



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., mayo seis (06) de dos mil veintidós (2022)

Radicación número: 11001-03-15-000-2021-07478-01

Accionante: GERARDO HERNÁNDEZ BARAJAS

Accionado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA

Temas: ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – DEFECTO SUSTANTIVO – DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE – DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO - No se configuró – se niega amparo por ser la decisión razonable.

La Sala resuelve la impugnación interpuesta por el accionante contra la sentencia proferida el 14 de enero de 2022 por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por medio de la cual se declaró improcedente el amparo solicitado.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Por escrito presentado el 4 de noviembre de 2021, el señor Gerardo Hernández Barajas, actuando en nombre propio, instauró demanda de tutela contra el Tribunal Administrativo de Santander y el Juzgado Trece Administrativo de Bucaramanga, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia.



Radicación: 11001-03-15-000-2021-07478-01
Actor: Gerardo Hernández Barajas
Demandado: Tribunal Administrativo de Santander
Referencia: Acción de tutela

El tutelante elevó las siguientes pretensiones (transcripción literal con posibles errores incluidos):

*Con todo respeto solicito a los Honorables Consejeros se sirvan tutelar mis derechos fundamentales, al debido proceso, igualdad, buena fe, seguridad jurídica y acceso a la administración de justicia. Y en consecuencia dejar sin efectos la sentencia de fecha 24 de mayo de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, Magistrado Ponente Dr. JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR, por haber incurrido en una vía de hecho por defecto procedimental absoluto y defecto sustantivo por interpretación indebida y en consecuencia, disponer que se debe expedir una nueva sentencia teniendo en cuenta que de conformidad con la Ley 1310 de 2009 el suscrito **ocupaba un cargo de carrera administrativa a la fecha en la que se produjo el retiro** (art. 5 Ley 909 de 2004 y así se deduce del contenido del oficio N° 20164000084771 de 20 de abril de 2016 expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública y que se adjunta) fue expedido en vigencia de la Ley 909 de 2004 (publicada en el Diario Oficial No. 45.680, de 23 de septiembre de 2004), y en vigencia del Decreto 1083 de 2015 (Publicado en el Diario Oficial No. 49.523 de 26 de mayo de 2015), razón por la cual dicha decisión debió ajustarse a lo previsto en el párrafo 2° del artículo 41 ídem, esto es, el acto administrativo debió motivarse. En la sentencia de fecha 24 de mayo de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander se desconoció que el Director de Tránsito de Bucaramanga, expidió las resoluciones impugnadas sin motivación alguna, desconociendo el precedente contenido en la Sentencia SU-917/10 de la Corte Constitucional, que indica que por tratarse de un nombramiento en provisionalidad, requería de una especial motivación en su expedición. Las sentencias objeto de esta acción de Tutela desconocieron mis derechos adquiridos **derivados de pertenecer al Régimen de Transición según el cual como aún no he llegado a la edad de retiro forzoso, la ley me permite reintegrarme al servicio público.***

2. Hechos

El accionante señaló que mediante Resolución No 10745945 del 12 de junio de 2015, COLPENSIONES le otorgó pensión de vejez.

Que el 30 de marzo de 2016, a través de Resolución 00141, el director de Tránsito de Bucaramanga lo declaró insubsistente en el cargo de comandante, código 290, grado 1, nivel profesional.

En contra del anterior acto administrativo, el accionante promovió una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, que le correspondió por reparto al Juzgado Trece Administrativo de Bucaramanga, el que, el 18 de junio de 2018, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, decisión que, el 24 de mayo de 2021, fue revocada por el Tribunal Administrativo de Santander.



Radicación: 11001-03-15-000-2021-07478-01
Actor: Gerardo Hernández Barajas
Demandado: Tribunal Administrativo de Santander
Referencia: Acción de tutela

3. Fundamentos de la demanda

El accionante indicó que el Tribunal Administrativo de Santander incurrió en un defecto procedimental absoluto, pues analizó e interpretó de forma errónea el numeral 6° de la Ley 1310 de 2009, *“razón por la cual dicha decisión debió ajustarse a lo previsto en el párrafo 2o del artículo 41 ídem, esto es, el acto administrativo debió motivarse”*.

A su juicio, se desconocieron los principios de favorabilidad e *in dubio pro operario* en materia laboral consagrados en el artículo 53 superior, al interpretar en forma errónea el numeral 6° de la Ley 1310 de 2009 y no aplicar la interpretación que más favorecía al accionante.

Por último, adujo que se incurrió en un desconocimiento del precedente al no tener en cuenta dos sentencias de esta Corporación y la sentencia SU-917 de 2010 de la Corte Constitucional, que indica que, por tratarse de un nombramiento en provisionalidad, el acto de retiro requería motivación.

En virtud de lo anterior, alegó que el Director de Tránsito de Bucaramanga no podía expedir el acto administrativo de insubsistencia sin motivación.

4. Trámite en primera instancia

4.1. Mediante auto del 8 de noviembre de 2021, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado admitió la demanda de tutela y ordenó notificar a las autoridades accionadas, se vinculó a la Dirección de Tránsito de Bucaramanga como tercera con interés, las que se pronunciaron en los siguientes términos:

4.2. La Dirección de Tránsito de Bucaramanga manifestó que la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Santander se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico; además, que la declaratoria de insubsistencia no se debió al reconocimiento de la pensión de vejez *“sino a la discrecionalidad que otorga la ley”*.



Radicación: 11001-03-15-000-2021-07478-01
Actor: Gerardo Hernández Barajas
Demandado: Tribunal Administrativo de Santander
Referencia: Acción de tutela

5. La sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 14 de enero de 2022, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró improcedente el amparo solicitado, tras considerar que el accionante utiliza la demanda de tutela como una tercera instancia del proceso ordinario, pues lo que pretende es que se interprete el artículo 6 de la Ley 1310 de 2009 de manera favorable a sus intereses.

Señaló que en la sentencia cuestionada se efectuó un análisis del artículo 150 de la Ley 100 de 1993, de lo que concluyó que el acto de insubsistencia no podía ser expedido por el reconocimiento pensional del empleado; sin embargo, aclaró que en el caso del señor Hernández Barajas el retiro se dio en uso de la facultad discrecional con la que cuenta la administración.

6. La impugnación

El accionante impugnó el fallo de primera instancia, oportunidad en la que consideró que el presente asunto cumple con el requisito de relevancia constitucional, toda vez que existen “*varias posturas jurisprudenciales relacionadas con la aplicación e interpretación del numeral 6° de la Ley 1310 de 2009, el principio de favorabilidad en la aplicación de esta norma son cuestiones que revisten una indiscutible importancia constitucional*”.

En virtud de lo anterior y con fundamento en la sentencia SU 332 de 2019 señaló lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

Aplicando estas consideraciones de la sentencia SU 332 DE 2019, a mi caso, se tiene que los despachos judiciales accionados sí incurrieron en violación directa de la Constitución, pues desconocieron los principios de favorabilidad e in dubio pro operario en materia laboral consagrados en el artículo 53 Superior, al interpretar en forma errónea el numeral 6° de la Ley 1310 de 2009.

Finalmente, argumentó que en la demanda de tutela se identificaron los hechos que afectaron sus derechos fundamentales y se explicó los defectos en los que incurrió la decisión cuestionada, razón por la que insistió que se interpretó de manera equivocada el numeral 6 de la Ley 1310 de 2009.



Radicación: 11001-03-15-000-2021-07478-01
Actor: Gerardo Hernández Barajas
Demandado: Tribunal Administrativo de Santander
Referencia: Acción de tutela

II.- CONSIDERACIONES

1.- La acción de tutela contra providencias judiciales

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en fallo de 31 de julio de 2012, unificó la postura en relación con la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales¹.

Posteriormente, a través de una nueva sentencia de unificación, la Sala Plena de la Corporación adoptó los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales, como lo señala el artículo 86 Constitucional y, por ende, se consideró que el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características².

Con fundamento en lo anterior, esta Corporación ha sostenido que los requisitos generales para la procedencia del mecanismo de amparo de derechos fundamentales que deben ser cuidadosamente verificados son³:

- Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional, dado que el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional, so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones.
- 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.

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 31 de julio de 2012, exp. 2009-01328-01, C.P. María Elizabeth García González.

² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de agosto de 2014, exp. 2012-02201-01 (IJ), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 23 de febrero de 2017, exp. 2016-03336-00 (AC), C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, entre muchas otras providencias.



Radicación: 11001-03-15-000-2021-07478-01
Actor: Gerardo Hernández Barajas
Demandado: Tribunal Administrativo de Santander
Referencia: Acción de tutela

- Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se haya interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.
- 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.
- 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.
- Que no se trate de sentencias de tutela.

A su turno, los requisitos específicos de procedencia que ha precisado la jurisprudencia constitucional en la sentencia C-590 de 2005, acogida por la Sala Plena de esta Corporación, son los siguientes:

- El defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece, absolutamente, de competencia para ello.
- El defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- El 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.
- El 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.
- El 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.
- La decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones



Radicación: 11001-03-15-000-2021-07478-01
Actor: Gerardo Hernández Barajas
Demandado: Tribunal Administrativo de Santander
Referencia: Acción de tutela

en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

- El 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.

- La violación directa de la Constitución Política.

Así pues, la Corporación ha determinado que le corresponde al juez de tutela verificar el cumplimiento estricto de todos los requisitos generales, de tal manera que una vez superado ese examen formal pueda constatar si se configura, por lo menos, uno de los defectos arriba mencionados, los cuales deben ser alegados por el interesado⁴.

2. Caso concreto

Dado que se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, se procede a verificar si se configuraron o no los defectos alegados por la parte actora, al proferirse la sentencia del 24 de mayo de 2021, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Santander revocó la decisión adoptada por el Juzgado Trece Administrativo de Bucaramanga y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda.

Si bien el accionante indicó varios defectos en los que supuestamente incurrió la decisión cuestionada, lo cierto es que todas se centran en la supuesta aplicación equivocada del numeral 6 de la Ley 1310 de 2009 y si el acto de insubsistencia debía ser motivado.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 7 de diciembre de 2016, exp. 2016-00134-01, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 7 de diciembre de 2016, exp. 2016-02213-01, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; sentencia de 24 de noviembre de 2016, exp. 2016-02568-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, entre otras. Corte Constitucional, sentencias SU-556 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa; SU-542 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; SU-490 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y SU-659 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.



Radicación: 11001-03-15-000-2021-07478-01
Actor: Gerardo Hernández Barajas
Demandado: Tribunal Administrativo de Santander
Referencia: Acción de tutela

Para la Subsección, en este caso no hay lugar a predicar la configuración de los defectos alegados por el accionante, como se pasa a exponer.

En la sentencia cuestionada, el Tribunal Administrativo de Santander, luego de hacer un recuento de los hechos probados, sostuvo (se transcribe de forma literal):

2.1. Naturaleza del cargo del demandante.

2.1.2. Como se indicó en el marco normativo y jurisprudencial de esta providencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 numeral 2 literal b) de la Ley 909 de 2004, son empleos de libre nombramiento y remoción, los que implican especial confianza, que tengan asignadas, funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo y que **estén al servicio directo e inmediato del Director de la entidad**, siempre y cuando el empleo se encuentre adscrito al respectivo Despacho.

2.1.2. Con las pruebas que reposan en el expediente encuentra la Sala que contrario a como lo consideró el Juez de primera instancia, el cargo se **COMANDANTE DE TRÁNSITO CÓDIGO 290 GRADO 01** del que fue desvinculado el demandante es de **libre nombramiento y remoción**, por las siguientes razones:

i) El cargo cuenta con funciones de asesoría institucional y apoyo, como se observa en las enlistadas en el numeral 1.4. del acápite de hechos probados – **criterio funcional**.

ii) El cargo está al servicio directo del Director de Tránsito de Bucaramanga, entidad descentralizada del nivel territorial – Acuerdo Municipal 040 de 1972 -, y además, se encuentra adscrito a dicho Despacho – **criterio orgánico** –

iii) Las funciones que se encuentran asignadas al cargo se encuentran estrictamente relacionadas con el funcionamiento de la Dirección General de la entidad, al punto que dentro de estas se encuentran a) planeación de las labores a ejecutar por los agentes de tránsito; b) implementar medidas correctivas y preventivas necesaria de acuerdo a los informes que se presenten; c) coordinar la capacitación de los funcionarios del Grupo de Control Vial; d) llevar el control estadístico de las actividades que desarrollan dichos funcionarios, así como autorizar los días compensatorios; e) llevar el control del parque automotor; f) asistir a las reuniones que programen las diferentes entidades municipales a efectos de dar solución a los problemas de movilidad; g) dar respuesta a los requerimientos de la oficina jurídica y a las solicitudes de la comunidad; h) asistir las reuniones citadas por el sindicato.

Así las cosas, considera la Sala que en ejercicio de dichas funciones es procedente exigir de quien lo ocupa un alto de nivel de confianza – **criterio subjetivo** -.

iv) No está demás señalar que la Comisión Nacional del Servicio Civil puso de presente que el mencionado cargo no ha sido ofertado para ser proveído a través de concurso de méritos.

2.3. Legalidad del acto de insubsistencia.

2.3.1. En cuanto a la motivación de la Resolución No 141 de 2016 – acto acusado – que la parte actora considera insuficiente, la Sala encuentra que dicha motivación se refiere precisamente la facultad discrecional del nominador, quien por demás, y conforme a lo expuesto en el marco normativo y jurisprudencial de esta providencia, no se encuentra obligado a consignar los motivos de



Radicación: 11001-03-15-000-2021-07478-01
Actor: Gerardo Hernández Barajas
Demandado: Tribunal Administrativo de Santander
Referencia: Acción de tutela

insubsistencia, pues el cargo que ocupaba la actora de libre nombramiento y remoción.

Así, estima la Sala que el contenido del acto demandado cumplió las exigencias de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la decisión discrecional de retiro del servicio.

De otro lado, no media prueba en el expediente que demuestre que el Director de Tránsito de Bucaramanga haya tenido en cuenta intereses particulares y caprichosos y que por tal razón se haya apartado del buen servicio.

(...).

3. En resumen, la Sala encuentra que i) el cargo del que fue desvinculado el demandante es de libre nombramiento y remoción; ii) la motivación del acto encuentra fundamento legal; iii) el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 no contiene una obligación para la administración de mantener la vinculación de un empleado de libre nombramiento y remoción que cuenta con derecho pensional reconocido para que aumente el quantum.

Revisada la decisión cuestionada, la Sala concluye que la interpretación realizada por el Tribunal Administrativo de Santander frente al artículo 6 de la Ley 1310 de 2009 no fue irrazonable ni caprichosa. Otra cosa es que, en ejercicio de la autonomía funcional que caracteriza la actividad del juez, adoptara una decisión diferente a la esperada por la parte actora.

En efecto, se tiene que la autoridad judicial accionada estudió la mencionada norma y concluyó que el cargo que ocupaba el señor Gerardo Hernández Barajas era de libre nombramiento y remoción, dada sus funciones; la ubicación en la planta de personal; el nivel de confianza y porque su cargo no ha sido ofertado a través de concurso de méritos.

Así mismo, manifestó que al ser el cargo del accionante de libre nombramiento y remoción no era necesario motivar el acto de insubsistencia, por lo que la decisión fue producto del poder discrecional de retiro de servicio y no por su estatus de pensionado; además, que *“cumplió las exigencias de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad”*.

La Sección Segunda del Consejo de Estado ha reiterado que el acto de insubsistencia en cargos de libre nombramiento y remoción no debe ser motivado:

*69. De igual forma, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, respecto del retiro del servicio de los empleados de los cargos de libre nombramiento y remoción preceptúa que una de las causales de retiro del servicio será la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, cuya competencia **es discrecional y se efectuará por acto no motivado**. En este escenario, siendo el demandante un*



Radicación: 11001-03-15-000-2021-07478-01
Actor: Gerardo Hernández Barajas
Demandado: Tribunal Administrativo de Santander
Referencia: Acción de tutela

empleado de libre nombramiento y remoción, al estar nombrado en el cargo de como asesor, código 105, grado 09, del Despacho del secretario de la Secretaría de Competitividad y Desarrollo Económico de la Gobernación del Departamento de Cundinamarca su estabilidad era frágil en virtud de la naturaleza de las funciones que se desempeñaba y del ejercicio de la facultad discrecional de remoción⁵ (negrilla del original).

Conviene mencionar que el hecho de que la autoridad judicial no interpretara las normas como lo pretende la parte actora, no implica la configuración de un defecto sustantivo, pues como lo ha establecido la Corte Constitucional, ese defecto se configura, entre otras cosas, cuando la aplicación de una norma “no se encuentra, *prima facie*, dentro del margen de interpretación razonable”⁶, lo que no se evidencia en el caso bajo estudio.

Asimismo, el hecho de que, en ejercicio de la autonomía funcional que caracteriza la actividad del juez, el caso se hubiere analizado e interpretado de manera diferente a como se planteó en la solicitud de amparo, no autoriza la intervención del juez de tutela, pues como se indicó, para ello se hace necesario que se evidencie la configuración de una grosera e irrazonable interpretación de la norma.

Finalmente, se advierte que tampoco se desconoció la sentencia SU-917 de 2010, toda vez que en ella se dispuso que los actos administrativos de un cargo de provisionalidad requieren motivación, no obstante, como ya se mencionó, en el presente asunto se trató, según las consideraciones y el análisis hecho en forma autónoma y razonable por el juez de la causa, de un cargo de libre nombramiento y remoción, que no requiere tal motivación para la declaratoria de insubsistencia.

Por lo expuesto, la Subsección modificará el fallo de primera instancia y negará el amparo solicitado, por las razones expuestas en precedencia.

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

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 11 de noviembre de 2021, expediente 4673-18, M.P. Gabriel Valbuena Hernández.

⁶ Sentencia T-321 de 2017.



Radicación: 11001-03-15-000-2021-07478-01
Actor: Gerardo Hernández Barajas
Demandado: Tribunal Administrativo de Santander
Referencia: Acción de tutela

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el fallo impugnado y, como consecuencia, **NEGAR** el amparo solicitado por el señor Gerardo Hernández Barajas, de conformidad con las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente decisión a los interesados, por el medio más expedito.

TERCERO: ejecutoriada esta providencia, **ENVIAR** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.

