

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

CONSEJERO PONENTE: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, dieciocho (18) de julio de dos mil doce (2012)

REF: Expediente 11001-03-15-000-2012-00319-00

Acción de Tutela

Actor: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Decide la Sala la tutela interpuesta por la Contraloría General de la República, contra la sentencia de 22 de septiembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D", que revoca la sentencia del 11 de enero de 2011, del Juzgado Doce (12) Administrativo de Descongestión del Circulo Judicial de Bogotá, dentro del proceso promovido por la señora BLANCA NELLY LOPÉZ.

I.- LA SOLICITUD DE TUTELA

I.1.- La doctora LUZ CARINE PINZÓN QUINTERO, en calidad de apoderada de la Contraloría General de la República, interpuso acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D" por considerar vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad.

REF: Expediente 11001-03-15-000-2012-00319-00
Acción de Tutela
Actor: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

I.2.- La vulneración de los derechos son inferidos por la actora en síntesis de los siguientes hechos:

2.1. La señora Blanca Nelly López Caro, a través de apoderada presenta demanda de acción nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Contraloría General de la República, en la que solicita como pretensión principal que se revoque el acto administrativo, por medio del cual se declara insubsistente en el cargo de profesional especializado, grado (04).

2.2. Mediante sentencia proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Descongestión del Circuito de Bogotá, resuelve "negar las pretensiones de la demanda, en consideración a lo expuesto en la parte motiva y concluye que ya fue acreditada la naturaleza del nombramiento ordinario de la actora en un cargo de libre nombramiento y remoción, luego, en ejercicio de la facultad discrecional, el nominador podía retirarla en cualquier momento sin motivar el acto correspondiente".

2.3. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, mediante sentencia del 22 de septiembre de 2011, resuelve el recurso de apelación, en la cual decide revocar la sentencia del 11 de enero de 2011, y dispone **DECLÁRESE** la nulidad de la Resolución 1221 del 30 de septiembre de 2009, expedida por la Contraloría General de la República y ordena reintegrar a la demandante al cargo.

REF: Expediente 11001-03-15-000-2012-00319-00
Acción de Tutela
Actor: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

2.4. Considera la Entidad que en el fallo de segunda instancia se presenta un error jurídico, en la apreciación de las pruebas, la interpretación normativa y motivación por cuanto se toma el cargo de la actora como un cargo de provisionalidad y no como de libre nombramiento y remoción.

2.5. Se incurre en una flagrante vía de hecho en el fallo, al otorgar el beneficio de reintegro y pago de salarios a una persona que no desempeñaba cargo en provisionalidad, sino en un cargo de libre nombramiento y remoción, es claro el desconocimiento de la normatividad vigente, como la errónea interpretación de los Decretos Leyes 268 y 270 de 2000, por los cuales se establece el régimen especial de carrera administrativa y se crea la planta de personal de la Contraloría General de la República.

2.6. En contra del fallo del 22 de septiembre de 2011, no existe otro medio de defensa, por lo cual se eleva la acción de tutela con el objeto que se revise el fallo de primera instancia donde se estudio a fondo la normatividad especial de la Contraloría General de la República.

En consecuencia solicita:

"El amparo inmediato al debido procesos, por vía de hecho subsumida dentro del género de "causales genéricas de procedibilidad de la acción en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho se incoa la acción como mecanismo transitorio y definitivo para que la accionada no siga violando los derechos

REF: Expediente 11001-03-15-000-2012-00319-00
Acción de Tutela
Actor: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

fundamentales evitándose así un perjuicio irremediable que se producirá al tener la Contraloría General de la República dar cumplimiento a un fallo. Por lo anterior respetuosamente solicita se ordene lo siguiente:

1. Que se ordene al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CONTENCIOSO DE CUNDINAMARCA DEJE SIN EFECTO JURÍDICO, el fallo del 22 de septiembre de 2011, y se de aplicación a las normas vigentes que dan al caso en concreto nombramiento de libre nombramiento y remoción, y demás normas correspondientes aplicables a la Contraloría General de la República.

2. Que como consecuencia de lo anterior se ordene al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tomar las medidas necesarias para restablecer los derechos vulnerados y subsanar la vía de hecho.

De igual manera se invoca por parte del accionante se ordene la suspensión provisional de la sentencia del 22 de septiembre de 2011, con esta medida se busca que no se consolide el daño irreparable con el pago ordenado mediante la sentencia proferida".

II. TRÁMITE DE LA TUTELA

II.1. Mediante proveído del 29 de febrero de 2012 se procedió a la admisión de la presente acción de tutela, y en consecuencia se ordenó notificar a la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y por tener interés directo en las resultas del proceso se ordenó notificar a la señora Blanca Nelly López Caro, parte demandante dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

REF: Expediente 11001-03-15-000-2012-00319-00
Acción de Tutela
Actor: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

II.2. ACTUACIÓN DE LAS PERSONAS VINCULADAS AL PROCESO

Notificadas del auto admisorio de la demanda, las personas en contra de quien se dirigió el libelo inicial contestaron la demanda en los términos que se resumen a continuación:

II.2.1 INTERVENCIÓN DE BLANCA NELLY LÓPEZ CARO.

A través de escrito del 20 de abril de 2012 (fls. 131 a 136), señala que la Contraloría General de la República ha dado cumplimiento parcial a lo ordenado por el Tribunal en Segunda Instancia, a la fecha esta reintegrada a la entidad, pero falta el pago desde la fecha de retiro hasta su reintegro a efecto de completar el cumplimiento total del fallo.

Se evidencia con el escrito de tutela de la Oficina Jurídica de la CGR, que va en contravía de los actos administrativos proferidos por el representante legal de la entidad, abiertamente se vulneran los derechos fundamentales y pretende desconocer los fallos judiciales.

Manifiesta que ostenta la calidad de madre soltera y por lo tanto cabeza de familia del menor de 13 años, Daniel José Taboada López.

En relación a los hechos de la tutela manifiesta:

1. No es cierto que el cargo que venía desempeñando fuera de libre nombramiento y remoción, es un cargo

REF: Expediente 11001-03-15-000-2012-00319-00
Acción de Tutela
Actor: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

de carrera administrativa, y fue nombrada inicialmente por nombramiento ordinario.

2. El Juzgado Administrativo en primera instancia negó las pretensiones de la demanda en una decisión totalmente equivocada, que desconocía la jurisprudencia del mismo Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, con lo cual se vulnera los derechos fundamentales.
3. Al ser un cargo de carrera, se adquirió la calidad nombramiento provisional, toda vez que el honorable Consejo de Estado, ha sido reiterativo en señalar que los nombramientos ordinarios en cargos de carrera administrativa deberán considerarse como nombramientos provisionales y su retiro del servicio deberá producirse a través de un acto administrativo debidamente motivado¹.
4. La oficina Jurídica de la CGR, además de desconocer los actos administrativos expedidos por la Contralora General de la República, pretende convertir a la acción de tutela en una tercera instancia, lo cual es contrario al ordenamiento jurídico. El Tribunal no incurrió en ninguna vía de hecho, al contrario reconoció y determinó los errores de la Entidad al desvincularla del servicio, lo cual generó la revocatoria del fallo de primera instancia.

¹ Sentencia del 20 de junio de 2002, con radicado 2500-23-25-000-199-3487-01, Magistrada Ponente: Ana Margarita Olaya Forero.

REF: Expediente 11001-03-15-000-2012-00319-00
Acción de Tutela
Actor: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

II.2.2. INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA.

El Magistrado de la Sección Segunda, Subsección "D" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, señala que la providencia que se acusa por vía de tutela tuvo como soporte, el fallo proferido por la Corte Constitucional de abril de 2011, Magistrada Ponente Dra. María Victoria Calle Correa, mediante el cual reiteró la tesis sostenida en la sentencia C-405 de 1994, sobre la naturaleza de los empleos de la Contraloría General de la República, en el cual indicó que son las funciones señaladas en los reglamentos lo que determina si un empleo es de libre nombramiento y remoción o de carrera, bajo el entendido que si dichos empleos no tienen asignadas funciones de alta confianza sino meramente administrativas o profesionales, no pueden ser considerados de esta índole.

El Tribunal comprobó que las funciones que desempeñaba la profesional especializada, grado (04), no tiene que ver con la asesoría o la orientación institucional, su cargo por ser del nivel profesional, era de aquellos donde su desempeño requería la aplicación de conocimientos propios de la carrera profesional, las funciones que ejecutaba la señora López Caro, no correspondían aquellas de dirección y no cumplían un papel directivo, de manejo o de conducción, en cuyo ejercicio se adopten políticas o directrices fundamentales, al contrario sus labores, eran limitadas, como se desprende a su vez del oficio del 2 de diciembre de 2008, emitido por la Contralora Delegada para las Investigaciones - Juicios Fiscales y

REF: Expediente 11001-03-15-000-2012-00319-00
Acción de Tutela
Actor: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Jurisdicción Coactiva, en el que se le asignó a la accionante funciones internas.

De otro lado, la Corte Constitucional al estudiar la Ley 106 de 1993, por medio de la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, en sentencia C-405 de 1994, fue clara en determinar que los cargos de profesional no son de libre nombramiento y remoción, precisando que los servidores públicos que estuvieran vinculados a los Despachos del Contralor General, Vicecontralor, Secretario General, Secretario Administrativo y Auditor General (como en el caso de la accionante), constituye un personal que no participa en la adopción de la política de la entidad, ni en la definición de situaciones en las que se comprometa la orientación de la misma.

Si bien es cierto que la normatividad aplicable en el caso sub examine, es el Decreto Ley 268 de 2000, el cual nuevamente incluyó que eran de libre nombramiento y remoción aquellos funcionarios creados en el Despacho del Contralor General, no obstante haber sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional en vigencia de la Ley 106 de 1993, también lo es que el operador jurídico amparado en la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4 de la Constitución Política, puede inaplicar esta disposición cuando observe de forma clara que la misma viola dicho mandato superior o va en contravía del mismo.

Se inaplicó el artículo 3 del Decreto Ley 268 de 2000, porque viola la Constitución, al establecer que todos los

REF: Expediente 11001-03-15-000-2012-00319-00
Acción de Tutela
Actor: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

empleados que se encuentran adscritos al Despacho del Contralor General se consideran de libre nombramiento y remoción, puesto que, se reitera, lo anteriormente señalado por la H Corte Constitucional. Así entonces, se consideró que el cargo de la accionante, de profesional especializado, grado (04) del Despacho del Contralor General de la República, es de carrera administrativa, y los empleados nombrados en provisional, que sean retirados en vigencia de la Ley 909 de 2004, independientemente de la fecha en que se vincularon a la entidad, debe motivarse el acto, señalando las razones de su desvinculación.

Finalmente señala que para que la acción de tutela procede contra decisiones judiciales, es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, es decir debe presentar al menos, uno de los vicios o defectos que señala la Corte, en el presente acaso no se configura en la providencia proferida por el Tribunal ninguno de los defectos indicados.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

III.1- La acción de tutela ha sido instituida como un instrumento preferente y sumario, destinado a proteger de manera efectiva e inmediata los derechos constitucionales fundamentales cuando hayan sido vulnerados o amenazados por las autoridades públicas o por los particulares en los casos expresamente señalados. Procede a falta de otro medio de defensa judicial a menos que se utilice como

REF: Expediente 11001-03-15-000-2012-00319-00
Acción de Tutela
Actor: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

mecanismo transitorio para prevenir un perjuicio irremediable.

Del mismo modo, la Acción de Tutela no es procedente para dirimir derechos litigiosos que provengan de la interpretación de la ley, tampoco para resolver conflictos judiciales cuyas competencias se encuentren claramente señaladas en el ordenamiento jurídico colombiano, pues con ello se llegaría a la errada conclusión de que el juez de tutela puede sustituir al juez ordinario, con excepción de los casos en los cuales se configura una violación de los derechos fundamentales, y sea inminente la existencia de un perjuicio irremediable, como ya se anotó.

III.2 - Pretende la actora que se le ampare el derecho fundamental invocado, y en consecuencia se ordenen dejar sin efecto el fallo de 22 de septiembre de 2011 proferido por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual revocó la decisión adoptada en primera instancia por el Juzgado doce (12) de Descongestión del Circuito de Bogotá que negó las pretensiones de la demanda.

Sea lo primero manifestar que la Sección Primera inveteradamente ha sido partidaria de tramitar las acciones de tutela en primera y segunda instancia, cuando en ellas se controviertan providencias judiciales por supuestas vías de hecho, e inclusive, en diversas oportunidades, llegó a conceder el amparo solicitado cuando concluyó que la providencia estaba afectada con dicho vicio.

REF: Expediente 11001-03-15-000-2012-00319-00
Acción de Tutela
Actor: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Empero, tal posición fue rectificada por la Sala en sentencia de 9 de julio de 2004, proferida dentro de la acción de tutela radicada bajo el núm. 2004-00308 (Actora: Inés Velásquez de Velásquez, Magistrado Ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), en la que se concluyó que, en términos generales, la acción de tutela es improcedente contra sentencias judiciales que pongan fin a un proceso o actuación.

Solo excepcionalmente en los casos en que una providencia judicial vulnera el derecho constitucional de acceso a la Administración de Justicia, cuya condición de derecho fundamental de primer orden resulta indiscutible, la Sala ha venido admitiendo la acción de tutela contra la misma, siempre y cuando la parte perjudicada con tal providencia no cuente con otro mecanismo para obtener la protección del derecho o derechos conculcados.

Como quiera que lo que se impugna en el sub lite es la sentencia de 22 de septiembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de acción de nulidad y restablecimiento incoado, la Sala reitera en esta oportunidad su tesis de que no procede la acción de tutela contra decisiones judiciales como la aquí controvertida, dictada en un proceso judicial en el que se brindó a las partes la plena posibilidad de hacer valer los derechos que les asisten.

En ese sentido y por las razones antes señaladas, la Sala negará por improcedente la tutela impetrada, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

REF: Expediente 11001-03-15-000-2012-00319-00
 Acción de Tutela
 Actor: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

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

F A L L A

PRIMERO: DENIÉGASE por improcedente la solicitud de tutela impetrada por parte actora en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Si no fuere impugnada la sentencia conforme lo señala el artículo 31 del Decreto Ley No. 2591 de 1991, REMÍTASE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 18 de julio de 2012.


 MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ
 Presidente


 MARCO ANTONIO VELILLA MORENO


 MARIA CLAUDIA ROJAS/LASSO