SU-691 de 2011⁴⁴. En las mencionadas providencias la Corte dejó sin efectos diversas sentencias de Tribunales Contenciosos y del Consejo de Estado que avalaron actos administrativos que de forma inmotivada declararon insubsistentes a funcionarios del ente acusador que, se encontraban nombrados en provisionalidad en cargos de carrera⁴⁵.

6.4. Conjuntamente, en el mencionado precedente la Corte ha enfatizado que la “falta de motivación de la declaratoria de insubsistencia de quien ejerce un cargo en provisionalidad conduce inexorablemente a la nulidad del acto por violación de normas superiores, en este caso de jerarquía constitucional, lo que de ordinario deberá ser reclamado mediante el uso de las acciones que para tal fin ha previsto el ordenamiento jurídico, particularmente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa”⁴⁶.

6.5. En suma, la jurisprudencia constitucional tanto en control abstracto como concreto ha reiterado la obligación de la administración -incluida la Fiscalía General de la Nación- de motivar los actos administrativos que declaren insubsistentes a los empleados nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, en la medida que hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. El incumplimiento de este deber acarrea la nulidad del acto administrativo, en razón a que vulnera directamente normas constitucionales.

Caso Concreto.

7. La demanda de los accionantes se fundamenta en que la providencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar conculcó sus derechos fundamentales, por cuanto: ii) revocó la sentencia del a-quo del proceso ordinario aduciendo que éste quebrantó el principio de justicia rogada, al declarar la nulidad del acto jurídico por inmotivación, una razón que no fue alegada expresamente en la demanda. Subrayan los petentes que el juez colegiado renunció a la justicia material por normas adjetivas y el rigorismo procesal; y ii) no atendió la jurisprudencia de la Corte que expresa la obligación de motivar los actos de retiro de los empleados provisionales en cargos de carrera.

7.1. En el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, se discute si el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a la administración de justicia de Carmen Cecilia Álvarez Priolo y José Antonio Arnedo Álvarez al revocar la sentencia de primera instancia aduciendo una afectación al principio de justicia rogada porque no se alegó la falta de motivación del acto administrativo de insubsistencia como un cargo de nulidad en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por José Arnedo Pájaro.

7.2. Ahora bien, como se mencionó los peticionarios argumentaron en la demanda que el Tribunal accionado incurrió en un defecto por desconocimiento del precedente. Sin embargo, para la Sala es evidente que el estudio de esta última irregularidad depende de la omisión del accionado de analizar el fondo el asunto sometido a su competencia. Por tanto, la Sala en el caso concreto estudiará el alcance que le dio el juez contencioso de alzada al principio de justicia rogada, fundamento con el cual revocó la sentencia de primera instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, y se referirá al desconocimiento de los fallos de la Corte que tratan sobre la motivación de los actos de insubsistencia de provisionales, solo para efectos de pedagogía constitucional.

7.3. Sin embargo, antes de analizar el anterior problema jurídico se deberá determinar si los accionantes están legitimados para presentar una acción de tutela contra una sentencia expedida en el marco de un proceso en el cual murió el demandante original, y en el que no se les reconoció formalmente como sucesores procesales.

Legitimación para instaurar la acción de tutela.

8. El señor José Arnedo Pájaro falleció meses antes del fallo impugnado emitido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, cuando el expediente se encontraba en el despacho para la elaboración de la sentencia. Incluso los peticionarios a través de su apoderado solicitaron el reconocimiento de la sucesión procesal allegando declaraciones extrajuicio y una copia del registro civil de nacimiento, postulación que no fue atendida ni resuelta por el juez colegiado accionado. Teniendo en cuenta los anteriores hechos, la Sala en este acápite determinará si los peticionarios están legitimados para instaurar una acción de tutela contra una sentencia expedida en el marco de un proceso en el cual murió el demandante original, y no se les reconoció formalmente como sucesores procesales dentro del mismo.

8.1. Para solucionar dichos cuestionamientos la Sala debe abordar la institución de la sucesión procesal, la cual se halla prevista en el artículo 60 del C. de P.C.⁴⁷ y consiste en que fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el curador. Así, conforme a la doctrina⁴⁸, esta figura procesal no constituye una intervención de terceros, sino un medio encaminado a permitir la alteración de las personas que integran la parte o quienes actúan en calidad de intervinientes. En estos eventos, en principio el fallecimiento de la parte actora no produce la suspensión o interrupción del proceso, ya que sus intereses los sigue defendiendo el apoderado o el curador, porque de conformidad con el inciso 5º del artículo 69 del C. de P.C. la muerte del mandante o la extinción de las personas jurídicas no pone fin al mandato judicial. En cambio, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 168 del C. de P.C. la muerte o enfermedad grave del apoderado judicial de alguna de las partes sí constituye causal de interrupción, lo cual no ocurrió en este caso.

Adicionalmente, se advierte que esta institución por ser un fenómeno de índole netamente procesal, tampoco modifica la relación jurídica material, por tanto, continúa igual, correspondiéndole al funcionario jurisdiccional pronunciarse sobre ella como si la sucesión procesal no se hubiese presentado. Por eso, la sucesión procesal no entraña ninguna alteración en los restantes elementos del proceso. Además, el sucesor queda con los mismos derechos, cargas y obligaciones procesales que su antecesor. Aunque, el sucesor tiene el deber adicional de presentarse al proceso para que el juez le reconozca su calidad.

8.2. En atención al caso concreto, la Sala verificó que el proceso contencioso con la muerte del señor José Arnedo Pajaro nunca se interrumpió o suspendió, pues se dictó la respectiva

sentencia. Empero el Tribunal no permitió la alteración de la parte del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, pese a la petición elevada por los hoy petentes.

Así las cosas, es claro que la muerte del señor José Arnedo Pájaro no modificó el estado de vulneración de su derecho fundamental el debido proceso al ser declarado insubsistente sin motivación alguna. Del mismo modo, tampoco mutó la relación jurídica sustancial en la que éste solicitaba la nulidad del acto jurídico que lo retiró del servicio y el restablecimiento de sus derechos como funcionario público. Es más, dicho deceso no exoneraba a que la sentencia se expidiera con el respeto a todas las garantías fundamentales y conforme al ordenamiento jurídico, que no es otra cosa que la salvaguarda del principio de legalidad, elemento integrante del núcleo esencial del derecho al debido proceso.

Por tanto, para la Corte es innegable que los peticionarios al tener la aptitud para ser reconocidos como sucesores procesales son titulares del derecho al debido proceso en el trámite contencioso adelantado por el señor José Arnedo Pájaro, pues la Corporación accionada independientemente de la muerte de éste debe expedir un fallo conforme a la constitución y la ley. Igual sucede con el derecho al acceso a la administración de justicia, toda vez que no se les permitió ni siquiera impugnar la decisión que les negara el reconocimiento de sucesores procesales conforme al inciso tercero del artículo 60 del C.P.C, en la medida que la decisión a impugnar no existió.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con los demás derechos fundamentales que tenía el señor José Arnedo Pájaro como son la estabilidad laboral o el mínimo vital, en razón a que ellos se extinguieron con su fallecimiento. Estas garantías no serán objeto de la revisión, gracias a que estas no serían trasladadas por la sucesión procesal de haberse reconocido. Al mismo tiempo, los petentes no podrían denunciar la violación de estos derechos como propia.

Por consiguiente, no puede la Sala negar la legitimidad por activa de la presente acción de tutela cuando la omisión para que se sustituyera al señor Arnedo Pájaro por su compañera permanente e hijo como parte procesal no fue causa de estos últimos sino de la Corporación demandada. De hecho, cumplieron con la carga de solicitar su reconocimiento de sucesores procesales anexando los respectivos medios probatorios. Entonces, no puede imputársele una omisión de la que no son responsables, pues ello implicaría reconocer y auspiciar la posible vulneración a derechos fundamentales.

8.3. En suma, Carmen Cecilia Álvarez Priolo y José Antonio Arnedo Álvarez están legitimados en la presente acción de tutela para solicitar el amparo de sus derechos al debido proceso y la administración de justicia respecto de la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Bolívar. El estudio de la acción solo procederá respecto de los derechos al debido proceso y administración de justicia, porque son los únicos de los que pudieron ser titulares los petentes de haberse concedido la sucesión procesal, ya que el juez debió respetarlos con independencia de la alteración de personas que constituyen la parte.

Verificación de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra la providencia judicial impugnada.

9. En primer lugar, con base en las circunstancias fácticas obrantes en el plenario, la Sala considera que la cuestión que se discute indudablemente es de relevancia constitucional, comoquiera que se encuentran en discusión los derechos fundamentales de Carmen Cecilia Álvarez Priolo y José Arnedo Álvarez como son el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, en el marco del proceso contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que se negaron las pretensiones del señor José Arnedo Pájaro.

9.1. En segundo orden, con relación al agotamiento de los recursos la Corte ha establecido que no es suficiente que exista otro mecanismo de defensa judicial para descartar la procedencia de la acción de tutela. Es preciso que el medio ordinario o extraordinario existente sea idóneo y eficaz, de modo que a través de él sea posible alcanzar la protección integral del derecho fundamental conculcado.

Frente a los medios de defensa judicial ordinarios, concluye la Sala que es evidente que los accionantes agotaron los que tenían a su alcance, pues para el momento de la instauración del recurso de tutela el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho había culminado con su fallo de segunda instancia emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Bolívar, providencia que no puede ser impugnada por recursos ordinarios (Folios 576- 601 Cuaderno 3).

Ahora bien, respecto de los recursos extraordinarios el único de éstos que finalmente procedería para atacar la sentencia del Tribunal demandado y salvaguardar los derechos fundamentales de los tutelantes, es el de revisión. No obstante, la Corte ha establecido reglas jurisprudenciales que permiten analizar si este medio de defensa judicial es idóneo y

eficaz, al punto que desplace el recurso de amparo, lo cual ocurre cuando: “a) la única violación alegada sea el derecho al debido proceso y, eventualmente, la de otros derechos que no tienen carácter fundamental, o b) cuando el derecho fundamental cuya protección se solicita sea susceptible de ser protegido de manera integral dentro del trámite del recurso, porque concurren en él (i) causales de revisión evidentemente dirigidas a salvaguardar dicho derecho, y (ii) en caso de prosperar el recurso, decisiones que restauran de forma suficiente y oportuna el derecho”⁴⁹.

Vale acotar que esta valoración debe realizarse tanto frente al Código Contencioso Administrativo el Decreto 01 de 1984 como al Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo la Ley 1437 de 2011, debido a que el término para la presentación del recurso extraordinario se inició con la vigencia del anterior estatuto y continuó con el nuevo. Aunque la herramienta procesal extraordinaria cuenta con una regulación idéntica en los estatutos mencionados con relación a su finalidad y las causales para su procedencia⁵⁰.

De esta manera, la finalidad del recurso responde a que se enmiende los errores o ilicitudes cometidas en la expedición de las sentencias ejecutoriadas, y se restituya el derecho al afectado a través de una nueva providencia fundada en razones de justicia material, que resulte acorde con el ordenamiento jurídico⁵¹. Respecto de las causales, esta Corporación en sentencia C-590 de 2009 precisó su contenido de la siguiente forma:

i) los numerales que se basan en ilegalidad, estos son los 1, 2 (parcial), 5 y 7 del C.C.A reproducidos en el 2, 1 (parcial), 4 y 3 del artículo 250 del CPACA respectivamente se fundan en la necesidad de obtener una sentencia conforme a derecho frente a la ocurrencia de hechos delictivos o fraudulentos que fueron determinantes para la adopción de la decisión; ii) las causales consagradas en los numerales 2 (parcial), 3 y 4 del C.C.A son idénticas a las contenidas en las enumeraciones 1 (parcial), 6 y 7 del CPACA, las cuales tienen como fin la corrección de errores generados por circunstancias no conocidas al momento de proferir la sentencia cuestionada, que de haberlo sido, hubiesen originado una sentencia distinta. Por último frente a las causales restantes, las establecidas en los numerales 6 y 8 del C.C.A que se hallan contenidas en los 5 y 8 del CPACA respectivamente afirmó: “la causal del numeral 6 busca restablecer el debido proceso, al permitir corregir una nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso que no era susceptible del recurso de apelación (...)”.

Mientras que “la causal del numeral 8 protege tanto el debido proceso como la intangibilidad de la cosa juzgada, desconocida con la sentencia que es objeto de revisión”.

El último grupo de causales no tienen la virtualidad de salvaguardar el derecho al debido proceso, toda vez que revocar una sentencia por una incorrecta apreciación en una vulneración al principio de justicia rogada o no resolver una sucesión procesal no implican una nulidad en la sentencia o desconocer la intangibilidad de la cosa juzgada producida en una providencia anterior que vincule al señor José Arnedo Pájaro y la Fiscalía General de la Nación respecto de un acto de insubsistencia del cargo de carrera que desempeñaba en provisionalidad.

Por lo tanto, para la Sala es evidente que exclusivamente con la intervención del juez de tutela en el presente caso se evitaría la configuración de un perjuicio a los derechos de los solicitantes, dado que no cuentan con ningún medio judicial para ampararlos.

9.2. En el caso sub-examine la tutela se presentó el 17 de noviembre de 2011, esto es, 4 meses contados a partir de la expedición de la sentencia de segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por José Arnedo Pájaro, el 21 de junio de 2011 (Folio 603 Cuaderno 3). Por ende, se entiende cumplido el requisito de inmediatez.

9.3. Frente al cuarto requisito, debe precisarse que en el caso concreto no se comprobó la existencia de una irregularidad procesal, por lo que este requisito no se estudiará en esta oportunidad.

9.4. Así mismo, el peticionario identificó claramente la violación a sus derechos fundamentales al debido proceso y a la acceso a la administración de justicia en que el tribunal demandado revocó la sentencia del a-quo aduciendo que la inmotivación de la insubsistencia no había sido alegada en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando ello fue objeto de discusión durante todo el proceso. Para finalizar, la Sala confirma que la presente acción no se eleva para enervar una sentencia de tutela.

9.5. Verificadas las reglas generales de tutela contra sentencias, se procede a estudiar las causales en sentido estricto, esto es, los defectos de relevancia constitucional que permiten dejar sin efecto una decisión judicial, en razón a que vulneran derechos fundamentales (Supra 4.1.2).

Configuración del defecto sustantivo.

10. Conforme a lo verificado en el expediente, la Sala encuentra que el argumento central para que el Tribunal Administrativo de Bolívar revocara la sentencia expedida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Cartagena responde a que éste declaró la nulidad del acto administrativo con fundamento en un cargo que no fue formulado en la demanda, como es la falta de motivación del acto de retiro de José Arnedo Pájaro del cargo de carrera que desempeñaba en provisionalidad dentro de la Fiscalía General de la Nación.

El juez colegiado accionado afirmó: “[de] lo argumentado por A quo se tiene que no se limito (sic) a los cargos de violación planteados en la demanda, toda vez que el actor no propuso el cargo de motivación del acto acusado por lo que yerra la prima (sic) instancia al conceder las pretensiones con base en este fundamento. Resultando imperioso recordar que la jurisdicción de los contencioso administrativo es rogada por lo que el análisis debe circunscribirse a los hechos, normas y concepto de violación expuestos en la demanda que se constituyen el marco de la litis, no siendo jurídicamente posible para el juzgador salirse de tales parámetros para analizar de manera oficiosa aspectos que no se plantearon en la demanda (...) En consecuencia, al estudiar el A quo un cargo que no fue planteado en la demanda y del cual se derivó la declaratoria de nulidad del acto acusado, vulneró el principio de justicia rogada, eje fundamental de la jurisdicción contenciosa”⁵². (Subrayado por fuera del original)

10.1. Como concluyó la Corte en la parte motiva de esta providencia, (supra 5.6) el concepto de justicia rogada se amplió de los cargos de violación presentados en la demanda por el accionante, a la relación jurídica procesal trabada entre las partes procesales, así como al material probatorio y los argumentos que se formularon en el proceso que se encuentran en el expediente. Igualmente, la jurisprudencia constitucional precisó que la rogatividad de la jurisdicción contenciosa se flexibiliza cuando: i) se vulneran los derechos fundamentales de aplicación inmediata del demandante; o ii) el juez evidencia la incompatibilidad de una norma que deba aplicar con la Constitución. En estos eventos el juez contencioso tiene la competencia para declarar la nulidad de un acto administrativo por motivos diferentes a los planteados por el accionante aplicando directamente la Constitución.

10.2. Para la Sala la sentencia impugnada incurrió en un defecto sustantivo porque adolece

de una falencia originada en el proceso de aplicación de las normas jurídicas que le dan contenido al principio de justicia rogada. Esta irregularidad es de tal trascendencia, que el fallo significó un obstáculo para la efectividad de los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia de los accionantes, en razón a que su asunto no fue estudiado de fondo.

Del mismo modo, dicho yerro no constituye un defecto procedimental como lo alegaron los peticionarios en la demanda de tutela, dado que el Tribunal Administrativo del Bolívar no se apartó del procedimiento establecido para emitir sentencia, ni colocó un ritualismo procesal para decidir el asunto puesto a su conocimiento. Lo que en realidad ocurrió, es que dejó de aplicar el marco jurídico que flexibiliza el contenido del principio de justicia rogada como son: i) las normas y principios constitucionales que obligan al juez a propender por la efectividad de los derechos fundamentales y la prevalencia del derecho sustancial; ii) los artículos 144 numeral 2 y 170 del Código Contencioso Administrativo, el 305 del Código de Procedimiento Civil, además del inciso 1º del artículo 55 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia; iii) la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre justicia rogada; y iv) la sentencia de constitucionalidad C-197 de 1999 proferida por la Corte Constitucional.

10.3. Siendo así, para la Sala el Tribunal Administrativo de Bolívar al expedir la sentencia impugnada incurrió en un defecto sustantivo al restringir el principio de justicia rogada a los cargos formulados en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando desde la propia Constitución ello ha sido reconsiderado. Esta irregularidad se materializa en tres de los eventos establecidos por la jurisprudencia de la Corte como defecto sustantivo, tal como se mostrará a continuación (supra 4.4).

10.3.1.1. En primer lugar no interpretó de forma sistemática el principio de justicia rogada ya que solo lo entendió a partir de una norma, en perjuicio de las disposiciones constitucionales y legales que le ordenaban examinar la totalidad de los argumentos planteados en el expediente y la vulneración a los derechos fundamentales del señor Arnedo Pájaro. De esta manera, cuando la Corporación accionada limitó la rogatividad a los cargos presentados en la demanda fundó su decisión en una interpretación no sistemática de la norma, reduciéndose solamente al numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso.

De ahí que no tuvo en cuenta que las disposiciones constitucionales que obligan al juez contencioso a buscar la justicia materia y la supremacía de la Carta Política (supra 5). Así mismo, desechó la premisa que afirma que la demanda y su contestación fijan el marco de la relación jurídico procesal (supra 5.4). De igual modo, pasó por alto que si bien el principio de justicia rogada obliga al demandante a señalar la norma violada y a explicar el concepto de la violación, también implica una carga correlativa para el accionado, que se concreta en realizar en la contestación una exposición detallada y precisa sobre los hechos de la demanda y las razones de la defensa, conforme al artículo 144, numeral 2, del C.C.A. (Supra 5.4.1).

Esta Corporación resalta que la entidad accionada en el proceso contencioso tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la inmotivación del acto de insubsistencia, en la medida que señaló en la contestación de la demanda que “en cuanto a la no motivación del acto, la declaratoria de insubsistencia de el demandante no necesitaba motivación, de acuerdo con lo establecido en artículo 26 del decreto 2400 de 1968”⁵³. Más adelante adujo que “la insubsistencia va acompañada de la presunción de que ella se produjo para mejorar el servicio. La discrecionalidad es una facultad que acompaña al nominador, cuando se trata de libre nombramiento y remoción, como en el caso del nombramiento en provisionalidad”⁵⁴. Así mismo manifestó que “destáquese en el presente, que el fin perseguido por el actor no es controvertir la Legalidad del Acto impugnado, sino la acusación gira alrededor de una presunta “DESVIACIÓN DE PODER, toda vez, que según su sentir éste, no fue producido en ejercicio de la Facultas legal Discrecional por razones del buen servicio, sino con fundamento en la arbitrariedad, desconociéndose por completo su buen desempeño dentro de la institución y omitiéndose Motivar la Resolución”⁵⁵. Incluso, en varios apartes de la contestación citó jurisprudencia del Consejo de Estado referente a la facultad de la administración para inmotivar los actos que declaren insubsistentes a los empleados que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera⁵⁶.

De igual forma, para la Corte el Tribunal accionado no valoró el principio de justicia rogada frente a otras normas que le ordenaban examinar para expedir sentencia definitiva los argumentos y los hechos alegados a lo largo del proceso (Supra 5.4.1). Este estudio completo del expediente es una obligación de insoslayable cumplimiento para el juez contencioso por virtud de lo dispuesto en los artículos 170 del C. C. A57, el 305 del C. de P. C58., y en el inciso 1° del artículo 55 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia⁵⁹, normas que

expresan que las sentencias deben ser motivadas con los hechos, pruebas y argumentos presentados en el desarrollo del trámite.

Todas estas referencias permiten afirmar a la Sala que era una obligación constitucional del juez contencioso expedir la sentencia teniendo como contenido relevante de la misma, la motivación de los actos de retiro de los empleados que ocupan un cargo carrera en provisionalidad, según lo establece el marco jurídico aplicable, que no solo se agotaba en numeral 4 del artículo 137 como lo pretendió el Tribunal accionado. Lo que es más importante, la Fiscalía General de la Nación tuvo la oportunidad de proponer sus argumentos frente al referido cargo de inmotivación del acto jurídico, por consiguiente en ningún momento se vulneró su derecho de defensa dentro de este proceso.

10.3.1.2. De similar forma, para la Sala es evidente que el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en el fallo emitido en mayo de 2011 no tomó en cuenta la sentencia C-197 de 1999, la cual definió el alcance del numeral 4 del artículo 137 del C.C.A, con efectos erga omnes (supra 5.5). Este proveído indicó que el carácter de rogada de la jurisdicción contenciosa se flexibiliza cuando se vulneran los derechos fundamentales del demandante o exista una incompatibilidad de una norma que debe aplicar el juez contencioso con la Constitución. Eventos en los que la nulidad del acto administrativo surge por aplicación directa de la Constitución, con independencia de los motivos planteados en la demanda (supra 5.5 y 5.6). De allí que, la Corporación hoy demanda no aplicó una disposición normativa relevante al asunto sometido a su conocimiento, que reconsidera el concepto de justicia rogada que utilizó.

De hecho esta Corporación precisa que no aplicar el mencionado proveído de constitucionalidad implica vulnerar derechos fundamentales de los demandantes de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como aconteció en el caso sub-judice, en razón a que el Tribunal accionado avaló una decisión de insubsistencia de la administración que conculcó el derecho de defensa de José Arnedo Pájaro.

10.3.1.3. Conjuntamente, la Corte considera que el Tribunal Administrativo de Bolívar desconoció sin un mínimo de argumentación el precedente judicial del Consejo de Estado que reconsidera el concepto de justicia rogada, al manifestar que éste se fundamenta en el legislador y en el derecho de defensa de los demandados. En efecto la corporación accionada

no atendió que la rogatividad debe comprenderse no solo la demanda, sino también su contestación y las premisas, pruebas además de los hechos puestos a disposición del juez a lo largo del proceso (supra 5.4). Este yerro implica que la sentencia incurrió en un defecto sustantivo por desconocer la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

Finalmente, para la Sala es innegable que el Tribunal accionado desconoció a tal punto el marco jurídico que le da contenido al principio de justicia rogada que como consecuencia de su restringida comprensión soslayó que en varios momentos procesales, las partes del procedimiento de nulidad y restablecimiento del derecho hicieron reiteradas referencias a la motivación del acto de insubsistencia de José Arnedo Pájaro.

Así, basta con revisar las alusiones que sobre el particular aparecen consignadas a folios 55 y 60 del cuaderno 2 del expediente de tutela, correspondientes al texto de la demanda ordinaria; los folios 133, 134 y 138 del mismo cuaderno y que corresponden al escrito de contestación de la demanda; las disquisiciones presentadas en los alegatos de conclusión del accionante que se encuentran en los folios 140, 142, 149, 150 y 154 del cuaderno 2 del expediente de amparo; las acotaciones que hace la entidad demandada en su alegato de conclusión y que aparecen a folios 160, 161 y 165 del mencionado cuaderno 2; memorial presentado por el apoderado del accionante del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho cuando el Juez Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena avocó conocimiento luego de la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos en el que se alega la inmotivación del acto cuestionado en los folios 174 a 181 del cuaderno 2 del expediente de tutela; y las referencias contenidas en el escrito de apelación por la Fiscalía General de la Nación que concentra su estudio en demostrar que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado no es necesario motivar los actos de retiro de los provisionales que obran a folios 485 a 495 del Cuaderno 3 del expediente de amparo.

10.4. La falta de motivación del acto jurídico que declaró insubsistente al señor José Arnedo Pájaro significó una vulneración al derecho al debido proceso conforme lo ha expresado la Corte Constitucional, puesto que no contó con los elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder (supra 5.5). Simultáneamente, con dicha ausencia se desconocieron normas constitucionales como son la

cláusula de Estado de Derecho, los principios democrático y de publicidad en las actuaciones de la administración.

De allí que para la Corte, el juez contencioso de primera instancia actuó conforme a la Carta Política y a la ley, sin violentar el principio de justicia rogada, ya que tenía la competencia para decretar la nulidad del acto administrativo impugnado en virtud de la garantía de los derechos fundamentales, incluso si ese cargo no se hubiese sido formulado a lo largo del proceso.

En contraste la Sala concluye, que el Tribunal accionado al revocar la providencia emitida por el a-quo omitió aplicar las normas constitucionales y legales, así como la ratio decidendi de la sentencia C-197 de 1999, con lo que vulneró la propia Constitución, al igual que pretermitió garantizar los derechos fundamentales del demandado. Sobre todo, soslayó que el incumplimiento del deber de motivación de los actos de retiro de los provisionales acarrea la nulidad del acto administrativo, en razón a que vulnera directamente normas constitucionales (supra 5.6). En efecto, el Tribunal Administrativo incurrió en un defecto sustantivo al no aplicar los alcances que le otorgaron el ordenamiento jurídico y esta Corte al numeral 4 del artículo 137, norma que contiene la institución de la jurisdicción rogada.

Esta Corporación reitera que no motivar los actos de retiro de los funcionarios que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad conlleva a desconocer la Carta Política y a vulnerar derechos fundamentales de los ciudadanos, por consiguiente dichos actos jurídicos están viciados de nulidad. Contrario a lo mencionado por las entidades demandadas y el juez de tutela de primera instancia, esta regla jurisprudencial es obligatoria para la administración y autoridades judiciales, comoquiera que el referido precedente se ha contenido en fallos de control abstracto y de tutela, siendo estos últimos igual de vinculantes que los primeros. De donde se sigue que, de desconocerse el precedente señalado en sentencias judiciales, éstas podrán ser atacadas a través de la tutela y dejadas sin efecto.

11. Como resultado de las consideraciones precedentes, esta Sala revocará la decisión del Consejo de Estado, que denegó el amparo constitucional, y en su lugar, concederá la protección de los derechos fundamentales invocados. Para tutelar el derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de los señores Carmen Cecilia Álvarez Priolo y José Antonio Arnedo Álvarez, se dejará sin efecto la sentencia proferida por el

Tribunal Contencioso Administrativo del Bolívar del 19 de mayo de 2011, y se le ordenará emitir un nuevo fallo en el que se tenga en cuenta las consideraciones de esta providencia.

III. DECISIÓN

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 26 de enero de 2012, de la Subsección A, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, de los señores Carmen Cecilia Álvarez Priolo y José Antonio Arnedo Álvarez.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Bolívar del 19 de mayo de 2011 en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por José Arnedo Pájaro contra la Nación, Fiscalía General de la Nación. En consecuencia, el Tribunal accionado deberá emitir un nuevo fallo en el que se tenga en cuenta las consideraciones de esta providencia, cuyo término no podrá exceder 40 días contados a partir de la notificación del presente proveído conforme lo dispone el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil.

Tercero.- LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, Notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Ausente con excusa

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

1 Folio 65 Cuaderno 2 del expediente de tutela.

2 Folio 66 Cuaderno 2 del expediente de tutela.

3 Folios 68-69 Cuaderno 2 del expediente de tutela.

4 Folio 71 Cuaderno 2 del expediente de tutela.

5 Folio 79 Cuaderno 2. del expediente de tutela.

6 Folios 51-64 Cuaderno 2 del expediente de tutela.

7 Folios 406 - 433 Cuaderno 3 del expediente de tutela.

8 Folios 485 - 433 Cuaderno 3 del expediente de tutela.

9 Folios 46-66 Cuaderno 4 del expediente de tutela.

10 Folios 576 - 601 Cuaderno 3 del expediente de tutela

11 Folio 572 Cuaderno 3 del expediente de tutela.

12 Folios 559-572 Cuaderno 3 del expediente de tutela.

14 Al respecto menciono las sentencia del Consejo de Estado Sala Plena de la Sección Segunda, Sentencia 13 de marzo de 2003 Radicación No. 76001-23-31-000-1998-1834-01, No. Interno 4972-01.C.P. Tarsicio Cáceres Toro; Sección Segunda Subsección B, sentencia del 21 de junio de 2007 C.P Jesús María Lemos Bustamante; Sección Segunda, Subsección A sentencia del 12 de marzo de 2009, radicación número: 76001-23-31-000-2000-05374-01 (5374-05)

15 Sentencias T-179 del 28 de febrero de 2003, MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-620 del 8 de agosto de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis; T-999 del 18 de septiembre de 2001, MP: Rodrigo Escobar Gil; T-037 del 30 de enero de 1997, MP: Hernando Herrera; entre otras.

16 Sentencia T-213 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

17 Sentencias T-808 de 2007 MP: Catalina Botero Marino, T-821 de 2010 M.P Nilson Pinilla Pinilla y T-513 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

18Ibídem.

19Sentencia T-717 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

20 Sentencia SU-448 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo.

21 La argumentación presentada en este acápite de la sentencia respecto de la justicia rogada se realiza tendiendo como fuente normativa de estudio el Código Contencioso Administrativo el Decreto 01 de 1984, pues si bien el estatuto no se encuentra vigente, fue bajo esta norma que el Tribunal Administrativo del Bolívar revocó la sentencia que hoy se acusa de vulnerar derechos fundamentales en mayo de 2011.

22 Este puede ser entendido como el conjunto de expectativas, valores y actitudes sobre las modalidades, cómo se comportan los jueces o se deben comportar. Marradi Alberto. Voz Sistema Judicial, en Norberto Bobbio, Nino Matteucci y Gianfranco Pasquino. Diccionario de política. Madrid. Edit. Siglo XXI 10ª ed. 1997. Pp. 1459.

23 Sentencia T-382 de 2010 .M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

24 Sentencia T-146 de 2010 y T-047 de 2011 M.P. M.P. María Victoria Calle Correa

25 Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Seccion Primera, Consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 11001-03-15-000-2001-0110-01(AI); Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Yesid Rojas Serrano. Expediente No. 2262. Actor: Carlos Fernando Ossa Giraldo

26 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección

“B” Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil cinco (2005).-Radicación número: 25000-23-25-000-2000-05514-01(2909-04). En el mismo sentido se pronunció la Sección Segunda Subsección “B” Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila Bogotá, D.C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00006-01(2292-08). En forma reciente, Sección Segunda Subsección “B” Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 19001-23-31-000-2003-02124-01(1039-10)

27 Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Primera, Consejero ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil ocho (2008) Radicación número: 13001-23-31-000-2001-00816-01.

28Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “A” Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-25-000-2000-07769-03(2066-06)

29Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “A” Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 76001-23-31-000-2006-02053-01(0448-10)

30Canosa Usera; Interpretación Constitucional y Fórmula Política; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1988. PP. 249.

31 Corte Constitucional, Sentencia C-319 de 2010, MP: Huberto Sierra Porto.

32 Sentencia SU-917 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

33 Corte Constitucional, Sentencia T-356 de 2008. Cfr., Sentencia C-371 de 1999.

34 CP., Artículo 209.- “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. // Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración

pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

35 Tomás Ramón Fernández, “De la arbitrariedad de la administración”. Madrid, Civitas, p.1994, p.162

36 En el campo de la investigación científica, en general, y en el de la teoría de la argumentación jurídica, en particular, la doctrina ha diferenciado el “contexto de descubrimiento” y el “contexto de justificación”, al destacar que lo relevante no es la forma como se llega a una decisión sino las razones en que ella se apoya, pues son ellas las que resultan jurídicamente controlables. Cfr., Manuel Atienza, “Las razones del Derecho”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, capítulo primero; Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, “La Argumentación en el Derecho”. Lima, Palestra Editores, 2003, p.149; Mario Alberto Portela, “Argumentación y sentencia”. En: Revista DOXA 21, 1998.

37 Sentencia SU-917 de 2010

38 Junto con la carrera administrativa general existen otras carreras especiales. Sobre el punto, en la sentencia C-517 de 2002 se explicó lo siguiente: “La Corte también ha señalado (C-746/99) que de conformidad con el artículo 130 de la Carta Política existen varias carreras administrativas, unas administradas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y otras que se separan de dicha competencia por tener carácter especial en los términos previstos en la ley. Regímenes especiales que pueden tener origen constitucional o legal y que también deben ser configurados por el legislador bien directamente o mediante el otorgamiento de facultades extraordinarias al Ejecutivo. // “La Corte mediante Sentencias C-391 de 1993 y C-356 de 1994 ha determinado que los regímenes especiales creados por la Constitución son: el de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (artículos 217 y 218); Fiscalía General de la Nación (artículo 253) Rama Judicial del poder público (artículo 256, numeral 1°); Contraloría General de la República (artículo 268 numeral 10°), y Procuraduría General de la Nación (artículo 279). Lista a la que hay que agregar la carrera de las universidades del Estado (artículo 69), de acuerdo con lo expresado en la sentencia C-746 de 1999. // Además de los regímenes especiales de rango constitucional, pueden existir regímenes especiales de origen legal. Al efecto, el artículo 4° de la Ley 443 de 1998, por la cual se expidieron normas sobre carrera administrativa, dispone que los regímenes especiales de carrera creados por la ley

son aquellos que “en razón de la naturaleza de las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan el sistema general”. El mismo artículo 4º determinaba que estos son los que rigen para el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-; en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC; en la Registraduría Nacional del Estado Civil; en la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales; los que regulan la carrera diplomática y consular y la docente. Así mismo el parágrafo 2º de dicha disposición establece que ‘...el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, en razón de que su misión, objeto y funciones básicas consisten en la investigación y/o el desarrollo tecnológico, tendrán un régimen específico de carrera y de administración de su personal, de conformidad con el reglamento que para el efecto adopte el Gobierno Nacional (...)’.

39 “Artículo 73. Al iniciar el Período de prueba, la Fiscalía General deberá adelantar programas de inducción que garanticen al nuevo funcionario el adecuado conocimiento de la Institución y de la Rama del Poder Público a la cual ingresa y los derechos, deberes y garantías que adquiere. // Por excepción, de acuerdo con el reglamento, los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente cargos vacantes temporal o definitivamente, con personal no seleccionado mediante concurso.

40 Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996.

41 “Artículo 117. La provisión de un empleo de carrera se efectuará mediante proceso de selección no obstante, en caso de vacancia definitiva de éste y hasta tanto se efectúe la provisión definitiva mediante proceso de selección, podrá efectuarse nombramiento provisional, el cual no podrá exceder el término de ciento ochenta (180) días, en cada caso a partir del momento de la convocatoria. // Igualmente procede la provisionalidad en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo o la misma sea superior a un (1) mes”.

43 “Artículo 76. Retiro. Es una situación de carácter administrativo, que pone fin a la inscripción en el régimen de carrera y desvincula al servidor de la entidad en los eventos previstos como causales para tal efecto. // Los demás servidores serán objeto de la facultad

discrecional del nominador. // El retiro de la carrera tendrá lugar mediante acto motivado, contra el cual procederán los recursos de la vía gubernativa”.

44Sentencias T-410 de 2007, T-464 de 2007, T-793 de 2007, T-157 de 2008, T-1112 de 2008, T-109 de 2009, T-186 de 2009 y T-736 de 2009.

45 Sentencia SU-917 de 2010: i) en el expediente T-2123824 se dejó sin efectos la providencia emitida por la Sección Segunda, subsección “A”, de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado que avaló un acto administrativo de insubsistencia que sin motivación retiro del servicio a una Fiscal Delegada ante los Jueces Penal de Circuito, quien ocupaba el cargo de carrera en provisionalidad. En su lugar, la Sala confirmó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle que decretó la nulidad del acto de insubsistencia y ordenó el reintegro de la actora en las condiciones allí dispuestas; ii) En el expediente T-2139736 se consideró que la sentencia de la Sección Segunda, Subsección “A”, de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado vulneró los derecho fundamentales del accionante. Lo expuesto porque la Fiscal General de la Nación declaró insubsistente del cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal del Distrito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, al peticionario de ese entonces por medido resolución número 0-1221 del 10 de agosto de 2001, la cual no contenía motivación alguna por parte del nominador; iii) casos similares ocurrieron en los expedientes T-2155221 y T-2180526. En la sentencia SU 961 de 2011 la Corte analizó los expedientes T- 2.727.673 y T- 2.719.943 en los que varios funcionarios de la Fiscalía General de la Nación fueron desvinculados de la entidad mediante actos administrativos carentes de motivación. Acudieron igualmente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo con la pretensión de que los mencionados actos fueran anulados, y consecuentemente, se obtuviera el respectivo restablecimiento del derecho. En todos los casos los jueces negaron las pretensiones, motivo por el cual decidieron instaurar acción de tutela contra tales decisiones judiciales. Por consiguiente, la Sala Plena dejó sin efectos los fallos de los demandados Tribunales Administrativos de Cundinamarca y Huila.

46Sentencia SU-917 de 2010

47 ARTÍCULO 60. SUCESION PROCESAL. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 22 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Fallecido un litigante o declarado

ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos, o el correspondiente curador. Si en el curso del proceso sobrevienen la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurran. El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente. El auto que admite o rechaza a un sucesor procesal es apelable. Las controversias que se susciten con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1971 del Código Civil, se decidirán como incidentes.

48 LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, Procedimiento Civil Parte General, t. I, 8ª Ed., Bogotá, Edt. DUPRE Editores, 2002, pág. 359.

49 Sentencia T-649 de 2011, M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

50 El artículo 188 del Código Contencioso Administrativo: “1. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados. 2. Haberse recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente, y que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. 3. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar. 4. No reunir la persona en cuyo favor se decretó una pensión periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria, o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia, o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida. 5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia. 6. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación. 7. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición. 8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada. El artículo 250 CPACA establece las siguientes causales: 1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por

fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. 2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados. 3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición. 4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia. 5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación. 6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar. 7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida. 8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.

51 Sentencia C-590 de 2009

52 Folio 601 Cuaderno 3 del expediente de tutela.

53 Folio 133 Cuaderno 2 del expediente de tutela.

54 Folio 134 Cuaderno 2 del expediente de tutela.

55 Ibídem.

56 Folio 138 Cuaderno 2 del expediente de tutela.

57 Artículo 170. Contenido de la sentencia. La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas.

58 Artículo 305. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo

exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

59 Artículo 55. Elaboración de las providencias judiciales. Las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales.
