

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / EMPLEOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA - Desnaturalización / EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN - Deben entrañar la especial confianza / MANUAL DE FUNCIONES / DEBER DE MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE RETIRO / AUSENCIA DE DEFECTO FÁCTICO / AUSENCIA DE DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE / REGLAS JURISPRUDENCIALES SOBRE LOS LÍMITES INDEMNIZATORIOS AL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO - De persona jurídica de derecho público

[E]sta instancia deberá establecer, en primer término, si el mecanismo de amparo cumple o no los requisitos generales de procedibilidad contra providencias judiciales. En caso afirmativo, esta instancia constatará si la providencia cuestionada adolece de [defecto fáctico, defecto procedimental absoluto y desconocimiento del precedente.] (...) [Frente al defecto fáctico] (...) la autoridad judicial concluyó que la señora [L.I.M.] ejerció sus funciones en la Oficina Jurídica del Distrito de Barranquilla como coordinadora de tutelas, que la denominación otorgada a sus funciones obedeció a una la organización interna de la Oficina Jurídica mas no a la existencia de un cargo con esa denominación específica en la planta global de personal del Distrito de Barranquilla. Las funciones desarrolladas por la demandante consistían en el reparto interno de las acciones de tutela a los abogados y otros funcionarios del nivel profesional adscritos a esa oficina, así como otros abogados externos, el reparto de poderes que otorgados a dichos abogados; la realización de informes estadísticos ante el Jefe de la Oficina Jurídica, conforme a la base de datos que era alimentada por los abogados y profesionales que atendían las acciones de tutela del Distrito y el informe a los abogados y profesionales de las directrices establecidas por el Jefe de la Oficina Jurídica para la atención de los asuntos jurídicos de su competencia. Fueran esas las razones por las que se determinó que el cargo desempeñado por la señora [L.I.M.] no era de confianza o asesoría, ni ordinario de libre nombramiento y remoción, sino de carrera administrativa en provisionalidad y como tal, el acto administrativo de insubsistencia debía ser motivado, y como no lo fue, procedía a su anulación. [En relación con el defecto procedimental absoluto,] (...) la Sala constató que, durante el trámite de segunda instancia en el proceso ordinario no. (...) el Tribunal Administrativo del Atlántico profirió auto el 1º de febrero de 2018, la magistrada ponente dispuso correr traslado a las partes para que aleguen de conclusión, así como al Ministerio Público a fin de que emita su respectivo concepto. De igual manera consta que el Distrito de Barranquilla radicó escrito de alegaciones el día 16 de febrero de 2018. Pese a lo anterior, en la sentencia de 02 de marzo de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, se señaló en el acápite correspondiente a “alegatos de conclusión” que “las partes no recorrieron el traslado para alegar de conclusión”. [Sin embargo, se evidencia] que los planteamientos de defensa argüidos por el Distrito de Barranquilla en sus alegatos de conclusión son similares a aquellos plasmados en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en el curso del proceso ordinario, y fueron los que definieron el marco de decisión del Tribunal Administrativo del Atlántico. Implica lo anterior, que si bien en la sentencia de segunda instancia el Tribunal Administrativo del Atlántico erró al anotar que las partes no presentaron alegatos de conclusión, tal situación no constituye por sí sola una trasgresión a los derechos fundamentales del Distrito de Barranquilla como quiera que el núcleo principal del reproche y la subsecuente trasgresión invocada partía por afirmar que la autoridad accionada descartó los argumentos de defensa de la parte aquí actora, afirmación que se ha descartado por las

razones antes expuestas. [Por último, frente al desconocimiento del precedente judicial,] (...) la Corte [Constitucional, en sentencia SU-556 de 2014,] impuso también un límite a la orden consistente en que el pago de los salarios y prestaciones sociales solo procede hasta cuando el respectivo cargo hubiere sido provisto mediante el sistema del concurso de méritos. Sobre el asunto, indicó que quien está nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, se encuentra ante una situación excepcional y temporal de permanencia en el cargo, por lo que debe asumir que tiene una estabilidad intermedia, en la medida en que no ha sido vinculado mediante un sistema de méritos. Por esa razón, concluyó que no es apropiado asumir que la cuantificación de la indemnización se hiciera a partir de la ficción de que el servidor público hubiera permanecido vinculado al cargo durante todo el lapso del proceso, prestando el servicio y recibiendo un salario, porque ello no solo es contrario a la realidad, sino que implica un reconocimiento que excede, incluso, el término máximo que permite la ley para este tipo de nombramientos. (...) Sin embargo, tanto el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Barranquilla como el Tribunal Administrativo de Atlántico ordenaron el reintegro de la demandante al cargo que venía desempeñando o a uno de igual categoría, con el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar durante todo el tiempo que estuvo desvinculada. (...) Con lo anterior, esta Sala colige que el Tribunal Administrativo del Atlántico se apartó de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sin cumplir las cargas de justificación razonable, y pese a que concluyó que había necesidad de motivar el acto de retiro de la funcionaria en cargo de carrera en provisionalidad y decretó su nulidad, omitió las reglas jurisprudenciales que dictaminan cómo deben ser las órdenes de restablecimiento del derecho, lo que a su vez, conlleva una trasgresión al derecho fundamental al debido proceso del Distrito de Barranquilla.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá, D.C., doce (12) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-01247-01(AC)

Actor: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO Y JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

1. Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la apoderada del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, como parte accionante, en contra de la sentencia de primera instancia, proferida el 25 de abril de 2019 por la

Sección Tercera, Subsección C de esta Corporación, mediante la cual se negaron las pretensiones de la acción de tutela.

I. ANTECEDENTES

Solicitud de amparo.

2. Mediante escrito radicado el 27 de marzo de 2019 ante esta Corporación¹, el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, actuando por intermedio de apoderada, formuló acción de tutela con el fin de que se amparen sus derechos fundamentales a la igualdad, vigencia del orden justo, debido proceso y buena fe, presuntamente conculcados por las autoridades judiciales accionadas, por motivo de las providencias que accedieron a las pretensiones de la señora Lorena Isabel Méndez Herrera y decidieron la nulidad del acto administrativo mediante el cual fue declarada insubsistente con la consecuente orden de reintegro.

3. Las pretensiones de la parte actora son las siguientes:

1. Declarar nulas las sentencias proferidas por las entidades accionadas dentro del trámite del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho iniciada por la señora Lorena Isabel Méndez, Expediente 08-001-33-33-010-2016-00418-00 (2016-00418) y, en consecuencia, revocarlas, ordenando al Tribunal Administrativo Del Atlántico, Sala de Decisión Oral "A", Magistrados Judith Romero Ibarra, Cristóbal Christiansen Martelo y Luis Carlos Martelo Maldonado, expedir una nueva de segunda instancia en la que se revoque la decisión adoptada mediante fallo del 24 de octubre de 2017 del Juzgado Décimo Administrativo de Barranquilla y, en su lugar, se denieguen las súplicas perseguidas en el proceso antes anotado.

2. De igual forma, que se declaren nulas las decisiones adoptadas por el mencionado Tribunal Administrativo del Atlántico mediante autos del 20 y 26 de septiembre de 2018, mediante las cuales se dispuso no acceder a las solicitudes de nulidad y de adición o complementación presentadas por mi representada, en contra de la sentencia del 2 de marzo de 2018, así como de las decisiones posteriores adoptadas por el Despacho en relación con los recursos interpuestos contra aquellos.

3. En complemento, solicito se declare la nulidad de la

¹ Folio 60

decisión proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Barranquilla mediante autos notificados por estados el 19 de febrero y 7 de marzo de 2019, mediante las cuales se dispuso obedecer y cumplir lo resuelto por el Tribunal Administrativo Del Atlántico, Sala de Decisión Oral "A en sentencia del 2 de marzo de 2018, y se ordenó la expedición de las copias auténticas de los fallos proferidos en el litigio de la referencia.

4. Ordenar al Juzgado Décimo Administrativo de Barranquilla, una vez surtido el trámite anterior, obedecer y cumplir la orden impartida tanto por el juez de tutela como por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

Hechos

4. Mediante Decreto no. 00679 de 16 de agosto de 2013, la señora Lorena Isabel Méndez Herrera, fue nombrada en el **cargo de libre nombramiento y remoción** denominado "*Profesional Especializado, código y grado 222-08*" en la planta global de la Administración Central Distrital del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla para luego ser declarada insubsistente mediante Decreto 00420 de 29 de abril de 2016.

5. Lorena Méndez Herrera interpuso el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en fecha 17 de noviembre de 2016, en contra del Distrito de Barranquilla, con el propósito de obtener la nulidad del decreto de insubsistencia y su reintegro a la entidad, así como el pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha de desvinculación.

6. En esa oportunidad, la demandante señaló que el Distrito estaba en la obligación de motivar la declaratoria de insubsistencia aduciendo que su cargo era de carrera administrativa, provisto en provisionalidad y no de libre nombramiento y remoción.

7. El Juzgado Décimo Administrativo Oral de Barranquilla profirió sentencia de primera instancia el 24 de octubre de 2017 en la que concedió las súplicas de la demanda tras considerar que de la descripción de las funciones del cargo se infería que las mismas eran desarrolladas conforme a las directrices del Jefe de Oficina Jurídica y que la demandante se encargaba de socializar con los miembros del equipo designado para atender acciones de tutela, por lo que efectivamente el cargo ejercido era de aquellos que deben ser considerados como de carrera

administrativa, razón por la que su nombramiento no podría ser considerado como ordinario, sino de carrera administrativa en provisionalidad.

8. La decisión fue apelada por parte del Distrito, lo que dio lugar a que el Tribunal Administrativo del Atlántico dictara sentencia de segunda instancia el 2 de marzo de 2018, por medio de la cual confirmó el fallo del Juzgado Décimo Administrativo de Barranquilla.

9. El 13 de abril de 2018, la parte demandada presentó solicitud de adición y aclaración a la sentencia del Tribunal, por cuanto no se pronunció sobre los reparos del recurso de apelación y se afirmó que la entidad no alegó de conclusión, cuando sí lo hizo mediante escrito radicado el 16 de febrero de 2018.

10. En la misma fecha, el Distrito radicó una solicitud de nulidad contra esa sentencia, por haber sido proferida con desconocimiento de la etapa de alegatos, como quiera que se afirmó que la parte demandada no presentó escrito en dicha etapa y por el silencio frente a las inconformidades contenidas en el recurso de apelación.

11. Mediante autos de 20 y 26 de septiembre de 2018, el Tribunal Administrativo del Atlántico resolvió negar las solicitudes de adición y aclaración de la sentencia, así como la de nulidad, respectivamente.

12. A través de escrito de 02 de octubre de 2018, la apoderada del Distrito presentó solicitud de adición y aclaración al auto de 20 de septiembre de ese año, por considerar que el Tribunal no reparó en la etapa de alegaciones. El Tribunal profirió un nuevo auto el 23 de enero de 2019 decidiendo negar la solicitud de aclaración y adición del auto de 20 de septiembre y el recurso de reposición contra el auto de 26 de septiembre de 2018.

Fundamentos de la vulneración

13. El Distrito de Barranquilla, alega que las providencias atacadas incurrieron en las siguientes causales específicas de procedibilidad:

- **Defecto fáctico:** Por la presunta valoración arbitraria de las pruebas relacionadas con la ubicación, funciones y forma de nombramiento de la

demandante en el proceso ordinario, que llevaron al Tribunal a determinar que el cargo no era de libre nombramiento y remoción, sino de carrera administrativa en carácter de provisionalidad. Asimismo, cuestionó la valoración de los testimonios rendidos en el proceso ordinario, por parte de Carolina Gámez, Liliana María González y Guillermo Acosta Corcho.

- **Defecto procedimental absoluto:** En los autos de 20 y 26 de septiembre de 2018, por no acceder a las solicitudes de nulidad por violación al debido proceso derivada de pretermittir la etapa de alegaciones y, a la solicitud de adición y aclaración de la sentencia de 02 de marzo de 2018, relacionada con no haberse pronunciado sobre los reparos hechos en el recurso de apelación.

- **Desconocimiento del precedente jurisprudencial** consignado en las sentencias de unificación SU-556 de 2014 y SU-053 de 2015 de la Corte Constitucional, en lo referente a que del monto indemnizatorio se deberán descontar las sumas que por cualquier concepto laboral haya percibido la demandante, desde el momento del despido, hasta cuando ocurra el reintegro.

II. TRÁMITE PROCESAL

14. Mediante auto de 28 de marzo de 2019, la Sección Tercera, Subsección C de esta Corporación avocó el conocimiento de la tutela, negó la solicitud de medida provisional consistente en que se ordene la suspensión de las sentencias de 24 de octubre de 2017 y 02 de marzo de 2018 y ordenó notificar al Tribunal Administrativo del Atlántico y el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Barranquilla, como autoridades accionadas, y a la señora Lorena Isabel Méndez Herrera, en calidad de tercera interesada, por lo que les remitió copia de la tutela y los instó a presentar un informe sobre los hechos que dieron lugar a la presente acción.

Intervenciones

Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Barranquilla

15. La autoridad accionada manifestó que los fundamentos de vulneración expuestos por la parte accionante se concretan en dos aspectos centrales: i) la presunta vía de hecho por defecto fáctico en la determinación del cargo

desempeñado por la señora Lorena Isabel Méndez Herrera en la entidad, al considerarse que el mismo no era un cargo de libre nombramiento y remoción y; ii) una valoración arbitraria del material probatorio recaudado, en particular el testimonio de la señora Liliana González, al no dar razón a la tacha formulada por el Distrito de Barranquilla.

16. Afirmó que su fallo se basó en el análisis de la normatividad aplicable sobre empleo público, contenida en la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, así como en la jurisprudencia de esta Corporación sobre la materia, que llevó a concluir que el cargo de la demandante en el proceso ordinario era de carrera administrativa y no de libre nombramiento y remoción, como lo pretendió acreditar la entidad demandada.

17. Que la resolución del problema jurídico se efectuó teniendo en cuenta todo el material probatorio legalmente recaudado, tanto documental como testimonial, y que, frente a la tacha del testimonio de la señora Liliana González, se expusieron las razones por las cuales no prosperaba dicha tacha, esto es, porque no se evidenció en sus declaraciones asomos de que estuviera faltando a la verdad.

18. Advirtió que con la presente acción de tutela, el Distrito de Barranquilla pretende reabrir el debate probatorio que ya se surtió apropiadamente en el proceso ordinario donde se dictaron las providencias que ahora se cuestionan.

Lorena Isabel Méndez Herrera

19. La tercera interesada en el resultado del proceso, presentó memorial de respuesta a la acción de tutela. En él, solicitó que se declare la improcedencia del amparo, toda vez que la parte accionante ejerció la acción de tutela como una tercera instancia, con el fin de que, una vez más, se revisen las decisiones adoptadas por el juez competente.

Providencia Impugnada.

20. El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, en sentencia de 25 de abril de 2019, negó las pretensiones de la acción de tutela.

21. El *a quo* expuso las causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, desarrolladas por la jurisprudencia constitucional y, al momento de analizar el requisito de subsidiariedad, consideró que se encontraba superado respecto en lo relacionado con los defectos fáctico y procedimental. Sin embargo, estimó que no se cumplió dicho requisito en lo atinente al alegado defecto por desconocimiento del precedente jurisprudencial, relacionado con el monto indemnizatorio que haya percibido el demandante desde el despido hasta el reintegro, por cuanto sobre ese argumento concreto la entidad accionante *“pretermitió las oportunidades procesales para ventilar ese punto”*.

22. Luego de definir detalladamente el concepto de defecto fáctico y reiterar que ese cargo se sustentó en la presunta valoración indebida de los medios de prueba que llevaron a la decisión cuestionada, según los cuales el cargo desempeñado por la demandante no era de libre nombramiento y remoción sino de carrera administrativa en provisionalidad, denotó que la decisión del Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Barranquilla se sustentó en el artículo 5º de la Ley 909 de 2004, adicionado por la Ley 1093 de 2006, que regula el empleo y la carrera administrativa, el manual de funciones del cargo de profesional especializado y las pruebas testimoniales arrimadas por las partes en litigio.

23. Respecto a la decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el *a quo* constató que el problema jurídico planteado abarcó todos los aspectos de inconformidad consignados en el recurso de apelación, razón por la cual no compartió la apreciación del accionante, consistente en que no se evacuaron todos los puntos de reproche esbozados en la alzada.

24. No evidenció una falta de valoración sobre las pruebas que llevaron a concluir que el cargo de profesional especializado código-grado 222-08, no era de libre nombramiento y remoción, por cuanto con la simple lectura del manual de funciones, se evidencia que en el desarrollo de las mismas no primaba el elemento de especial confianza o asesoría institucional que alegó el Distrito de Barranquilla.

25. La sentencia no está viciada de un defecto fáctico, lo que denotó el *a quo* es una disconformidad de la parte actora con la valoración probatoria que, como tal, no se constituye en un defecto por parte de las autoridades judiciales accionadas.

26. Al analizar la presunta ocurrencia de un defecto procedimental, en el fallo impugnado se consideró que, si bien en la providencia de segunda instancia cuestionada se anotó que las partes no recorrieron el traslado para alegar de conclusión, a pesar de que el Distrito de Barranquilla sí radicó memorial durante dicha etapa procesal, no es posible entender que tal etapa se omitió y tampoco tuvo una afectación en la litis, como quiera que el texto de alegatos reprodujo, una a una, las razones contenidas en el recurso de apelación.

27. No se configuró el defecto procedimental, ya que el juzgador no se abstuvo en forma abrupta e injustificada de arrimar al proceso el material probatorio necesario para aplicar el supuesto normativo en el que fundamentó su decisión. Por el contrario, la autoridad accionada indicó los elementos probatorios en que fundó su decisión, dándoles el alcance previsto en la ley, sin que le sea permitido al juez de tutela entrar a controvertir los juicios de valor que hizo el juzgador, al tratarse de una función judicial que se realiza de manera autónoma e independiente.

Impugnación

28. El apoderado de la entidad territorial accionante apeló la decisión. Para sustentar la contradicción al fallo manifestó que no eran de recibo los argumentos expuestos para omitir el estudio del cargo referente al desconocimiento del precedente jurisprudencial, por cuanto es evidente que el Tribunal Administrativo del Atlántico se limitó a confirmar la sentencia de primera instancia sin hacer pronunciamiento alguno sobre el cumplimiento del precedente aplicable según el cual no es posible disponer una orden de reintegro sin la consecuente devolución de los dineros percibidos por el beneficiario de la orden por cualquier concepto laboral, durante el tiempo que estuvo desvinculado.

29. El *a quo* pasó por alto la imposibilidad de cumplir con el reintegro ordenado en el proceso ordinario, misma que fue puesta de presente ante las autoridades accionadas, esto, por haber desaparecido el cargo que ostentaba la señora Lorena Méndez al interior de la planta de personal del Distrito. Al estar extinto el cargo de código y grado 222-08 no es posible dar cumplimiento a la orden impartida, por lo que sería procedente una indemnización sustitutiva conforme lo consagra el artículo 189 del CPACA.

30. Reiteró las razones contenidas en el memorial de tutela, relacionadas con la presunta ocurrencia de un defecto fáctico ocasionado por la falta de una valoración apropiada de los medios de prueba que permitían evidenciar que la vinculación de la señora Lorena Méndez fue a un cargo de libre nombramiento y remoción.

31. Por último, insistió en que el acto que declara la insubsistencia de un empleo de libre nombramiento y remoción no debe ser motivado conforme al artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

III. CONSIDERACIONES

Competencia

32. La Sala es competente para conocer de la impugnación al fallo de tutela de 25 de abril de 2019, proferido por la Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591 de 1991, 1069 de 2015 y 1983 de 2017, y el Acuerdo 377 de 2018 de la Sala Plena de esta Corporación.

Problema jurídico

33. De conformidad con las circunstancias que motivaron la presente acción de tutela y los argumentos de la impugnación, corresponde a la Sala determinar si modifica, revoca o confirma la providencia de 25 de abril de 2019, proferida por la Sección Tercera, Subsección C de esta Corporación, que negó las pretensiones de la acción de tutela. Para ello, esta instancia deberá establecer, en primer término, si el mecanismo de amparo cumple o no los requisitos generales de procedibilidad contra providencias judiciales. En caso afirmativo, esta instancia constatará si la providencia cuestionada adolece de los específicos defectos alegados por la parte actora lo que daría lugar a dictar una orden de amparo.

Procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales

34. Desde el año 2012², la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación aceptó la procedencia de la acción de tutela contra providencias

² Ver sentencia del 31 de julio de 2012.

judiciales. De hecho, en la sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014³, se dispuso que la acción de tutela, incluso, es procedente para cuestionar providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado, pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, este mecanismo puede ejercerse contra cualquier autoridad.

35. Para tal efecto, se ha instituido que el juez de tutela debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales (procesales o de procedibilidad) que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005.

36. Los lineamientos jurisprudenciales aludidos⁴ disponen que los requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales son: (i) *que la cuestión que se discuta tenga relevancia constitucional;* (ii) *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 fundamental irremediable;* (iii) *que se cumpla el requisito de inmediatez;* (iv) *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;* (v) *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;* y (vi) *que no se trate de sentencias de tutela.*

37. Agotada la observancia de los anteriores requisitos, el paso a seguir por el juez de tutela es el de verificar, en el caso particular y concreto, si hay lugar a conceder la protección por la configuración de cualquiera de las siguientes causales especiales de procedibilidad o defectos materiales fijados por la jurisprudencia constitucional: (i) defecto sustantivo, (ii) defecto fáctico, (iii) defecto procedimental absoluto, (iv) defecto orgánico, (v) error inducido, (vi) decisión sin motivación, (vii) desconocimiento del precedente y (viii) violación directa de la Constitución.

³ Expediente (IJ) 11001-03-15-000-2012-02201-01.

⁴ Nota de la Sala: Estas causales han sido reiteradas y tenidas en cuenta para fallar varios casos. Entre ellos, Sentencia T-324 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); Sentencia SU-014 de 2001 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez); SU-298 de 2015 (M.P. Gloria Ortiz Delgado); T-090 de 2017 (M.P. Luis Guillermo Guerrero); T-398 de 2017 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger), entre muchas otras.

38. En esos términos, la acción de la referencia en tanto mecanismo excepcional debe sujetarse al cumplimiento de tales requisitos cuando se propone contra una providencia judicial.

Cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad conforme a la sentencia C-590 de 2005 en el caso concreto

39. Sin lugar a mayores elucubraciones, esta Sala constata que el presente caso sí cumple los requisitos genéricos de procedibilidad enunciados por la jurisprudencia constitucional, por cuanto: la cuestión que se discute resulta de relevancia constitucional, en tanto trata de la posible vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad de una entidad territorial, además se cumplió la carga argumentativa necesaria pues se alegó de manera concreta la violación a los derechos invocados.

40. Se acató el requisito de la inmediatez, si se tiene en cuenta que la providencia controvertida fue proferida el 02 de marzo de 2018 –notificada por correo electrónico el 10 de abril del mismo año⁵–; posteriormente se interpuso recurso de nulidad y solicitud de adición y aclaración de la sentencia, que fueron decididos el 20 y 26 de septiembre de 2018, respectivamente. El 02 de octubre de 2018 la apoderada del Distrito de Barranquilla solicitó la aclaración y adición al auto de 20 de septiembre de 2018 y recurso de reposición contra el auto de 26 de septiembre de 2018, que negó la nulidad de la sentencia de segunda instancia.

41. El Tribunal Administrativo del Atlántico negó la nueva solicitud de aclaración, así como la petición de nulidad, mediante auto de 23 de enero de 2019, por lo que el término transcurrido entre esa fecha y el 26 de marzo de 2019, fecha de radicación de la acción de tutela, es razonable.

42. La presente controversia no trata acerca de una irregularidad procesal que tenga efectos determinantes en la sentencia que se impugna y de donde derive la afectación a los derechos fundamentales del actor y no se ataca una sentencia de tutela.

43. En lo atinente al requisito de subsidiariedad, esta Sala debe afirmar que se aparta de las consideraciones expuestas en el fallo impugnado, donde se afirmó

⁵ Folio 368, expediente 2014-02775-01 en préstamo.

que únicamente se superaba ese requisito de procedibilidad frente a los planteamientos relacionados con los defectos fáctico y procedimental, y no así con el alegado desconocimiento del precedente, lo anterior por cuanto resulta evidente que, a la fecha, la parte actora agotó todos los medios de defensa judicial disponibles a su alcance ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para controvertir la decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, único requisito previsto por la jurisprudencia constitucional para tener como superada esa exigencia y cuyo carácter ontológico atañe a la figura del juez natural de la causa.

44. Aceptar la tesis del *a quo*, según la cual, es necesario que el argumento referente al desconocimiento del precedente se haya invocado ante el juez ordinario, implicaría imponer una restricción de procedencia lata –no de procedibilidad- para la interposición de este mecanismo de amparo constitucional, la cual no ha sido consagrada en las normas que rigen a la tutela, herramienta de amparo que se caracteriza por su naturaleza informal y preferente.

45. Resuelto lo anterior, y con el fin de resolver el problema jurídico pasa la Sala a desarrollar y analizar los siguientes acápite: i) hechos probados y ii) de los defectos fáctico, procedimental y la configuración del desconocimiento del precedente en el caso concreto

Hechos probados

46. A través de Decreto no. 00679 de 16 de agosto de 2013⁶, el Gerente de Gestión Humana de la Alcaldía de Barranquilla, nombró con carácter *ordinario* a la señora Lorena Isabel Méndez Herrera, en el cargo de Profesional Especializado, código y grado 222-08, adscrito a la planta de personal global de la Alcaldía del Distrito de Barranquilla - Oficina Jurídica, con una asignación mensual de \$5.768.853.

47. Posteriormente, mediante Decreto no. 0420 de 29 de abril de 2016⁷, el Alcalde Distrital de Barranquilla decretó:

⁶ CD 2.

⁷ Ídem.

ARTICULO UNICO: Declárese insubsistente el nombramiento ordinario del funcionario(a) LORENA ISABEL MENDEZ HERRERA, identificado (a) con cédula de ciudadanía No. 22548831, en el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código y Grado 222 - 08, en la planta global del Distrito de Barranquilla, a partir de la comunicación.

48. El día 17 de noviembre de 2016, la señora Lorena Isabel Méndez interpuso el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del Distrito de Barranquilla, buscando la declaratoria de nulidad del citado Decreto no. 0420 de 29 de abril de 2016. A título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro al cargo de Profesional Especializado o a otro de igual o superior categoría y remuneración, el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a pensión que dejó de percibir durante el lapso comprendido entre la desvinculación y el reintegro, así como la indexación de las sumas referidas y el pago de las agencias en derecho y costas del proceso.

49. El argumento central de esa demanda consistió en que el nombramiento de la señora Méndez Herrera fue de provisionalidad en un cargo de carrera administrativa y no en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que el acto que declaró la insubsistencia de dicho nombramiento debía ser motivado.

50. El Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Barranquilla dictó sentencia de primera instancia dentro del proceso no. 08-001-33-33-010-2016-00418-00 el 24 de octubre de 2017. En ese fallo el Juzgado accedió a las pretensiones de la demanda por considerar que de la descripción de las funciones del cargo se desprende que las mismas eran desarrolladas conforme a las directrices del Jefe de la Oficina Jurídica, las que la demandante sólo se encargaba de socializar con los miembros del equipo designado para atender acciones de tutela, por lo que concluyó que el cargo ejercido como Profesional Especializado, código y grado 222-08, era de aquellos considerados como de carrera administrativa, razón por la que su nombramiento no podría ser considerado como “ordinario” sino de carrera administrativa en provisionalidad.

51. El Distrito de Barranquilla apeló la decisión, lo que dio lugar a que el Tribunal Administrativo del Atlántico, Sala de Decisión Oral “A”, profiriera fallo de segunda instancia el 02 de marzo de 2018 donde confirmó la decisión del Juzgado. Las consideraciones fundamentales de la autoridad judicial aquí accionada fueron las siguientes:

[S]e encuentra probado que la demandante desempeñaba su cargo en la oficina jurídica de la Alcaldía de Barranquilla, y, que de acuerdo con los testimonios rendidos por los testigos, la demandante ejercía las funciones de coordinadora de tutelas, entrega de informes de porcentajes de las acciones de tutela que llegaban en contra del distrito, la cual presentaba al jefe de la oficina jurídica, entre otras.

(...) Luego entonces, la Sala de Decisión Oral "A" del Tribunal responde al primer interrogante jurídico suscitado con un SÍ, el cargo que ostentaba la demandante como Profesional Especializado grado 222-08 de la planta global de la Alcaldía de Barranquilla, era de carrera administrativa.

Ahora bien, partiendo de la anterior respuesta, y dando aplicación nuevamente a la jurisprudencia y normativas traídas a colación, para la Sala el acto administrativo por medio del cual se le declaró insubsistente a la demandante Lorena Isabel Méndez, solo puede tenerse como válido cuando haya sido motivado, toda vez que quien goza de la facultad nominadora no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para tales efectos. Justa causa que debe ser expuesta en el acto administrativo de desvinculación.

(...) Así las cosas se responde al segundo interrogante jurídico formulado también con un SÍ, el Distrito de Barranquilla sí tenía la obligación de motivar el acto administrativo acusado, Decreto 0420 del 29 de abril de 2016, por medio del cual declaró insubsistente del cargo a la demandante, siendo consecuencia de ello, que la demandante tenga derecho al reintegro al cargo que venía desempeñando, o a uno igual o de superior categoría con la cancelación y pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir durante el lapso de tiempo transcurrido entre la desvinculación y su reintegro, tal y como lo concluyó el Juez de primera instancia, y respondiendo así al último interrogante.

52. Como viene de leerse, la providencia del Tribunal partió de dar por acreditado que, en atención a las funciones delegadas a la señora Lorena Isabel Méndez como Profesional Especializada de la Oficina Jurídica de la Alcaldía de Barranquilla, el contenido del manual de funciones de la entidad y los testimonios recibidos durante el trámite procesal ordinario, su nombramiento, a pesar de haber sido catalogado como *ordinario* en el Decreto no. 00679 de 16 de agosto de 2013, en realidad fue el de una funcionaria en provisionalidad ocupando un cargo de carrera administrativa.

53. A partir de esa conclusión coligió que el acto administrativo que declaró la insubsistencia de su nombramiento no podía ser de aquellos que se realizan en ejercicio de la facultad discrecional de la administración, sino que debía ser debidamente motivado con las razones del servicio.

54. Consta en el expediente que el día 13 de abril de 2018, el Distrito de Barranquilla radicó una solicitud de adición y aclaración a la sentencia del Tribunal Administrativo del Atlántico. En la misma fecha, presentó memorial deprecando la nulidad del proceso ordinario con fundamento en que en la sentencia de segunda instancia se señaló que ninguna de las partes había presentado alegatos de conclusión.

55. El Tribunal Administrativo del Atlántico negó la solicitud de adición y aclaración mediante auto de 20 de septiembre de 2018, con los siguientes argumentos:

[L]os interrogantes planteados y/o el problema jurídico presentado en la sentencia, responde a los interrogantes jurídicos que surgen en estos casos, y no pueden ser otros, porque el punto central es determinar la naturaleza jurídica del cargo para poder determinar la aplicación o no de la motivación en la desvinculación. Así las cosas, como ya se dijo en la sentencia, la categoría del cargo está determinada en el artículo 4 de(l) Decreto 785 de 2005, y las funciones de coordinación que desempeñaba la demandante dentro de la organización distrital no eran funciones ligadas a una especial confianza, sino más bien estaban encaminadas a garantizar el exitoso desarrollo y el eficiente uso de los recursos utilizados, de tal manera que la valoración probatoria se hizo conforme a los parámetros legales y jurisprudenciales que marcan la línea en estos asuntos, y no puede ser otra la conclusión que la confirmada por la Sala de Decisión. Así las cosas, esta Sala de decisión no accederá a la petición de aclaración y/o adición de la sentencia.

56. Con auto de 26 de septiembre de 2018, la autoridad accionada negó así la solicitud de nulidad interpuesta por la parte accionante:

Respecto la solicitud de nulidad es preciso traer a colación lo dispuesto en el artículo 133 del CGP que dispone las causales por las cuales un proceso puede declararse nulo en todo o en parte (...) 6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado

(...) Como ya se indicó, se pretende que la nulidad recaiga sobre la sentencia de segunda instancia por haberse señalado en esta, que las partes no habían alegado de conclusión, a pesar de haberlo hecho en el término procesal. No obstante la afirmación errada que se hace en la sentencia, al hacer un cotejo de esta con el escrito de alegaciones presentado por la apoderada de la demandada se pudo determinar que el escrito de alegaciones refleja íntegramente los argumentos expuestos en el escrito de apelación, de tal manera que el estudio del escrito de apelación abarcó también los expuestos en los alegatos. Así las cosas, la anotación de “no haber alegado de conclusión” que se hace en la

sentencia, pierde relevancia y por ello no se accederá a la solicitud de nulidad deprecada.

57. Por considerar que la anterior decisión omitió el estudio sobre la solicitud de modificar la orden de reintegro por una de indemnización sustitutiva, a través de escrito radicado el 02 de octubre de 2018, el Distrito de Barranquilla reclamó su adición en ese sentido. De igual manera, deprecó la aclaración del auto de 20 de septiembre de 2018, que negó la primera solicitud de adición, por considerar que el Tribunal no reparó en la omisión de la etapa de alegaciones.

58. La autoridad accionada dictó auto el 23 de enero de 2019, por medio del cual negó la solicitud de adición y aclaración al proveído de 20 de septiembre de 2018 y recurso de reposición contra el auto de 26 de septiembre de 2018 que negó la solicitud de nulidad.

Análisis de los defectos fáctico, procedimental y la configuración del desconocimiento del precedente en el caso concreto

Defecto fáctico

59. En el memorial de tutela, la apoderada del Distrito de Barranquilla, manifestó que en la providencia del Tribunal Administrativo del Atlántico se incurrió en un defecto fáctico, porque, según su parecer, no se valoró adecuadamente los medios de prueba que permitían evidenciar que el nombramiento de la señora Lorena Isabel Méndez Herrera fue en un cargo de carrera administrativa, en provisionalidad, y no en uno de libre nombramiento y remoción.

60. Cabe precisar que la afirmación concerniente a la presunta existencia de un defecto fáctico se dirigió a controvertir de manera específica el análisis del manual de funciones del empleo de la actora y las pruebas testimoniales recopiladas en el proceso. En efecto, se afirmó:

TANTO EL JUEZ DE PRIMERA COMO SEGUNDA INSTANCIA INCURRIERON EN UNA VÍA DE HECHO POR DEFECTO FÁCTICO EN TANTO QUE, PARA DETERMINAR QUE EL CARGO DE LA SEÑORA LORENA MENDEZ NO ERA DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN, VALORARON SESGADA Y ARBITRARIAMENTE EL MATERIAL PROBATORIO QUE VÁLIDAMENTE SE RECAUDÓ PARA EL CASO. MATERIAL DEL

CUAL SE INFIEREN LAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE UN EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN.

(...) Lo expuesto, materializado principalmente en el hecho de que el juez de primera instancia, al resolver el caso, solo hizo uso del manual de funciones del empleo de la actora y de dos (2) de las tres (3) pruebas testimoniales recopiladas en este proceso para tomar su determinación, desconociendo por completo que las pruebas en comento, al analizarse fuera de su contexto, conllevarían a interpretar indebidamente lo que hacía la demandante al interior de la Administración Distrital. (...)

61. Descendiendo al caso concreto, es necesario precisar que en el fallo confirmado por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Barranquilla, coligió que, en efecto, el cargo al que fue nombrada la allí demandante era de carrera administrativa con carácter de provisionalidad, para ello partió de un análisis del artículo 5 de la Ley 909 de 2004⁸ adicionado por la Ley 1093 de 2006 que regula el empleo y la carrera administrativa.

62. De igual manera, se tuvo en cuenta el contenido del manual de funciones del Distrito de Barranquilla para el cargo de Profesional Especializado, de donde se concluyó lo siguiente:

Entre las pruebas documentales aportadas por la demandada a folio 163 se encuentra lo que sería el Manual de Funciones del cargo denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO CÓDIGO Y GRADO 222-08 en la Planta Global de empleados de la Alcaldía

⁸ ARTÍCULO 5º. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así: (...)

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así: (...)

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales;

f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.

Distrital de Barranquilla. En la descripción que allí se hace de las funciones asignadas a este cargo se tiene que el mismo tiene como propósito principal "Coordinar, supervisar y controlar la ejecución de los planes, programas y proyectos institucionales que se encuentran bajo su responsabilidad, con el fin de garantizar su exitoso desarrollo y un eficiente uso de los recursos utilizados.

Revisado este folio, primeramente, no encuentra el Despacho que alguna de las funciones allí descritas como asignadas al cargo que desempeñaba la demandante, implique una "especial confianza" y/o el ejercicio de funciones de "asesoría institucional", y en todo caso, pese a que este documento es aportado por la demandada, revisado el Decreto 0500 del 25 de abril de 2011, por medio del cual se ajustó el Manual de Funciones y Competencias Laborales de la Administración Central del Distrito de Barranquilla, no se encuentra en esta normativa la denominación del cargo de la demandante como adscrito a la Oficina Jurídica del Distrito de Barranquilla. Por lo anterior, este documento no puede por sí solo demostrar la naturaleza del cargo desempeñado por la demandante, en tanto que no tiene el sustento normativo que demuestre su real existencia.

63. Para efectos de determinar si el cargo de Profesional Especializado código 222-08 de la planta global del Distrito de Barranquilla es de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción, el Tribunal analizó en su providencia los artículos 40, 122 y 125 de la Constitución Política, la Ley 909 de 2004, el Manual de Funciones del referido cargo, la jurisprudencia de esta Corporación, el artículo 4º del Decreto 785 de 2005 así como la totalidad de testimonios rendidos durante el trámite procesal ordinario para concluir que la señora Lorena Isabel Méndez ejercía las funciones de coordinadora de tutelas, debiendo hacer entrega de informes porcentuales al Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad.

64. Concluyó que las funciones asignadas a la demandante no se encontraban ligadas al concepto de especial confianza, que su cargo no estaba adscrito a las oficinas de los secretarios de despacho, los directores de departamento administrativo y los gerentes, por lo que el argumento de que el cargo era de libre nombramiento y remoción, en función de la confianza, perdía su razón de ser, para tornarse de carrera administrativa en carácter de provisionalidad:

[P]ara dar respuesta a los problemas jurídicos planeados, entrará esta instancia a determinar en primer lugar si el cargo de profesional especializado código y grado 222-08 que ostentaba la actora, es de carrera o de libre nombramiento y remoción.

Sobre este aspecto, se encuentra acreditado dentro del expediente el manual de funciones del cargo de la demandante, en el que quedaron establecido sus funciones, así:

"Propósito principal.

Coordinar, supervisar y controlar la ejecución de los planes, programas y proyectos institucionales que se encuentren bajo su responsabilidad, con el fin de garantizar exitoso desarrollo y un eficiente uso de los recursos utilizados.

Descripción de funciones esenciales.

- i) Participar en la formulación y en la determinación de los planes y programas del área de su competencia.*
- ii) Dirigir, supervisar, promover y participar en los estudios e investigaciones, que permitan mejorar la prestación de los servicios a su cargo y el oportuno de los planes, proyectos y programas.*
- iii) Asistir a las directivas de la entidad en la adecuada aplicación de las normas y procedimientos propios del ámbito de su competencia.*
- iv) Proponer e implantar los procedimientos e instrumentos requeridos para mejorar la prestación de los servicios a cargo de la dependencia.*
- v) Suministrar información relacionada con la situación procesal de los casos que le han sido asignados a los asesores de la oficina o jefe de la misma.*
- vi) Proyectar respuestas a derechos de petición, tutelas, quejas, reclamaciones, recursos y demás situaciones jurídicas que le sean asignadas.*
- vii) Rendir los informes que le sean solicitados y los que normalmente deban presentarse acerca de la gestión del área del desempeño.*
- viii) Responder por el archivo documental de los asuntos que le sean asignados.*
- ix) Asistir a reuniones en representación de su superior inmediato cuando este lo considere pertinente.*
- x) Contribuir con el diseño e implementación de sistema de gestión de calidad.*
- xi) Las demás funciones que le sean asignadas por el jefe inmediato, de acuerdo con el nivel jerárquico del empleo, la naturaleza y el área del desempeño del cargo..."*

Adicionalmente, se encuentra probado que la demandante desempeñaba su cargo en la oficina jurídica de la Alcaldía de Barranquilla, y, que de acuerdo con los testimonios rendidos por los testigos, la demandante ejercía las funciones de coordinadora de tutelas, entrega de informes de porcentajes de las acciones de tutela que llegaban en contra del distrito, la cual presentaba al jefe de la oficina jurídica, entre otras.

(...) De lo expuesto, concluye esta Corporación que en el presente caso, la actora ostentaba un cargo de carrera administrativa, no obstante que en el decreto de nombramiento se encontrare

plasmado que este fuera de carácter ordinario. De igual forma, si se tiene en cuenta que el cargo de la demandante iba encaminado a coordinar, supervisar y controlar la ejecución de los planes, programas y proyectos institucionales que se encuentren bajo su responsabilidad, con el fin de garantizar el exitoso desarrollo y un eficiente uso de los recursos utilizados, mal podría afirmarse que estas funciones se encuadran en un cargo de especial confianza con funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, al servicio directo del Alcalde Distrital.

Concretamente, las funciones de coordinación de tutelas, realización y presentación de informes dirigidos a su superior jerárquico, y asignación de tutelas al personal, no son funciones que van ligadas a una especial confianza. Además, su cargo no se encuentra adscrito a las oficinas de los secretarios de despacho de los directores de Departamento Administrativo, ni mucho menos de los gerentes en la Alcaldía.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que el superior jerárquico tanto de la demandante en su calidad de Coordinadora de Tutelas, como de las personas a las cuales ella le asignaba las diferentes acciones de tutela interpuestas en contra del Distrito de Barranquilla, era el Jefe de la Oficina Jurídica, quien si ostenta un cargo de libre nombramiento y remoción. Es decir, que el jefe de la Oficina Jurídica recibía informes y tenía bajo su subordinación a la demandante, por lo que mal podría afirmarse que la actora pertenecía a un nivel directivo o asesor, cuando en realidad, pertenecía al nivel profesional.

Luego entonces, la Sala de Decisión Oral "A" del Tribunal responde al primer interrogante jurídico suscitado con un SÍ, el cargo que ostentaba la demandante como Profesional Especializado grado 222-08 de la planta global de la Alcaldía de Barranquilla, era de carrera administrativa

65. Como corolario de la valoración probatoria realizada respecto al cargo en concreto el Tribunal señaló:

El acto administrativo por medio del cual se le declaró insubsistente a la demandante Lorena Isabel Méndez, solo puede tenerse como válido cuando haya sido motivado, toda vez que quien goza de la facultad nominadora no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para tales efectos. Justa causa que debe ser expuesta en el acto administrativo de desvinculación. Ello es así, por cuanto el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, 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.

(...) Así las cosas, se responde al segundo interrogante jurídico formulado también con un SI, el Distrito de Barranquilla si tenía la obligación de motivar el acto administrativo acusado, Decreto 0420 del 29 de abril de 2016, por medio del cual declaró insubsistente del cargo a la demandante, siendo consecuencia de ello, que la demandante tenga derecho al reintegro al cargo que venía desempeñando, o a uno igual o de superior categoría con la cancelación y pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir durante el lapso de tiempo transcurriendo entre la desvinculación y su reintegro, tal y como lo concluyó el Juez de primera instancia, y respondiendo así al último interrogante⁹.

66. La revisión del Manual de Funciones permite a esta Sala de decisión concluir que el fallo del Tribunal obedeció a una valoración probatoria que llevó a esa autoridad judicial a concluir que el cargo de profesional especializado código y grado 222-08 que desempeñó la demandante en el proceso ordinario, fundamentalmente las funciones otorgadas a ella como Coordinadora de Tutelas, no era de libre nombramiento y remoción, pues en el desarrollo de las mismas no primaba el elemento de especial confianza o de asesoría institucional que aquí alega la parte accionante, sino que eran desempeñadas en estricta sujeción a las directrices del jefe de la oficina jurídica, las que ella se encargaba de socializar entre sus compañeros de equipo de acciones de tutela, e inclusive se logró evidenciar que esas mismas funciones eran desempeñadas por otra persona del equipo que ocupaba un cargo de carrera al interior del Distrito, lo que permite descartar el invocado elemento de confianza.

67. De otra parte, en lo referente a la valoración de las pruebas testimoniales, es evidente que el Tribunal sí estudió aquellas que fueron solicitadas por las partes del litigio ordinario y que fueron decretadas por el Despacho de primer conocimiento, rendidas por las señoras Liliana María González Zapata y Carolina Gámez Serna, así:

- Testimonio de Liliana María González Zapata:

JUEZ: Informe a esta audiencia cuales eran las funciones que desempeñaba la señora, si usted las conoce, la señora Isabel Méndez, TESTIGO: Las funciones que realizaba la Sra. Lorena Méndez era la asignación de las acciones de tutelas al grupo de tutelas, y a su vez, luego de entregamos las tutelas nos entregaba

⁹ Fls. 506 a 513, del archivo No. 30, del disco compacto visible a folio 99, c.1.

los poderes. Nada más. **JUEZ:** Ante quien rendía, digamos, por su gestión la Sra. Lorena, ante qué funcionario de la Alcaldía, presentaba balances, resultados o rendía cuentas de su función. **TESTIGO:** Tengo entendido que trimestralmente la Dra. Lorena realizaba un informe de porcentajes de las acciones de tutelas que llegaban, tanto en contra del distrito como las que se ganaba, hacía una estadística trimestralmente que se le presentaba al jefe de la oficina jurídica.

APODERADO DEMANDANTE: Debido al tiempo que compartieron en la Secretaría Jurídica, usted puede dar fe o no si la demandante tenía a su cargo personal subordinado, esto es, era jefe de alguien o superior jerárquico de algún otro funcionario en la secretaría? **TESTIGO:** Como lo dije inicialmente, las funciones de ellas eran básicamente repartir las acciones de tutelas y los poderes, en ocasiones también la Dra. Lorena desempeñaba funciones de contestar las acciones de tutela, llevarlas al juzgado, hasta que tenga entendido que tenía personal a su cargo, no, solamente se encargaba de tramitar las acciones, llenaba una base de datos y en otras ocasiones ella contestaba las acciones de tutela. **APODERADO DEL DISTRITO:** (...) Cómo explica que la Sra. Lorena no teniendo personas a su cargo, haya personas a las que ella directamente o de la manera que usted estime, le asignaba la responsabilidad sobre una acción de tutela? **TESTIGO:** Cuando yo ingresé a la oficina jurídica, estando de jefe de oficina jurídica el Dr. Alfredo del Toro estuvimos en una reunión en la que se distribuyeron funciones, tengo entendido que personal, hicimos como una especie de grupo de personas que iban a manejar acciones de tutela, en ese grupo el Dr. Alfredo escogió que una persona las asignara, otro grupo las contestara y otro personal les hiciera seguimiento a las acciones de tutela. También en muchas ocasiones, no me consta que ella tuviera personal, porque yo, personalmente era una de las personas que recibía las acciones de tutela por parte de la Dra. Lorena, pero al momento de yo tener alguna inquietud o algún inconveniente con mi asignación, me dirigía directamente al Dr. Alfredo del Toro. En ningún momento la consideré como una persona que era mi jefa o superior jerárquico mío.

(...) **JUEZ:** Usted al principio me informó que trimestralmente la Sra. Lorena rendía un informe en cuanto a tutelas. Para ella elaborar ese informe, las demás personas de alguna manera coadyuvaban o entregaban esa información a la Sra. Lorena. **TESTIGO:** No, la Dra. Lorena hacía ese informe con la base de datos que manejaba. Consistía en la radicación de la acción de tutela, el juzgado de dónde provenía, el asunto o derecho vulnerado, la persona a la que se le asignaba, y también se llenaba el fallo de primera instancia o segunda Instancia.

- Testimonio de Carolina Gámez Serna:

(...) **APODERADO DEL DISTRITO DE BARRANQUILLA:** La Dra. Lorena Méndez, se encontraba a cargo, es decir, respondía por ese grupo de personas que se encargan de las tutelas en el

distrito? TESTIGO: Tengo entendido que si. Nosotros a ella, pues el grupo de tutelas a ella cuando íbamos a salir de vacaciones, coordinábamos primero con ella las fechas de vacaciones para que no se cruzara con otros compañeros y no quedara el grupo desequilibrado. Se le entregaba a ella copia de la resolución de vacaciones para que ella coordinara cuando uno salía a partir de qué momento uno salía y a partir de qué momento uno ingresaba y de igual manera cómo se iba a hacer el reparto de las tutelas. (...)

(...) APODERADO DEL DISTRITO: Si el grupo de tutelas necesitaba o tenía un inconveniente o novedad respecto a su trabajo, lo trataba con ella? TESTIGO: Se trataba con ella y ella le dirigía la inquietud al jefe de la Oficina Jurídica. APODERADO DEL DISTRITO: Sabe si ella presentaba algún tipo de informes como coordinadora del área de tutelas al jefe de la oficina jurídica. TESTIGO: Tengo entendido que sí, que ella presentaba informes. Estadísticas, como ella manejaba la base de datos, ella sabía cuáles eran las tutelas que se ganaban, que se perdían y ella hacía un informe de estadísticas y eso se rendía al Jefe de la Oficina Jurídica.

(...) APODERADO DEL DISTRITO: Sabe si de pronto ante alguna eventual ausencia de la Dra. Lorena, algún otro miembro del grupo lo ejerció transitoriamente. TESTIGO: Si APODERADO DEL DISTRITO: ¿Quién? TESTIGO: Liliana González. APODERADO DEL DISTRITO: Cuando la Dra. Liliana González suplió en el cargo de coordinadora a la Dra. Lorena, ella asumió ese mismo tipo de funciones, o la globalidad de todas esas funciones que usted me ha hecho referencia anteriormente? TESTIGO: Si, la asignación de tutelas, el reparto, ósea, de manera general.

68. Con las anteriores pruebas, la autoridad judicial concluyó que la señora Lorena Isabel Méndez ejerció sus funciones en la Oficina Jurídica del Distrito de Barranquilla como coordinadora de tutelas, que la denominación otorgada a sus funciones obedeció a una la organización interna de la Oficina Jurídica mas no a la existencia de un cargo con esa denominación específica en la planta global de personal del Distrito de Barranquilla.

69. Las funciones desarrolladas por la demandante consistían en el reparto interno de las acciones de tutela a los abogados y otros funcionarios del nivel profesional adscritos a esa oficina, así como otros abogados externos, el reparto de poderes que otorgados a dichos abogados; la realización de informes estadísticos ante el Jefe de la Oficina Jurídica, conforme a la base de datos que era alimentada por los abogados y profesionales que atendían las acciones de tutela del Distrito y el informe a los abogados y profesionales de las directrices establecidas por el Jefe de la Oficina Jurídica para la atención de los asuntos jurídicos de su competencia.

70. Fueran esas las razones por las que se determinó que el cargo desempeñado por la señora Lorena Isabel Méndez no era de confianza o asesoría, ni ordinario de libre nombramiento y remoción, sino de carrera administrativa en provisionalidad y como tal, el acto administrativo de insubsistencia debía ser motivado, y como no lo fue, procedía a su anulación.

71. En suma, es posible verificar que, contrario a lo afirmado por la accionante, en el proceso ordinario que culminó con la sentencia de 02 de marzo de 2018, dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico, sí se tuvieron en cuenta los medios de prueba aportados al expediente ordinario y de ellos la autoridad judicial accionada extrajo las siguientes conclusiones:

De lo expuesto, concluye esta Corporación que en el presente caso, la actora ostentaba un cargo de carrera administrativa, no obstante que en el decreto de nombramiento se encontrare plasmado que este fuera de carácter ordinario. De igual forma, si se tiene en cuenta que el cargo de la demandante iba encaminado a coordinar, supervisar y controlar la ejecución de los planes, programas y proyectos institucionales que se encuentren bajo su responsabilidad, con el fin de garantizar el exitoso desarrollo y un eficiente uso de los recursos utilizados, mal podría afirmarse que estas funciones se encuadran en un cargo de especial confianza con funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, al servicio directo del Alcalde Distrital.

Concretamente, las funciones de coordinación de tutelas, realización y presentación de informes dirigidos a su superior jerárquico, y asignación de tutelas al personal, no son funciones que van ligadas a una especial confianza. Además, su cargo no se encuentra adscrito a las oficinas de los secretarios de despacho de los directores de Departamento Administrativo, ni mucho menos de los gerentes en la Alcaldía.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que el superior jerárquico tanto de la demandante en su calidad de Coordinadora de Tutelas, como de las personas a las cuales ella le asignaba las diferentes acciones de tutela interpuestas en contra del Distrito de Barranquilla, era el Jefe de la Oficina Jurídica, quien sí ostenta un cargo de libre nombramiento y remoción. Es decir, que el jefe de la Oficina Jurídica recibía informes y tenía bajo su subordinación a la demandante, por lo que mal podría afirmarse que la actora pertenecía a un nivel directivo o asesor, cuando en realidad, pertenecía al nivel profesional.

Luego entonces, la Sala de Decisión Oral "A" del Tribunal responde al primer interrogante jurídico suscitado con un SÍ, el cargo que ostentaba la demandante como Profesional

Especializado grado 222-08 de la planta global de la Alcaldía de Barranquilla, era de carrera administrativa”

72. Con todo lo anterior, considera esta instancia, que tal y como lo evidenció el a quo, la autoridad judicial accionada valoró las pruebas alegadas como desconocidas por la parte accionante, de hecho, fueron determinantes para concluir que el tipo de vinculación de la señora Lorena Isabel Méndez con el Distrito de Barranquilla, fue en un cargo que, por su naturaleza y las funciones que le fueron otorgadas, no era de libre nombramiento y remoción, pues la simple lectura del manual de funciones muestra que en el desarrollo de las mismas no primaba el elemento de especial confianza o de asesoría institucional que alega la parte demandada, sino que, como lo indicó el juzgado de primera instancia y lo confirmó el Tribunal, las funciones del cargo eran desempeñadas por la demandante en estricta sujeción a las directrices del jefe de la oficina jurídica, las que ella se encargaba de socializar entre sus compañeros de equipo de acciones de tutela.

73. Bastan las anteriores razones para afirmar que en el presente asunto no es posible predicar la existencia de un defecto fáctico en la providencia judicial reprochada.

De la alegada configuración de un defecto procedimental absoluto

74. Respecto a este argumento de reproche sobre la sentencia cuestionada, se itera que el Distrito de Barranquilla cuestionó los autos de 20 y 26 de septiembre de 2018, proferidos por el Tribunal Administrativo del Atlántico en los que se resolvió no acceder a las solicitudes de nulidad, derivada por la presunta omisión de la etapa de alegaciones en el curso del proceso ordinario y, a la solicitud de adición y aclaración de la sentencia de 02 de marzo de 2018, por el hecho reclamado de no haberse pronunciado la autoridad accionada sobre los reparos hechos en el recurso de apelación.

75. Sobre ese aspecto, debe la Sala constató que, durante el trámite de segunda instancia en el proceso ordinario no. 08001-33-33-019-2016-00418-01, el Tribunal Administrativo del Atlántico profirió auto el 1º de febrero de 2018¹⁰, la magistrada ponente dispuso correr traslado a las partes para que aleguen de conclusión, así

¹⁰ Folio 447. Archivo No. 19, CD a folio 99.

como al Ministerio Público a fin de que emita su respectivo concepto. De igual manera consta que el Distrito de Barranquilla radicó escrito de alegaciones el día 16 de febrero de 2018¹¹.

76. Pese a lo anterior, en la sentencia de 02 de marzo de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico¹², se señaló en el acápite correspondiente a “alegatos de conclusión” que *“las partes no recorrieron el traslado para alegar de conclusión”*.

77. Es a partir de esa anotación que el Distrito de Barranquilla funda sus razones de reproche y considera que los argumentos expuestos en la etapa de alegaciones de segunda instancia no fueron tenidos en cuenta por parte de la autoridad judicial accionada.

78. Para desatar este punto de controversia, esta instancia estima que basta con la simple verificación de los argumentos plasmados por el Distrito de Barranquilla en su recurso de apelación contra la sentencia de 24 de octubre de 2017 del Juzgado Décimo Administrativo Oral de Barranquilla, con aquellos expuestos en los alegatos de conclusión de segunda instancia que, a criterio de la parte accionante, no fueron tenidos en cuenta por el Tribunal Administrativo del Atlántico, a efectos de verificar si, como se alega, existe algún tópico que no fuera valorado por la autoridad accionada, lo que daría lugar a considerar que se presentó una trasgresión a los derechos fundamentales de la parte actora:

Recurso de apelación¹³	Alegatos de conclusión¹⁴
<p><i>1. El a quo, incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico en tanto que, para determinar que el cargo de la actora no era de libre nombramiento y remoción, valoró sesgada y arbitrariamente el material probatorio válidamente recaudado para el caso.</i></p>	<p><i>1. El a quo, incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico en tanto que, para determinar que el cargo de la actora no era de libre nombramiento y remoción, valoró sesgada y arbitrariamente el material probatorio que válidamente se recaudó para el caso. Material del cual se infieren las características propias de un empleo de libre nombramiento y remoción.</i></p>
<p><i>1.1. De la comisión del defecto fáctico aludido, por determinar que el empleo de la actora no era de libre nombramiento y remoción sin tener en</i></p>	<p><i>1.1. De la comisión del defecto fáctico, por determinar que el empleo de la actora no era de libre nombramiento y remoción sin tener en cuenta las</i></p>

¹¹ Folios 671 a 695. Archivo No. 23, CD a folio 99.

¹² Folios 506 a 513. Archivo No. 30, CD folio 99.

¹³ Folios 397 a 423. Archivo No. 1, CD folio 99.

¹⁴ Folios 454 a 480, Archivo No. 20, CD folio 99.

<p><i>cuenta las pruebas allegadas sobre su ubicación, funciones y forma de nombramiento.</i></p>	<p><i>pruebas allegadas sobre su ubicación, funciones y forma de nombramiento.</i></p>
<p><i>1.2. De la comisión del defecto fáctico por indebida y falta de valoración probatoria, en razón de los testimonios practicados en esta Litis.</i></p> <p><i>1.2.1. Se probó que la actora era la coordinadora de un área específica de la Oficina Jurídica del Distrito de Barranquilla, adscrita al Despacho del Alcalde Distrital.</i></p> <p><i>1.2.2. Se probó que la demandante, en virtud de dicha coordinación, tenía asignada una función que inclusive era evaluada, cual fuera la elaboración del plan de acción anual que, como política de la entidad, demarcaría la defensa del Distrito de Barranquilla, en cuanto al área de tutelas, para prevenir el daño antijurídico de la entidad.</i></p> <p><i>1.2.3. Se probó que como coordinadora del área de tutelas del Distrito de Barranquilla, la demandante gestionaba un recurso humano compuesto por diversos abogados que tenían a su cargo la contestación de dichas acciones, a quienes asignaba procesos de acuerdo a su arbitrio y discrecionalidad.</i></p> <p><i>1.2.4. Se demostró que la demandante, a partir de lo dicho por el señor Guillermo Acosta y la testigo Carolina Gámez, impartía instrucciones y orientaciones para efectos de materializar la defensa del Distrito dentro de las acciones de tutela que cursaran contra este o sus dependencias.</i></p> <p><i>1.2.5. Se acreditó que los oficios y documentos atinentes a la defensa de la entidad, en cuando al área de tutelas, eran revisados por la actora, quien daba su visto bueno en cuestiones trascendentales como, cumplimientos de tutela, desacatos etc.</i></p> <p><i>1.2.6. Se probó que la actora realizaba informes rendía cuentas del área de tutelas ante el Jefe de la Oficina Jurídica Distrital, hoy Secretario Jurídico.</i></p> <p><i>1.2.7. Se probó que la demandante, en razón de su cargo, era la única que rendía informes y trataba con el Jefe</i></p>	<p><i>1.2. De la comisión del defecto fáctico por indebida y falta de valoración probatoria, en razón de los testimonios practicados en esta Litis.</i></p> <p><i>1.2.1. Se probó que la actora era la coordinadora de un área específica de la Oficina Jurídica del Distrito de Barranquilla, adscrita al Despacho del Alcalde Distrital.</i></p> <p><i>1.2.2. Se probó que la demandante, en virtud de dicha coordinación, tenía asignada una función que inclusive era evaluada, cual fuera la elaboración del plan de acción anual que, como política de la entidad, demarcaría la defensa del Distrito de Barranquilla, en cuanto al área de tutelas, para prevenir el daño antijurídico de la entidad.</i></p> <p><i>1.2.3. Se probó que como coordinadora del área de tutelas del Distrito de Barranquilla, la demandante gestionaba un recurso humano compuesto por diversos abogados que tenían a su cargo la contestación de dichas acciones, a quienes asignaba procesos de acuerdo a su arbitrio y discrecionalidad.</i></p> <p><i>1.2.4. Se demostró que la demandante, a partir de lo dicho por el señor Guillermo Acosta y la testigo Carolina Gámez, impartía instrucciones y orientaciones para efectos de materializar la defensa del Distrito dentro de las acciones de tutela que cursaran contra este o sus dependencias.</i></p> <p><i>1.2.5. Se acreditó que los oficios y documentos atinentes a la defensa de la entidad, en cuando al área de tutelas, eran revisados por la actora, quien daba su visto bueno en cuestiones trascendentales como, cumplimientos de tutela, desacatos etc.</i></p> <p><i>1.2.6. Se probó que la actora realizaba informes, rendía cuentas del área de tutelas ante el Jefe de la Oficina Jurídica Distrital, hoy Secretario Jurídico.</i></p> <p><i>1.2.7. Se probó que la demandante, en razón de su cargo, era la única que rendía informes y trataba con el Jefe</i></p>

<p>de la Oficina Jurídica del Distrito de Barranquilla, los asuntos atinentes al área de tutelas de la administración.</p> <p>1.2.8. Se demostró que la actora, al interior de la administración y al pasar, detentaba un mayor sueldo del que podría detentar un abogado miembro de su grupo, lo que se demuestra comparando los cargos de asesora como ella lo fue, con el que finalmente ocupó cuando coordinó un área dentro de la oficina.</p> <p>1.2.9. Se probó que las coordinaciones de la Oficina Jurídica del Distrito, hoy Secretaría Jurídica, eran ocupadas por funcionarios específicos de la entera confianza del Jefe de la Oficina quienes tenían a su cargo, como función común, la asesoría de la entidad de acuerdo con su área de competencia.</p>	<p>de la Oficina Jurídica del Distrito de Barranquilla, los asuntos atinentes al área de tutelas de la administración.</p> <p>1.2.8. Se demostró que la actora, al interior de la administración y al pasar, detentaba un mayor sueldo del que podría detentar un abogado miembro de su grupo, lo que se demuestra comparando los cargos de asesora como ella lo fue, con el que finalmente ocupó cuando coordinó un área dentro de la oficina.</p> <p>1.2.9. Se probó que las coordinaciones de la Oficina Jurídica del Distrito, hoy Secretaría Jurídica, eran ocupadas por funcionarios específicos de la entera confianza del Jefe de la Oficina quienes tenían a su cargo, como función común, la asesoría de la entidad de acuerdo con su área de competencia.</p>
<p>2. Se equivocó el a quo al valorar indebidamente el testimonio de la señora Liliana González y al no dar razón a la tacha formulada en contra de este.</p>	<p>2. Se equivocó el a quo al valorar indebidamente el testimonio de la señora Liliana González y al no dar razón a la tacha formulada en contra de este.</p>
<p>3. De conformidad con todo el análisis precedente, es claro que el cargo de la actora era de libre nombramiento y remoción.</p> <p>(i) El ejercicio del empleo que desempeñaba la demandante implica una especial confianza, por cuanto tiene asignadas funciones especiales y de gran responsabilidad.</p> <p>(ii) En el ejercicio del cargo, la demandante tenía claras funciones de asesoría institucional y definición de políticas que se encontraban a cargo de la Secretaría Jurídica; oficina que tiene a su cargo la función de brindar apoyo jurídico directo al Alcalde Distrital, así como, la de definir las políticas de defensa jurídica del ente territorial.</p> <p>(iii) El cargo que ostentaba la actora se encuentra adscrito al despacho del Secretario Jurídico Distrital de Barranquilla cuya injerencia directa en las actuaciones del Alcalde es evidente.</p>	<p>3. De conformidad con todo el análisis precedente, es claro que el cargo de la actora era de libre nombramiento y remoción.</p> <p>(i) El ejercicio del empleo que desempeñaba la demandante implica una especial confianza, por cuanto tiene asignadas funciones especiales y de gran responsabilidad.</p> <p>(ii) En el ejercicio del cargo, la demandante tenía claras funciones de asesoría institucional y definición de políticas que se encontraban a cargo de la Secretaría Jurídica; oficina que tiene a su cargo la función de brindar apoyo jurídico directo al Alcalde Distrital, así como, la de definir las políticas de defensa jurídica del ente territorial.</p> <p>(iii) El cargo que ostentaba la actora se encuentra adscrito al despacho del Secretario Jurídico Distrital de Barranquilla cuya injerencia directa en las actuaciones del Alcalde es evidente.</p> <p>iv) El nombramiento del cargo fue efectuado con carácter ordinario.</p>
<p>2. De conformidad con la ley, el acto que declara la insubsistencia de un</p>	<p>2. De conformidad con la ley, el acto que declara la insubsistencia de un</p>

<i>empleo de libre nombramiento y remoción no requiere ser motivado.</i>	<i>empleo de libre nombramiento y remoción no requiere ser motivado.</i>
--	--

79. Esta transcripción permite evidenciar que los planteamientos de defensa argüidos por el Distrito de Barranquilla en sus alegatos de conclusión son similares a aquellos plasmados en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en el curso del proceso ordinario, y fueron los que definieron el marco de decisión del Tribunal Administrativo del Atlántico.

80. Implica lo anterior, que si bien en la sentencia de segunda instancia el Tribunal Administrativo del Atlántico erró al anotar que las partes no presentaron alegatos de conclusión, tal situación no constituye por sí sola una trasgresión a los derechos fundamentales del Distrito de Barranquilla como quiera que el núcleo principal del reproche y la subsecuente trasgresión invocada partía por afirmar que la autoridad accionada descartó los argumentos de defensa de la parte aquí actora, afirmación que se ha descartado por las razones antes expuestas.

81. Aunado a lo expuesto debe recordarse que en el proceso contencioso administrativo la etapa de alegatos de conclusión es posterior al término probatorio, conforme al numeral 4º del artículo 247 del CPACA¹⁵

82. En suma, esta Sala considera que la autoridad accionada no pretermitió la etapa procesal de alegaciones durante el trámite de segunda instancia, en tanto que se corrió traslado a las partes para que presentaran su escrito en tal sentido y las razones de defensa fueron valoradas en su totalidad por parte del Tribunal Administrativo del Atlántico por cuanto fueron las mismas que definieron el marco de decisión en el recurso de apelación. Bastan las anteriores consideraciones para concluir que no se configuró el alegado defecto procedimental en tanto la providencia cuestionada contiene un juicio de valor que se sustentó en los argumentos de las partes en litigio y en los medios de prueba aportados al expediente ordinario.

¹⁵ “Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente”. (Resalta la Sala)

De la configuración de un desconocimiento del precedente en el caso concreto

83. Entra la Sala a resolver el defecto del desconocimiento del precedente invocado por la parte actora y cuyo análisis fue descartado por el *a quo* con fundamento en que la entidad accionante “*pretermitió las oportunidades procesales para controvertir el punto*”, razonamiento del que esta instancia se aparta por las razones antes expuestas, relacionadas con que la imposición de que la parte accionante haya ventilado los planteamientos del alegado desconocimiento en sede jurisprudencial, conllevaría la imposición de una regla de procedibilidad de la acción de tutela, no prevista en el ordenamiento jurídico nacional.

84. En lo concerniente al desconocimiento del precedente como causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala precisa que de acuerdo con lo establecido en los artículos 228 y 230 de la Constitución Política, el poder judicial es autónomo e independiente y los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley, regla general de independencia y autonomía que no es absoluta, ya que encuentra sus límites en la realización de otros valores constitucionales.

85. En materia de decisiones judiciales, se destaca el respeto por el principio de igualdad, mismo que supone no solamente la igualdad ante la ley sino también de trato por parte de las autoridades y concretamente igualdad en la interpretación y aplicación de la ley por las autoridades judiciales. Se garantiza de esta forma la seguridad jurídica y con ella la certeza de la comunidad respecto a la forma en la que se van a decidir los casos iguales. Como resultado de lo anterior, surge como límite a la autonomía e independencia de los jueces el respeto por el precedente.¹⁶

86. La Corte Constitucional ha señalado que el respeto y coherencia con sus propias decisiones es un deber de obligatorio cumplimiento para funcionarios judiciales y no una simple facultad discrecional. Aclara, en los siguientes términos las razones que explican dicha postura:

i) el principio de igualdad que es vinculante a todas las autoridades e, incluso, a algunos particulares, exige que supuestos fácticos iguales se resuelvan de la misma manera y, por consiguiente, con la misma consecuencia jurídica; ii) el principio de

¹⁶ Nota de la Sala: Sobre el desarrollo del respeto por el precedente ver sentencias C-836 de 2001, T-1130 de 2003, T-698 de 2004, T-731 de 2006, T-571 de 2007, T-808 de 2007, T-766 de 2008, T-014 de 2009 y T-100 de 2010 de la Corte Constitucional, entre otras.

cosa juzgada otorga a los destinatarios de las decisiones jurídicas cierto grado de seguridad jurídica y previsibilidad de la interpretación, pues si bien es cierto el derecho no es una ciencia exacta, sí debe existir certeza razonable sobre la decisión; iii) la autonomía judicial no puede desconocer la naturaleza reglada de la decisión judicial, pues sólo la interpretación armónica de esos dos conceptos garantiza la eficacia del Estado de Derecho; iv) los principios de buena fe y confianza legítima imponen a la administración un grado de seguridad y consistencia en las decisiones, pues existen expectativas legítimas con protección jurídica; y iv) por razones de racionalidad del sistema jurídico, porque es necesario un mínimo de coherencia a su interior.¹⁷

87. No obstante lo anterior, es importante anotar que también se ha admitido la posibilidad de que jueces y juezas se aparten de su propio precedente o del precedente de su superior jerárquico, siempre y cuando se sustenten debidamente las razones de su posición (principio de razón suficiente)¹⁸.

88. En este punto la Sala estima relevante destacar que el precedente judicial vinculante se conforma por aquellas consideraciones jurídicas que están directamente dirigidas a resolver el asunto fáctico bajo análisis. Sobre el particular, la Corte Constitucional en Sentencia T-158 de 2006, sostuvo:

Por ello, la correcta utilización del precedente judicial implica que un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación.

89. Descendiendo al caso concreto, la Sala debe afirmar sin lugar a mayores elucubraciones que si bien en la sentencia SU-053 de 2015, la Corte Constitucional analizó un caso de retiro discrecional del servicio público, esa controversia estuvo relacionada con las prerrogativas especiales del Gobierno y la Policía Nacional para retirar a miembros del servicio activo y el deber de motivación de los actos discrecionales de retiro de ese personal de la fuerza pública, razón suficiente para concluir que dicha providencia no cumple con las características antes referenciadas para ser considerada un precedente vinculante al caso que ahora

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-267 de 2013.

¹⁸ Ver Sentencia T-292 de 2006.

ocupa la atención de la Sala y para apartarse del estudio del defecto alegado, en lo concerniente a dicha sentencia de unificación.

90. En lo demás, la parte accionante alegó que la providencia cuestionada adolece de un defecto derivado del desconocimiento del precedente, porque, según su criterio, la sentencia del Tribunal Administrativo del Atlántico dejó de aplicar los criterios contenidos en la sentencia de unificación SU-556 de 2014 de la Corte Constitucional, referentes a los efectos de la nulidad del acto de retiro del funcionario vinculado en provisionalidad sin motivación, en particular que la orden de reintegro y pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir debe disponer también el descuento de las sumas que por cualquier concepto haya recibido la persona a ser reincorporada.

91. Constata la Sala que en el precedente referido como desconocido la Corte Constitucional realizó una definición de la regla indemnizatoria aplicable a casos en que se produce la desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera. Para ello, el Alto Tribunal de lo Constitucional reiteró que, cuando se genera tal desvinculación sin que se motive el respectivo acto de retiro, se desconocen los principios constitucionales de igualdad y del mérito en el acceso a la función pública, y se afectan los derechos al debido proceso y a la estabilidad laboral relativa.

92. En la referida sentencia la Corte hizo un recuento de las decisiones en que se dejó sin efectos el acto administrativo de desvinculación y se ordenó el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta la fecha de reintegro o supresión, de acuerdo con las circunstancias de los asuntos analizados y la adición paulatina de componentes a las reglas de decisión que gobernaban la materia, tales como que esa orden de pago debía acompañarse¹⁹ con una previsión sobre la necesidad de descontar de dicho pago lo que la persona desvinculada hubiese percibido del Tesoro Público por concepto del desempeño de

¹⁹ Componente adicionado en la sentencia SU-691 de 2011 de la Corte Constitucional al pronunciarse sobre el tema, a propósito de una controversia en la que varios peticionarios venían desempeñándose en provisionalidad en cargos de carrera en el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA- y en la Fiscalía General de la Nación y fueron desvinculados a través de actos administrativos carentes de motivación, los cuales acudieron ante la jurisdicción contencioso administrativa sin que en dicha sede obtuvieran la protección de sus derechos fundamentales.

otros cargos públicos durante el tiempo que estuvo desvinculada, por considerar que sólo así se ajustaba la orden al artículo 128 Superior.²⁰

93. En la sentencia de unificación la Corte expuso las siguientes consideraciones que por su pertinencia se transcriben *in extenso*:

Así, es claro que, para el caso de los provisionales que ocupan cargos de carrera y que son desvinculados sin motivación alguna, el pago de los salarios dejados de percibir, desde que se produce su desvinculación hasta el momento en que sus derechos son reconocidos judicialmente, resulta ser una indemnización excesiva a la luz de la Constitución Política y la Ley, que puede dar lugar a un enriquecimiento sin justa causa. Ello por dos razones fundamentales. Inicialmente, por cuanto el servidor público afectado con la medida de retiro se encontraba en una modalidad de vinculación temporal, que desde el punto de vista estrictamente jurídico no tiene vocación de permanencia, lo que claramente inhibe que a la persona se le genere una expectativa de permanencia indefinida, representada en la posible indemnización que tenga derecho a recibir por esa causa. De allí, que sea contrario a la ley presumir que su permanencia en el cargo habría de superar el plazo máximo para ello consagrado, y que, por tanto, se deba indemnizar más allá de las expectativas legítimamente generadas. Además, porque, constitucionalmente, en la persona radica la responsabilidad de su propio sostenimiento, por lo que al haber sido declarada insubsistente, debe asumir la carga consigo misma, y no pretender trasladarla a su empleador, adelantando las acciones necesarias para recuperar su autonomía y generar sus propios ingresos. Entonces, no es posible presumir que el daño causado se proyecte sobre la totalidad del tiempo transcurrido desde la desvinculación hasta la decisión judicial de reintegro, ni que al servidor público afectado se le deban pagar los salarios dejados de percibir por un servicio que es imposible que preste en esa entidad hacia el pasado, y que, en contraste, si pudo haber prestado en otra institución de la sociedad.

(...)

La jurisprudencia constitucional ha venido evolucionando en la dirección de vincular el monto de la indemnización a que tiene derecho el servidor público que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad y es retirado sin motivación, con el daño efectivamente sufrido por éste. Dicho daño debe corresponder necesariamente a lo dejado de percibir durante el tiempo en que ha permanecido cesante con motivo de su retiro injustificado, debiéndose considerar también, para efectos de que haya lugar a

²⁰ ARTICULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

una verdadera reparación integral y se evite el pago de una indemnización excesiva, la expectativa de permanencia y estabilidad laboral propia del cargo de carrera provisto en provisionalidad, y la carga que le corresponde a la persona de asumir su propio auto-sostenimiento.

3.6.3.13.2. En ese contexto, desarrollando los criterios fijados por la Corte en la SU-691 de 2011, estima la Sala que la fórmula que resulta aplicable al caso de quienes ocupan cargos de carrera en provisionalidad y son desvinculados sin motivación, es la de disponer que su reintegro se realice sin solución de continuidad, con el correspondiente pago de los salarios y prestaciones efectivamente dejados de percibir. Cabe entender que el salario se deja de percibir, cuando, por cualquier circunstancia, una persona se ve privada de la posibilidad de generar un ingreso como retribución por su trabajo, de manera que, cuando quiera que la persona accede a un empleo o a una actividad económica alternativa, deja de estar cesante, y, por consiguiente, ya no “deja de percibir” una retribución por su trabajo.

Siendo ello así, como quiera que sólo cabe indemnizar el daño efectivamente sufrido y tal daño es equivalente a lo dejado de percibir, de la suma indemnizatoria es preciso descontar todo lo que la persona, durante el periodo de desvinculación, haya percibido como retribución por su trabajo, bien sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente.

(...)

3.6.13.4. Ahora bien, siendo consecuente con el propósito de que la reparación debe corresponder al daño que se presentó cuando, de manera injusta, se frustró la expectativa de estabilidad relativa en el cargo, se dispondrá que, en todo caso, la indemnización a ser reconocida no podrá ser inferior a los seis (6) meses que según la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, estableciéndose, a su vez, un límite superior a la suma indemnizatoria de hasta veinticuatro (24) meses, atribuible a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio.

(...)

Conforme con lo expuesto, las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son: (i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona,

sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

94. Así entonces, la Corte Constitucional, a través de una línea uniforme, ha concluido que en aquellos casos en que una persona que se encuentra vinculada al servicio del Estado es declarada insubsistente en su cargo pero, posteriormente, se determina que ese retiro se dio en contravía de la ley y la Constitución, por lo que tiene derecho a ser reintegrada al cargo que venía desempeñando o a uno de superior jerarquía, y a recibir como restablecimiento de su derecho los salarios y prestaciones dejadas de percibir con ocasión de la desvinculación ilegal, la orden de pago debe estar acompañada con aquella que dispone descontar de las sanciones impuestas al Estado las sumas que se hubieren devengado desde el momento de la desvinculación hasta el reintegro efectivo.

95. Como viene de leerse, la Corte impuso también un límite a la orden consistente en que el pago de los salarios y prestaciones sociales solo procede hasta cuando el respectivo cargo hubiere sido provisto mediante el sistema del concurso de méritos. Sobre el asunto, indicó que quien está nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, se encuentra ante una situación excepcional y temporal de permanencia en el cargo, por lo que debe asumir que tiene una estabilidad intermedia, en la medida en que no ha sido vinculado mediante un sistema de méritos. Por esa razón, concluyó que no es apropiado asumir que la cuantificación de la indemnización se hiciera a partir de la ficción de que el servidor público hubiera permanecido vinculado al cargo durante todo el lapso del proceso, prestando el servicio y recibiendo un salario, porque ello no solo es contrario a la realidad, sino que implica un reconocimiento que excede, incluso, el término máximo que permite la ley para este tipo de nombramientos.

96. De igual manera la Corte definió los límites en cuanto al tiempo y el monto de la suma a ser reconocida por concepto de indemnización, la cual no puede ser inferior a 6 meses y superior a 24 meses de salario.

97. La fórmula aplicable para disponer que el reintegro ordenado se realice sin solución de continuidad, contempla el correspondiente pago de salarios y prestaciones efectivamente dejados de percibir, por lo que es imperativo, a voces de la Corte Constitucional que se descuente todo lo que durante el periodo de desvinculación el beneficiado de la orden de reintegro haya percibido como

retribución por su trabajo, bien sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente.

98. Ahora bien, en el caso bajo análisis los jueces naturales del asunto, consideraron que el cargo que ocupaba la señora Lorena Isabel Méndez Herrera como Profesional Especializado código 222, grado 08, adscrita a la planta de personal global de la Alcaldía del Distrito de Barranquilla, pese a que su nombramiento fue catalogado como “ordinario”, era un cargo de carrera que ejercía en provisionalidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 5º de la Ley 909 de 2004, el artículo 4º del Decreto 785 de 2005, la jurisprudencia de esta Corporación sobre la materia, el manual de funciones de la entidad y los medios de prueba aportados al expediente ordinario.

99. A partir de lo anterior, concluyeron las autoridades judiciales que el acto de retiro de la allí demandante debía ser motivado de acuerdo con las reglas jurisprudenciales planteadas con miras a salvaguardar el derecho al debido proceso de ésta. Por lo cual, el que no estuviera motivado lesionaba su derecho fundamental, estaba viciado de nulidad y, consecuentemente, procedía el restablecimiento del derecho.

100. Sin embargo, tanto el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Barranquilla como el Tribunal Administrativo de Atlántico ordenaron el reintegro de la demandante al cargo que venía desempeñando o a uno de igual categoría, con el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar durante todo el tiempo que estuvo desvinculada.

101. Lo anterior sin reparar en las implicaciones de dicha orden a la luz de la jurisprudencia constitucional antes referenciada, según la cual, en todos los casos de esta índole, las ordenes a impartirse deben ser: **(i)** el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, **(ii)** a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

102. Con lo anterior, esta Sala colige que el Tribunal Administrativo del Atlántico se apartó de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sin cumplir las cargas de justificación razonable, y pese a que concluyó que había necesidad de motivar el acto de retiro de la funcionaria en cargo de carrera en provisionalidad y decretó su nulidad, omitió las reglas jurisprudenciales que dictaminan cómo deben ser los órdenes de restablecimiento del derecho, lo que a su vez, conlleva una trasgresión al derecho fundamental al debido proceso del Distrito de Barranquilla.

Conclusión

103. Esta instancia no comparte las consideraciones de la Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado, que la llevaron a negar las pretensiones de la presente acción de tutela.

104. En consecuencia, esta Sala revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar decretará el amparo al derecho fundamental al debido proceso del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla; dejará sin efectos la sentencia de 02 de marzo de 2018, así como los autos de 20 y 26 de septiembre de 2018, proferidos por el Tribunal Administrativo del Atlántico al interior del proceso radicado no. 08001-33-33-019-2016-00418-00/01 donde obró como demandante la señora Lorena Isabel Méndez Herrera y dispondrá que la autoridad judicial accionada profiera una nueva decisión de reemplazo dentro del término máximo de 30 días, donde deberá tener en cuenta las consideraciones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

105. Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. REVOCAR la sentencia de 25 de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, en consecuencia se dispone

DEJAR SIN EFECTOS la sentencia de 02 de marzo de 2018, así como los autos de 20 y 26 de septiembre de 2018, proferidos por el Tribunal Administrativo del Atlántico al interior del proceso radicado no. 08001-33-33-019-2016-00418-00/01 donde obró como demandante la señora Lorena Isabel Méndez Herrera.

TERCERO. ORDENAR al Tribunal Administrativo del Atlántico que un término máximo de treinta (30) días profiera la providencia de reemplazo en segunda instancia al interior del proceso radicado no. 08001-33-33-019-2016-00418-00/01 donde obró como demandante la señora Lorena Isabel Méndez Herrera, en la que deberá tener en cuenta las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. NOTIFICAR a las partes por el medio que resulte más expedito y eficaz, conforme a los artículos 30 y 31 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

QUINTO. ENVIAR el expediente de tutela a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente

IMPEDIDO
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado