



Sentencia T-416/16

Referencia: Expediente T-5281006

Acción de tutela interpuesta por Brianda Mercedes Reniz Caballero contra la Sección Segunda, Subsección “B”, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Magistrado Ponente:
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., nueve (9) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la presente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por las Secciones Cuarta y Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la acción de tutela instaurada por Brianda Mercedes Reniz Caballero contra la Sección Segunda, Subsección “B”, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

I. ANTECEDENTES

La señora Brianda Mercedes Reniz Caballero promovió acción de tutela contra la Sección Segunda, Subsección “B”, del Consejo de Estado, por considerar vulnerados sus derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad y los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe al proferir la sentencia de segunda instancia de 14 de noviembre de 2013 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento

instaurado contra la Contraloría Distrital de Bogotá y el Distrito Capital. En su criterio, incurrió en una vía de hecho por defecto sustantivo, violación directa de la Constitución, decisión sin motivación y desconocimiento de precedente jurisprudencial.

1. Hechos relevantes

1.1. Mediante Decreto 918 de 14 de diciembre de 2001, el Alcalde Mayor de Bogotá, previo concurso público de méritos, nombró a la señora Brianda Mercedes Reniz Caballero como curadora urbana núm 2, por un período de 5 años.

1.2. Teniendo en cuenta que contra la demandante se iniciaron procesos de responsabilidad fiscal, el Contralor Distrital de Bogotá, invocando el principio de “*verdad sabida y buena fe guardada*” consagrado en el artículo 268-8 de la Constitución Política¹, mediante Oficio 10000-28448 de 7 de diciembre de 2005, le exigió al Alcalde de Bogotá que suspendiera de manera inmediata a la accionante en el cargo de curadora.

1.3. En virtud de lo anterior, el Alcalde Mayor de Bogotá profirió el Decreto 441 de 9 de diciembre de 2005, a través del cual dispuso “*suspender provisionalmente a partir del diez (10) de diciembre del presente año, a la doctora BRIANDA MERCEDES RENIZ CABALLERO,... del cargo de Curadora Urbana No. 2 de Bogotá, en tanto culminan las investigaciones fiscales que actualmente cursan en su contra, y que ameritan esta suspensión*”. Posteriormente, mediante Decreto 446 de 2005, nombró, en reemplazo de la actora al arquitecto Gonzalo Vargas Ayala, hasta que se resolvieran las investigaciones fiscales que dieron lugar a la suspensión.

1.4. Relató la accionante que el 17 de abril de 2006 promovió demanda contra la Contraloría Distrital y el Distrito Capital. Solicitó la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se dispuso la suspensión del cargo de Curadora y, de forma subsidiaria, en ejercicio de la acción de reparación directa, pidió el pago de perjuicios morales y materiales que fueron ocasionados con la medida de suspensión.

1.5. Sostuvo que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto de 19 de julio de 2006, admitió la demanda y negó la solicitud de suspensión provisional de los actos demandados. En ese sentido, afirma que la autoridad judicial, al admitir la demanda y resolver la suspensión, “*partió del entendimiento de que se estaba enfrente de actos administrativos controlables a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que*

¹ “Artículo 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:
(...)

8. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios”.

resultaba conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado que se pregonaba entonces”².

1.6. Adujo que la Sección Segunda, Subsección “B”, del Consejo de Estado mediante sentencia de 29 de marzo de 2007³, reafirmó la tesis según la cual los actos administrativos adoptados en virtud del principio de *“verdad sabida y buena fe guardada”* son demandables ante la jurisdicción contenciosa a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, esa postura cambió a partir de la providencia de 2 de octubre de 2008⁴, en donde se señaló que los actos administrativos mediante los cuales el Contralor exige la suspensión de un funcionario son instrumentales o preparatorios y por lo tanto no pueden ser objeto del control de legalidad por vía judicial.

1.7. La Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en Descongestión, mediante sentencia de 10 de septiembre de 2012, negó las súplicas de la demanda.

1.8. Contra la decisión anterior la demandante interpuso recurso de apelación en el que, además de señalar las razones de inconformidad frente al fallo de primera instancia, puso de presente la necesidad de que el Consejo de Estado resolviera la apelación con fundamento en la jurisprudencia vigente al momento de presentación y reforma de la demanda.

1.9. En ese sentido, señaló que la jurisprudencia vigente para el 2006, año en que fue presentada la demanda, establecía que los actos administrativos a través de los cuales el Contralor exige la suspensión de un funcionario con base en la facultad establecida en el artículo 268-8 Superior eran susceptibles de control judicial. De este modo, solicitó *“que la sentencia se emitiera con base en dicha jurisprudencia, y no con base en la jurisprudencia dictada con posterioridad a la presentación y reforma de la demanda (...) que varió dicha postura, todo con el fin de que se respetaran los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y al debido proceso, así como al principio de seguridad jurídica”*.

1.10. Relató que el recurso de alzada fue resuelto por la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante providencia de 14 de noviembre de 2013, en la que revocó el fallo de primera instancia. En su lugar, se declaró inhibida para efectuar un pronunciamiento de fondo porque los actos administrativos a través de los cuales el Contralor exige la suspensión de un servidor público no son susceptibles de control judicial.

1.11. Finalmente, añadió que si bien *“no está solicitando que se accedan a las pretensiones formuladas en el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sino simple y llanamente se ordene a la Sección*

² Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 13 de julio de 2000, expediente 78-2000.

³ Radicación No. 25000-23-25-000-1997-47826-01 (0955-2005).

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B, expediente No. 25000-23-25-000-2000-06992-01 (6093-05).

Segunda del Consejo de Estado emitir un pronunciamiento de fondo sobre dichas pretensiones”, estimó pertinente poner de presente que todos los procesos de responsabilidad fiscal cuya apertura fue aducida por el Contralor de Bogotá para disponer su suspensión, fueron resueltos a su favor.

2. Decisión controvertida mediante tutela

A continuación la Sala reseña el contenido de la decisión judicial impugnada por la señora Brianda Mercedes Reniz Caballero a través de la presente acción de tutela.

2.1. Mediante sentencia 14 de noviembre de 2013, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B” revocó la decisión de primera instancia proferida el 10 de septiembre de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C, de Descongestión. En su lugar, se declaró inhibida para efectuar un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda.

2.1.1. Para fundamentar lo anterior, la autoridad judicial accionada hizo referencia a la jurisprudencia según la cual el acto administrativo que dispone la suspensión provisional de un funcionario conforme a la competencia constitucional conferida a los Contralores, es susceptible de ser enjuiciado ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo porque “[...] *Esta potestad (la conferida a los Contralores mediante el numeral 8, artículo 268 de la Constitución Política) obra con independencia del resultado de los procesos fiscales, penales o disciplinarios y encuentra su razón de ser en la decisión discrecional, más (sic) no arbitraria, del mencionado funcionario de apreciar el grado de entorpecimiento que para la realización de las citadas investigaciones pueda ejercer el servidor público investigado. // Por ende, teniendo esta connotación, la medida que así lo disponga es susceptible de ser enjuiciada ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo siendo factible esgrimir en contra de la misma los vicios de ilegalidad que respecto de la generalidad de los actos administrativos pueden invocarse con miras a desvirtuar la presunción de legalidad que los rodea. [...]*”⁵

2.1.2. Sin embargo, afirmó que los actos administrativos que suspenden provisionalmente del cargo a un funcionario no son proferidos por las mismas autoridades que adelantan las investigaciones disciplinarias, fiscales o penales, esto es, *“en estricto sentido no se expiden dentro de estos procesos, ni obstaculizan o viabilizan la sucesión de sus etapas. Sin embargo, a pesar de estas particularidades es innegable su naturaleza instrumental, preparatoria, si se quiere, del buen desarrollo de dicha función investigativa. Esta condición instrumental impide concluir que estamos en presencia de actos administrativos demandables ante la jurisdicción (...)”*.

2.1.3. Concluyó, que si bien la medida afecta los intereses del funcionario público porque implica el retiro temporal del servicio, el acto administrativo

⁵ Expediente No. 25000-23-25-000-1997-4782601 (0955-2005), sentencia de 29 de marzo de 2007.

que así lo dispone no define la situación laboral del investigado dado que la suspensión es transitoria, razón por la cual los actos demandados al ser instrumentales o preparatorios no son objeto de control de legalidad por vía judicial.

3. Solicitud y fundamento de la tutela

3.1. La señora Brianda Mercedes Reniz Caballero presentó la acción de tutela el 27 de junio de 2014. Sostiene que la decisión judicial del Consejo de Estado es ostensiblemente violatoria de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad, por cuanto el fallo inhibitorio tuvo como fundamento un criterio jurisprudencial posterior al vigente al momento de presentación de la demanda.

Lo anterior, pese a que la sentencia cuestionada admitió la existencia de jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual los actos de suspensión son verdaderos actos administrativos susceptibles de ser enjuiciados ante la jurisdicción contenciosa administrativa. No obstante, señala, se aplicó un criterio que no se encontraba vigente al momento de presentación de la demanda, que derivó en un fallo inhibitorio, circunstancia que a su juicio se traduce en una evidente denegación de justicia.

3.2. Sustenta la acción de tutela en la supuesta existencia de los defectos material o sustantivo, violación directa de la Constitución, decisión sin motivación y desconocimiento de precedente jurisprudencial, de la siguiente manera:

“i) Al momento de presentarse y reformarse la demanda, la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado consideraba que los actos de suspensión provisional de funcionarios dictados en ejercicio de la facultad conferida a los contralores en el numeral 8 del artículo 268 de la Constitución Política, eran actos administrativos definitivos, autónomos e independientes de las actuaciones procesales que se les estuviesen siguiendo a los funcionarios, cuya legalidad era enjuiciable ante la jurisdicción a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

ii) El Consejo de Estado, en la providencia de marras, debió por lo tanto, haber emitido un pronunciamiento de fondo con base justamente en dichos parámetros jurisprudenciales existentes al momento de incoar la acción – hoy medio de control- de nulidad y restablecimiento del derecho, y no, como lo hizo, inhibirse de pronunciarse bajo el entendido de la nueva y posterior jurisprudencia que varió aquella línea hermenéutica y que aplicó de manera retroactiva.

(...)

El Consejo de Estado ha venido estableciendo un precedente jurisprudencial –que tiene por lo tanto efectos vinculantes horizontales respecto de sus propias Salas de Decisión-, según el cual cuando se producen cambios jurisprudenciales en el transcurso de un proceso, el fallo

correspondiente debe emitirse con base en la jurisprudencia vigente al momento en que se entabló la demanda en ejercicio de la correspondiente acción (hoy medio de control).

Es decir, se debe aplicar ultractivamente la jurisprudencia vigente al momento de la presentación de la demanda.

(...)

Como se puede apreciar, la sentencia respecto de la cual se dirige la presente acción de tutela, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se apartó sin razonamiento alguno –y por lo tanto sin justificación-, del otro precedente establecido por esa misma Sección según el cual en el evento en que se produzcan variaciones jurisprudenciales en el curso de un proceso, la sentencia debe emitirse con base en la jurisprudencia vigente al momento de haberse promovido la acción mediante la respectiva demanda.

Según se aprecia del fallo inhibitorio, allí no se plasmó ningún razonamiento que justificara la no emisión de una sentencia de fondo con base en la jurisprudencia vigente para el momento en que se interpuso la demanda, sino que simplemente se procedió a reproducir el criterio jurisprudencial adoptado con posterioridad a la interposición y reforma de la demanda para, con fundamento en él, producir el fallo inhibitorio, todo a pesar de la expresa petición que se hizo en el recurso de apelación y frente a la cual no se dio respuesta alguna”.

3.3. En este orden de ideas, la accionante solicita dejar sin efecto la sentencia de 14 de noviembre de 2013, por medio de la cual el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, se declaró inhibido para resolver las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. En consecuencia, pide se ordene a esa Corporación proferir una nueva decisión que resuelva el fondo del asunto.

4. Trámite procesal y contestación de las entidades accionadas

Mediante auto de 7 de julio de 2014 la Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió la acción de tutela y corrió traslado a la autoridad judicial accionada, así como al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en Descongestión, a la Contraloría Distrital de Bogotá y a la Alcaldía Mayor de Bogotá, como terceros interesados en las resultas del proceso, con el fin de que rindieran informe sobre los hechos objeto de tutela⁶.

4.1. La Sección Segunda, Subsección “B”, del Consejo de Estado se opuso a las pretensiones de la acción de tutela y manifestó que la sentencia cuestionada guarda consonancia entre lo decidido por el fallador de primera instancia y los argumentos del recurso de apelación. Además, la decisión objeto de tutela se basó en la normativa aplicable, el precedente

⁶ Folio 58, cuaderno 1.

jurisprudencial fijado por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo y en las pruebas aportadas al proceso⁷.

4.2. La Alcaldía Mayor de Bogotá se opuso a las pretensiones de la acción de tutela y solicitó la desvinculación del presente trámite por falta de legitimación en la causa por pasiva, debido a que la entidad no ha desconocido ni amenazado los derechos fundamentales invocados por la accionante.

Manifestó que los argumentos de la demanda de tutela carecen de fundamento jurídico porque la Alcaldía no expidió acto administrativo alguno que vulnerara los derechos de la actora. En efecto, sostuvo que el Decreto 441 de 9 de diciembre de 2005, que suspendió del cargo a la demandante, buscó proteger el patrimonio público y evitar riesgos frente al manejo de tales recursos porque contra la Curadora Urbana núm. 2 de Bogotá se iniciaron 5 procesos de responsabilidad fiscal⁸.

4.3. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C, en Descongestión, afirmó que la providencia acusada se sustentó en los artículos 2, 6, 13, 29, 209, 268 numeral 8°, 272 inciso 6° de la Constitución; 109 del Decreto 1421 de 1993 y 32 del Acuerdo 24 de 2001, invocados en la demanda, así como en lo dispuesto en el artículo 267 de la Carta Política, relacionado con el control fiscal, y 5 del Decreto 2150 de 1995, que define la figura del curador urbano.

Relató que la sentencia de primera instancia estudió y analizó los cargos de anulación propuestos por la parte actora contrastando el contenido de los actos administrativos con el ordenamiento jurídico de lo cual concluyó que fueron proferidos conforme a derecho, por lo que negó las súplicas de la demanda⁹.

4.4. Finalmente, la Contraloría de Bogotá advirtió que el recurso de amparo es improcedente porque no cumplió con los requisitos de inmediatez ni subsidiariedad. Adicionalmente, afirmó que la parte actora no demostró la configuración de un perjuicio irremediable y que la tutela no puede convertirse en una tercera instancia para reabrir debates concluidos¹⁰.

Agregó que el principio de verdad sabida y buena fe guardada tiene rango constitucional, el cual fue consagrado por el constituyente para que sirviera de fundamento a la figura de la suspensión provisional que puede ser ejercida por la Contraloría General y las Territoriales, no a título de sanción sino como medida cautelar. Teniendo en cuenta que contra la señora Reniz Caballero se iniciaron 5 investigaciones fiscales el acto que la suspendió del cargo de Curadora Urbana goza de presunción de legalidad.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL

1. Fallo de primera instancia

⁷ Folios 64 a 66, cuaderno 1.

⁸ Folios 67 y 68, cuaderno 1.

⁹ Folios 79 a 85, cuaderno 1.

¹⁰ Folios 86 a 93, cuaderno 1.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante providencia de 2 de septiembre de 2014, negó la solicitud de amparo al considerar que la sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección B, de esa Corporación fue motivada en forma suficiente, se basó en los supuestos fácticos obrantes en el proceso y en las normas jurídicas vigentes al momento de proferir la decisión, lo cual garantizó el acceso a la administración de justicia y el derecho al debido proceso de las partes.

2. Impugnación

La señora Brianda Mercedes Reniz Caballero impugnó la decisión para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la acción de amparo. En su concepto, la decisión adoptada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado omitió pronunciarse sobre lo expuesto en el escrito de tutela, además considera, que la sentencia fue proferida sin motivación y en contravía de los principios *pro homine* y tutela efectiva.

A juicio de la actora, la afirmación del *a quo* según la cual la providencia cuestionada “*fue motivada suficientemente, basada en los supuestos fácticos obrantes en el proceso*”, y en las “*normas jurídicas aplicables vigentes al momento de proferirse la decisión*” no es de recibo porque la autoridad judicial accionada profirió una decisión inhibitoria con fundamento en un cambio de jurisprudencia posterior a la presentación de la demanda, sin analizar el fondo del asunto.

Insistió en que la decisión inhibitoria proferida por el Consejo de Estado dentro del proceso contencioso administrativo vulnera los derechos invocados por “*haberse negado a emitir un fallo de fondo con base en la jurisprudencia vigente al momento de haberse promovido la acción*”, tal y como lo ha aceptado la jurisprudencia de esa misma Corporación¹¹.

En su sentir, el Juez de tutela no tuvo en cuenta que la providencia judicial censurada fue proferida sin motivación, porque “*en el recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal se le solicitó expresamente al Consejo de Estado fallara (...), con base en la jurisprudencia vigente al momento de instaurar la acción, y no con fundamento en la jurisprudencia posterior que varió aquella, y a pesar de ello el Consejo de Estado en la sentencia sobre la cual se dirigió la acción de tutela, no emitió pronunciamiento alguno en relación con tal expresa petición, siendo esta precisamente la razón argumentada de la falta de motivación de la sentencia judicial frente a un punto crucial del debate procesal*”. Asunto, respecto del cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado tampoco hizo pronunciamiento alguno.

Finalmente adujo que la línea jurisprudencial vigente al momento de la presentación de la demanda no fue respetada habida cuenta que la providencia enjuiciada no expuso razonamiento alguno para justificar su no aplicación.

¹¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 27 de marzo de 2007, exp. IJ.2000-2513.

3. Sentencia de segunda instancia

La Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante fallo de 15 de octubre de 2015, confirmó la decisión del *a quo* porque la autoridad judicial accionada exteriorizó de forma lógica, coherente y suficiente la tesis según la cual los actos administrativos a través de los cuales el Contralor exige la suspensión de un funcionario son actos preparatorios no susceptibles de control judicial.

En ese sentido, afirmó que el hecho de que el asunto se hubiese decidido con base en la tesis jurisprudencial vigente al momento de la expedición del fallo (no de la interposición de la demanda), no configuró defecto alguno. Por el contrario, sostuvo, que tal actuar constituye un reflejo del ejercicio de la autonomía judicial del juez natural¹².

III. PRUEBAS

De las pruebas que obran en el expediente se destacan:

- Copia del Decreto núm. 918 de 14 de diciembre de 2001, por medio del cual el Alcalde Mayor de Bogotá designó como Curadora Urbana núm. 2 de Bogotá, por un período de cinco años, a la señora Brianda Mercedes Reniz Caballero (Cuaderno 2, folio 1).

- Copia del oficio núm. 10000-28448 de 7 de diciembre de 2005, por medio del cual el Contralor de Bogotá, invocando la facultad de “*verdad sabida y buena fe guardada*” prevista en el artículo 268-8 de la Constitución Política le exigió al Alcalde Mayor de Bogotá la suspensión inmediata de la señora Brianda Mercedes Reniz Caballero del cargo de Curadora Urbana núm. 2 de Bogotá, mientras culminaban los procesos de responsabilidad fiscal núms. 50100-336/05, 50100-346/05, 50100-349/05, 50100-350/05 y 50100-351/05 (Cuaderno 2, folios 4 y 5).

- En cumplimiento de lo anterior, el Alcalde Mayor de Bogotá, mediante Decreto núm. 441 de 9 de diciembre de 2005, suspendió de manera provisional a la Curadora Urbana núm 2 de Bogotá Brianda Mercedes Reniz Caballero, en tanto culminaban las investigaciones fiscales adelantadas en su contra (Cuaderno 2, 6 a 8).

- Copia de la sentencia de 10 de septiembre de 2012, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “C”,

¹² Esa sentencia contó con salvamento de voto de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, quien manifestó que “*la aplicación del giro o cambio jurisprudencial no puede asaltar ni sobreponer en su buena fe a quien demanda con base en la posición que el Consejo de Estado ha considerado pacífica y unívoca, menos aun cuando es bien sabido que cada ocho (8) años, por regla general, las curules de las Altas Cortes son reemplazadas por nuevos miembros, con nuevas e interesantes tesis y filosofías que dinamizan el actuar y la jurisprudencia que se profiere, pero ello debe respetar la situación de quien bajo parámetros de razonabilidad, seguridad jurídica y confianza legítima desenvuelve su actuar ante la jurisdicción observando un panorama jurídico de generalidades de las figuras de derecho definido y decantado con antelación por ese mismo operador jurídico*”. En ese sentido, afirmó que la Sección Segunda, Subsección B, no debió aplicar la rectificación jurisprudencial que en el curso del proceso se presentó como hecho sobreviniente.

en Descongestión, negó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, bajo el argumento de que la orden de suspensión provisional del cargo se dio como consecuencia de la existencia de investigaciones fiscales adelantadas contra la demandante. Para el Tribunal, la decisión de suspender no está delimitada de una formalidad específica, dado que el análisis que realiza el Contralor se hace en conciencia, sin exteriorizar sus motivos, ni elaborar una exposición detallada de su determinación, utilizando para el efecto el principio de “*verdad sabida y buena fe guardada*” que asume bajo su estricta responsabilidad.

De este modo, el fallador de primera instancia concluyó que la Contraloría de Bogotá fundamentó la decisión de solicitar la suspensión del cargo con base en los cinco (5) procesos de responsabilidad fiscal adelantados en contra de la demandante. Por tanto, a juicio del Tribunal el acto administrativo mantiene incólume su presunción de legalidad porque fue proferido con fundamento en preceptos constitucionales y legales (Cuaderno 2, folio 208).

- Copia de la sentencia de 14 de noviembre de 2013, proferida por la Sección Segunda, Subsección “B”, del Consejo de Estado, que revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, se declaró inhibida para efectuar un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda (Cuaderno 2, folio 271).

IV. ACTUACIÓN EN SEDE DE REVISIÓN

- De acuerdo con lo señalado en el artículo 61 del Acuerdo 02 de 2015¹³, “*por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional*”, el Magistrado Sustanciador, en sesión realizada el 9 de marzo de 2016, puso a consideración de la Corporación el asunto de la referencia, con el fin de que se determinara si la Sala Plena avocaba su conocimiento para ser decidido como sentencia de unificación. En esa oportunidad, los magistrados decidieron que la acción de tutela debía ser resuelta por la Sala de Revisión correspondiente¹⁴.

- En Auto de 6 de abril de 2016, con el fin de allegar elementos de juicio para adoptar la decisión de fondo, el Magistrado Sustanciador dispuso:

¹³ “Artículo 61. Revisión por la Sala Plena. Cuando a juicio de la Sala Plena, por solicitud de cualquier magistrado, un proceso de tutela dé lugar a un fallo de unificación de jurisprudencia o la transcendencia del tema amerite su estudio por todos los magistrados, se dispondrá que la sentencia correspondiente sea proferida por la Sala Plena. // Adicionalmente, para los fines establecidos en las normas vigentes, después de haber sido escogidos autónomamente por la Sala de Selección competente, los fallos sobre acciones de tutela instauradas contra providencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado deberán ser llevados por el magistrado a quien le corresponda en reparto a la Sala Plena, la cual determinará si asume su conocimiento con base en el informe mensual que le sea presentado a partir de la Sala de Selección de marzo de 2009. // En tal evento, el magistrado ponente registrará en la Secretaría el proyecto de fallo respectivo y se procederá a cumplir el mismo trámite previsto por el artículo 59 del Reglamento de la Corporación para el cambio de jurisprudencia, en materia de sentencias de revisión de tutela”.

¹⁴ En el informe, el Magistrado sustanciador consideró que no era necesario que la Sala Plena avocara el conocimiento del proceso, toda vez que el análisis del asunto giraba en torno al estudio de una acción de tutela interpuesta contra una providencia judicial que no advertía la necesidad de un cambio de jurisprudencia sobre la materia.

1. Ordenar a la Contraloría de Bogotá D.C. que remitiera con destino a este proceso copia auténtica de los procesos de responsabilidad fiscal núms. 50100-336/05, 50100-346/05, 50100-349/05, 50100-350/05 y 50100-351/05, adelantados contra Brianda Mercedes Reniz Caballero, particular que desempeñaba funciones públicas en el cargo de Curadora Urbana núm. 2. Esa documentación fue allegada a la Secretaría General de la Corte el 14 de abril de 2016, de la cual se destaca lo siguiente:

- La Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, mediante Auto núm. 000415 de 25 de junio de 2007 resolvió desvincular del proceso de responsabilidad fiscal num. 50100346/05 a la señora Brianda Mercedes Reniz Caballero, ordenando el archivo del mismo.

En primer lugar, el mencionado auto, advirtió que inicialmente la Contraloría de Bogotá, a través de la Dirección del Proceso de Responsabilidad Fiscal, dispuso la apertura de los procesos núms. 50100-336/05, 50100-350/05 y 50100-351/05. Sin embargo, mediante auto de 20 de febrero de 2005, la Contraloría de Bogotá agregó las mencionadas diligencias fiscales al proceso de responsabilidad fiscal núm. 50100-346/05, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la ley 610 de 2000. Es decir, cuatro de los cinco procesos fueron acumulados en uno solo.

En segundo lugar, señaló que *“bajo la égida (sic) de la normatividad y planteamientos expuestos, esta Delegada considera pertinente y oportuno precisar, que si bien en sentir de la Contraloría Distrital de Bogotá existe un daño al patrimonio Distrital, por cuanto la Curadora Urbana No. 2 de Bogotá expidió licencias urbanísticas que al momento del pago de impuesto de delineación urbana presentaron irregularidades, el control de éste frente a su recaudo y custodia, le compete a la Dirección Distrital de Impuestos de Bogotá, lo que quiere decir, que la Arq. Brianda Reniz Caballero, quien se desempeñaba como tal, no desplegó gestión fiscal respecto a estos dineros, máxime cuando para la época de los hechos como ya se estableció y puntualizó, primero se expedía la licencia y luego se procedía al pago del impuesto en los sitios autorizados por el Distrito para el efecto, dinero del que nunca tuvo disposición material o jurídica y menos guarda o custodia, la Curaduría Urbana No. 2”*.

La decisión de archivo fue resuelta en grado de consulta por el Contralor General de la República mediante auto núm. 0026 de 2007, en el que dispuso confirmar en todas sus partes el auto 000415 de 25 de junio de 2007, que ordenó el archivo del proceso de responsabilidad fiscal adelantado contra la demandante.

- La Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva mediante auto 000513 de 9 de agosto de 2007, archivó el proceso de responsabilidad fiscal núm. 50100-349/05, en virtud de lo establecido en el artículo 16 de la ley 610 de 2000 porque *“el manejo y administración de las expensas por parte de la Curadora Urbana No. 2 (...), fue regulado por el principio contable denominado unidad de caja entendido como aquel sistema*

donde el manejo de los recursos cualquiera que sea su procedencia, se funden en una caja común, lo que significa que los gastos operativos y de funcionamiento de la curaduría y la remuneración del curador provienen de una sola fuente, registrándose las respectivas operaciones en una sola contabilidad ..., donde los gastos propios de la Curaduría y los gastos personales de la Curadora se llevaba en cuentas separadas, correspondiendo el código 13250501 a la cuenta personal de BRIANDA MERCEDES RENIZ CABALLERO”.

En ese sentido, la Contraloría consideró que *“a la luz de la normatividad existente y por constituir la Litis del presente proceso, el pago de gastos efectuado en el año 2004, por la curadora urbana No. 2 de Bogotá en ese entonces, que no guardan relación directa con las funciones propias de la Curaduría, el Despacho concluye, que si bien es cierto el manejo de los ingresos se realiza a través del principio de unidad de caja, los gastos de operación y funcionamiento y la remuneración por el servicio prestado a la Curaduría, finalmente satisfacen su cometido funcional, por lo que si debieron cubrirse con las expensas, y de otra parte, los gastos personales de la curadora fueron pagados con sus recursos propios, como se refleja en la corrección que en su momento hiciera a su declaración de renta, lo que desdibuja la existencia de daño al Patrimonio Estatal...”* (Folios 468 a 482, anexos).

- La anterior decisión fue confirmada por el Contralor General de la República mediante auto de consulta de 16 de octubre de 2007 (Folios 489 a 502, anexos).

- Por Auto de 3 de mayo de 2016, esta Sala de Revisión dispuso ordenar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, que en el término de tres (3) días allegara con destino a este proceso copia auténtica o en calidad de préstamo el proceso judicial contencioso administrativo radicado núm. 25000-23-25-000-2006-00393-01 (1734-2013), invocado por Brianda Mercedes Reniz Caballero contra la Contraloría Distrital de Bogotá y el Distrito Capital. Lo anterior con el fin de recaudar pruebas adicionales que permitieran contar con mayores elementos de juicio para adoptar la decisión de fondo. Así mismo y de conformidad con lo establecido en el artículo 57 del Acuerdo 57 de 1992, modificado por el Acuerdo 02 de 2015, decretó la suspensión de términos del expediente de la referencia.

- Mediante escrito recibido en Secretaría General de esta Corporación el 20 de mayo de 2016, la Secretaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca remitió en calidad de préstamo el expediente solicitado, el cual consta de 16 cuadernos.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala es competente para examinar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Sobre la base de lo expuesto, le corresponde a esta Sala de Revisión determinar si el fallo judicial acusado incurrió en alguna causal de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. En otras palabras, esta Corporación debe definir si el fallo inhibitorio proferido por la Sección Segunda, Subsección “B”, del Consejo de Estado, así como la argumentación referida a que los actos que suspenden de manera provisional a un funcionario público conforme a la atribución constitucional conferida a los contralores no son susceptibles de control de legalidad por vía judicial por tratarse de actos preparatorios, constituye una vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad y los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe.

Para ello esta Sala (i) comenzará por reiterar su jurisprudencia constitucional en cuanto a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Luego (ii) se referirá a los criterios específicos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, en particular los que guardan relación directa con el asunto objeto de revisión. A continuación, (iii) analizará la facultad de la Contraloría para exigir la suspensión de funcionarios conforme al principio de *“verdad sabida y buena fe guardada”* y establecerá el alcance y límites del referido principio, posteriormente, (iv) reseñará la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la naturaleza y control de los actos de suspensión expedidos por el Contralor; así como (v) los efectos y alcances de los fallos inhibitorios. Finalmente, a partir de lo anterior, (vi) resolverá el caso concreto.

3. La procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia¹⁵.

Desde los primeros pronunciamientos de este tribunal constitucional¹⁶ se ha señalado que la acción de tutela procede excepcionalmente contra providencias judiciales. Ello tiene fundamento en el artículo 86 superior, el cual establece que mediante dicho instrumento podrá reclamarse la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando resulten amenazados o vulnerados por *“cualquier autoridad pública”*, comprendiendo dentro de dicho concepto a *“todas aquellas personas que están facultadas por la normatividad para ejercer poder de mando o decisión en nombre del Estado y cuyas actuaciones obliguen y afecten a los particulares”*¹⁷.

Sobre el particular, en lo atinente a la vulneración de derechos fundamentales por parte de las personas e instituciones encargadas de administrar justicia, la sentencia C-543 de 1992, al declarar la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto Ley 2591 de 1991, que contemplaban la procedencia

¹⁵ La Corte reseña las consideraciones de la sentencia T-265 de 2013, proferida por la Sala Quinta de Revisión.

¹⁶ T-006 de 1992, T-223 de 1992, T-413 de 1992, T-474 de 1992, entre otras.

¹⁷ Sentencia T-405 de 1996.

genérica de la acción de tutela contra providencias judiciales, precisó que los jueces son “*autoridades públicas*”, y como tal pueden con sus actuaciones o con sus omisiones vulnerar garantías constitucionales. Al respecto señaló:

“Nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo, que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe contra los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente. En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia”.

Se desprende de lo anterior que la citada sentencia terminó excluyendo del ordenamiento jurídico colombiano la normativa que viabilizaba la acción de tutela contra providencias judiciales *como regla general*, permitiendo su procedencia sólo de *manera excepcional*, tal como hasta hoy lo ha venido señalado esta corporación.

En consonancia con lo anterior, la tutela solamente resulta viable contra providencias judiciales si se cumplen *ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad*, algunos de carácter general que habilitan el ejercicio de la acción, y otros de carácter específico, que conciernen a la conveniencia del amparo. Tales eventos comprenden la superación del concepto de “*vía de hecho*” para en su lugar admitir el de “*específicos supuestos de procedencia*”, en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Constitución, sí existen decisiones ilegítimas que afectan los derechos fundamentales.

Así lo sostuvo esta Corte en la sentencia de unificación SU-195 de 2012, al reiterar el contenido de la C-590 de 2005, la cual determina los requisitos generales y específicos que deben cumplirse con el fin de que el juez constitucional aborde excepcionalmente la acción de tutela contra providencias judiciales:

“Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que

corresponde definir a otras jurisdicciones¹⁸. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable¹⁹. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración²⁰. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora²¹. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible²². Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales

¹⁸ Sentencia T-173 de 1993.

¹⁹ Sentencia T-504 de 2000.

²⁰ Ver entre otras la Sentencia T-315 de 2005.

²¹ Sentencias T-008 de 98 y SU-159 de 2000.

²² Sentencia T-658 de 1998.

contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela²³. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”

Con respecto a la existencia de requisitos o causales especiales que viabilizan la procedencia de una tutela contra una sentencia judicial, esta corte ha señalado que se requiere la configuración de al menos, uno de los siguientes vicios:

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

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

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

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales²⁴ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

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

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

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado²⁵.

h. Violación directa de la Constitución.”

²³ Sentencias T-088 de 1999 y SU.1219 de 2001.

²⁴ Sentencia T-522 de 2001.

²⁵ Cfr. Sentencias T-462 de 2003; SU-1184 de 2001; T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001.

En este orden de ideas, los criterios esbozados constituyen un catálogo a partir del cual es posible comprender y justificar a la luz de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales²⁶. Teniendo en cuenta los criterios específicos, la Sala precisará los que interesan al asunto bajo estudio, por cuanto son los vicios que se le endilgan a la sentencia recurrida, de la siguiente manera:

3.1. Defecto sustantivo, especialmente el derivado por el desconocimiento del precedente²⁷

Existe un *defecto sustantivo* en la decisión judicial cuando la actuación controvertida desconoce una ley adaptable al caso o se funda en una norma *indiscutiblemente* inaplicable²⁸, ya sea porque²⁹ (i) la *norma* perdió vigencia por cualquiera de las razones de ley³⁰, (ii) es inconstitucional³¹, (iii) o porque el contenido de la disposición no tiene conexidad material con los presupuestos del caso³². También puede darse en circunstancias en las que a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, se produce (iv) un *grave error en la interpretación* de la norma³³, el cual puede darse por desconocimiento de sentencias con efectos *erga omnes* o cuando la decisión judicial se apoya en una interpretación contraria a la Constitución³⁴.

Igualmente se considera defecto sustantivo (v) el hecho que la providencia judicial tenga problemas determinantes relacionados con una *insuficiente sustentación* o justificación de la actuación que afecte derechos fundamentales³⁵; o (vi) cuando se *desconoce el precedente judicial*³⁶ sin ofrecer el mínimo razonable de argumentación que hubiese permitido una decisión diferente si se hubiese acogido la jurisprudencia³⁷; entre otros.

²⁶ Sentencia SU-195 de 2012.

²⁷ *Crf.* . Sentencias T-161 de 2010 y T-794 de 2011.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-774 de 2004.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-120 de 2003.

³⁰ Vgr. ha sido derogada o declarada inexecutable.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2006.

³² Corte Constitucional. Sentencia SU-1185 de 2001.

³³ En la sentencia T-1031 de 2001 la Corte decidió que la acción de tutela procede contra una providencia judicial que omite, sin razón alguna, los precedentes aplicables al caso o cuando “*su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados*”. Puede verse además la sentencia T-1285 de 2005 y la sentencia T-567 de 1998.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencias SU-1184 de 2001; T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001. También la T-047 de 2005. En estos casos, si bien el juez de la causa es quien le fija el alcance a la norma que aplica, no puede hacerlo en oposición a los valores, principios y derechos constitucionales, de manera que, debiendo seleccionar entre dos o más entendimientos posibles, debe forzosamente acoger aquél que se ajuste a la Carta política.

³⁵ Sentencia T-114 de 2002, sentencia T- 1285 de 2005.

³⁶ Ver la sentencia T-292 de 2006. También las sentencias SU-640 de 1998 y T-462 de 2003.

³⁷ Sobre el particular en la sentencia T-123 de 1995, esta Corporación señaló: “*Es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art.13). A través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la Constitución*”. Sobre este tema, también puede consultarse la sentencia T-949 de 2003.

En relación con el desconocimiento del precedente, la Corte ha advertido³⁸ 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.”*³⁹

En ese orden de ideas, cuando la autoridad judicial se aparta de los precedentes jurisprudenciales sin atender unos requisitos mínimos, demostrando que la decisión tomada variaría si hubiera atendido a la jurisprudencia⁴⁰, se puede aducir que el fallo carece de suficiente sustentación o justificación, lo que constituye una vulneración del debido proceso y la igualdad.

En relación con el derecho a la igualdad frente al trato que deben recibir los ciudadanos por parte de los operadores judiciales, la sentencia C-836 de 2001 expuso:

“La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda actividad estatal, está consagrada en el artículo 13 de la Carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y aplicación de la ley.”

El derecho a la igualdad conlleva a que las autoridades brinden la misma protección y trato a quienes se encuentren en idéntica situación fáctica. Por ello, este valor se vulnera cuando una autoridad judicial modifica sin fundamento suficiente sus decisiones frente a casos con hechos similares. El artículo 230 de la Carta Política establece que el juez únicamente está sometido al imperio de la ley; por tanto, en principio no está obligado a fallar de idéntica manera a los casos anteriores⁴¹. No obstante, es indudable que

³⁸ En este sentido, entre muchas otras, pueden verse las sentencias SU-049 de 1999, SU-1720 de 2000, C-252 de 2001, T-468 de 2003, T-292 de 2006, C-820 de 2006 y T-162 de 2009.

³⁹ Sentencia T-158 de 2006.

⁴⁰ En la sentencia T-949 de 2003, esta Corporación señaló: *“Es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art.13). A través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la Constitución.”*

⁴¹ Así lo estableció la sentencia C-836 de 2001.

cuando se presentan fallos contradictorios por parte de la misma autoridad judicial frente a hechos semejantes, surge un problema frente al derecho a la igualdad. En este sentido la sentencia T-698 de 2004 estableció:

“Nótese que ante esos eventos, lo que está en contradicción es el principio de autonomía judicial (Art. 230 C.P.) con el principio de igualdad (Art. 13 C.P.), confrontación que exige necesariamente una armonización de estos contenidos constitucionales, so pena de desconocer un derecho constitucional en principio inviolable, por medio de actuaciones contradictorias de las autoridades judiciales. El artículo 13 de la Constitución Política consagra el principio de igualdad en la aplicación de la ley, y dispone que "las personas deben recibir la misma protección y trato de las autoridades", en donde el trato igual, evidentemente, involucra la actividad de los órganos jurisdiccionales.⁴²

En este sentido ha concluido la jurisprudencia de esta Corporación, que el derecho de acceso a la administración de justicia implica también el derecho a recibir un trato igualitario. Precisamente en la sentencia C-104 de 1995, se dijo que el artículo 229 de la Carta debía ser concordado con el artículo 13 superior, de manera tal que el derecho de acceder igualitariamente ante los jueces, se entendiera no solo como la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también como la posibilidad de recibir idéntico tratamiento por parte de estas autoridades y de los tribunales, ante situaciones similares.”

En orden a lo anterior se puede establecer *prima facie*, que el juez no puede apartarse de las decisiones adoptadas por él mismo o por órganos superiores, cuando quiera que un proceso presente las siguientes características:

- (i) los hechos relevantes que definen el litigio pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan un caso del pasado.
- (ii) la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del asunto presente.
- (iii) la regla jurisprudencial no ha sido cambiada en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación.

Por otra parte, vale aclarar que la regla de vinculación del precedente no puede ser adoptada de manera absoluta, teniendo en cuenta que el derecho es cambiante; para la Corte ha sido claro que dicha pauta no se puede convertir en la única vía para resolver un caso concreto. Por ello, siempre que se sustenten de manera expresa, amplia y suficiente, las razones por las cuales va a desconocer o cambiar una posición anterior, el funcionario judicial puede apartarse de ella.

⁴² Sentencia T-321 de 1998.

La jurisprudencia ha precisado que el juez (singular o colegiado) sólo puede apartarse de la regla de decisión contenida en un proceso anterior cuando demuestre y cumpla los siguientes requisitos:

(i) Debe hacer referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia).

(ii) En segundo lugar, debe ofrecer una carga argumentativa seria, mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía (principio de razón suficiente)⁴³.

Si un funcionario judicial asume una posición contrapuesta en temas similares, el juez constitucional puede valorar si sus interpretaciones vulneran los derechos fundamentales a través del defecto sustantivo.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha distinguido dos clases de precedentes: los horizontales y los verticales; esto, con el fin de establecer los niveles de contundencia que el juez debe dar a cada uno de ellos al momento de decidir un asunto.

3.1.1. Precedente horizontal.

Este precedente se refiere a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o, inclusive, el mismo funcionario judicial. Sobre éste la Corte ha señalado que todo juez debe ser consistente con sus decisiones, de manera que casos con supuestos fácticos similares sean resueltos bajo las mismas fórmulas de juicio. En la sentencia T-049 de 2007 la Corte estableció que este precedente cuenta con fuerza vinculante por cuatro razones básicas: *“(i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales deben ser ‘razonablemente previsibles’; (iii) en atención a los principios de buena fe y confianza legítima, que demandan respetar las expectativas generadas a la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de ‘disciplina judicial’, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema judicial.”*⁴⁴ (Negrilla fuera de texto original).

⁴³ Sentencia T-698 de 2004.

⁴⁴ En dicha sentencia, los puntos fueron desarrollados ampliamente así: En cuanto a la relación con la igualdad (i) y la seguridad jurídica (ii) la Corte ha concluido lo siguiente: *“(...) todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones previas. Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica - pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles- sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Por eso, algunos sectores de la doctrina consideran que el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico son a la ética, puesto que es buen juez aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace. Por ello la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido*

Así las cosas, se puede establecer que si un juez desconoce sus propios precedentes, ya sea porque omite hacer referencia a ellos o porque no presenta motivos razonables y suficientes para justificar su nueva posición, la consecuencia no será otra que la violación de los derechos a la igualdad y al debido proceso.⁴⁵

3.1.2. Precedente vertical.

Esta figura se refiere al deber de observancia de los lineamientos sentados por los órganos encargados de unificar jurisprudencia. En ese orden de ideas, un juez de inferior jerarquía debe seguir la posición adoptada por los entes judiciales superiores. Para la mayoría de asuntos, la interpretación que deben seguir los funcionarios judiciales es determinada por la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción. En los asuntos que no son susceptibles de ser revisados por esas corporaciones, quienes se encargan de dictar la pauta hermenéutica en materia judicial son los Tribunales Superiores de cada Distrito.

En consecuencia, cuando las altas corporaciones se han pronunciado sobre un asunto particular, el juez debe aplicar la subregla sentada por ellas. En estos casos la autonomía judicial se restringe a los criterios unificadores de dichos jueces colegiados.

3.2. Decisión sin motivación como criterio específico de procedibilidad

La jurisprudencia constitucional, a partir de las sentencias T-949 de 2003 y C-590 de 2005, estableció la falta de motivación de las decisiones judiciales, entendiendo aquella como la ausencia de sustento argumentativo o la irrelevancia de las consideraciones aplicadas para dirimir la controversia, como un *criterio específico* autónomo de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

de base (ratio decidendi) de sus precedentes decisiones.” (Sentencia C-447 de 1997. En sentido similar puede consultarse la Sentencia T-123 de 1995, T-468 de 2003, T-330 de 2005). Sobre el precedente y su relación con los principios de buena fe y confianza legítima (iii) la jurisprudencia considera: “Las exigencias éticas derivadas del principio de la mutua confianza, imponen que todas las autoridades públicas y, especialmente, las judiciales actúen con consistencia y uniformidad, de modo tal, que siempre deben estar en disposición de adoptar la misma decisión cuando concurran los mismos presupuestos de hecho y derecho, sin que les sea permitido defraudar la confianza de los ciudadanos con la adopción de decisiones sorpresivas que no se ajusten a las que sean previsibles conforme a los precedentes judiciales sólidamente establecidos.” (Sentencia T-468 de 2003). Por su parte, en cuanto a la disciplina judicial (iv), la Corte ha explicado que *“el deber de atender los precedentes, resulta consustancial al ejercicio armónico de la función judicial, no sólo en atención a las decisiones propias y de los superiores, sino en armonía con los alcances mismos de la Constitución”* (Sentencia C-252 de 2001. Ver también la sentencia T-292 de 2006).

⁴⁵ Así en la sentencia T698 de 2004, se indicó: *“En mérito de lo expuesto, tenemos que a fin de garantizar el principio de igualdad y asegurar igualmente la autonomía e independencia judicial, los operadores jurídicos que resuelvan un caso de manera distinta a como fue decidido por ellos mismos en eventos semejantes, o si se apartan de la jurisprudencia sentada por órganos jurisdiccionales de superior rango sin aducir razones fundadas para esa separación, incurrirán necesariamente en una vía de hecho, susceptible de protección a través de la acción de tutela”.*

Desde muy temprano en la doctrina constitucional sobre la materia, esta Corporación ha recalcado de manera enfática la necesidad de sustentar los argumentos que llevan al juez a adoptar una decisión⁴⁶. En efecto, en la sentencia C-037 de 1996, analizando la constitucionalidad del artículo 55 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, la Corte sostuvo:

*“no cabe duda que la más trascendental de las atribuciones asignadas al juez y la que constituye la esencia misma del deber constitucional de administrar justicia, es la de resolver, con imparcialidad, en forma oportuna, efectiva y definitiva los asuntos que los sujetos procesales someten a su consideración (Art. 228 C.P.). Para ello, es indispensable, como acertadamente se dice al inicio de la disposición que se revisa, que sean analizados todos los hechos y asuntos planteados dentro del debate judicial e, inclusive, que se expliquen en forma diáfana, juiciosa y debidamente sustentada, las razones que llevaron al juez para desechar o para aprobar los cargos que fundamenten el caso en concreto”.*⁴⁷ (Subrayado fuera de texto)

En similar sentido, tratándose de asuntos de naturaleza civil, la Corte ha señalado reiteradamente – fundamentada en el principio de *congruencia* contenido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil – que la falta de resolución sobre las pretensiones o excepciones formuladas al interior de un proceso puede derivar en el desconocimiento del derecho al debido proceso, siempre y cuando tal omisión resulte en la imposibilidad de ejercer, de manera real y efectiva, el derecho de defensa. Sobre el particular, afirmó este Tribunal:

*“A tenor de este nuclear principio del derecho procesal civil, el juez, en su sentencia, no puede reconocer lo que no se le ha pedido (**extra petita**) ni más de lo pedido (**ultra petita**). Lo demás, significa desbordar, positiva o negativamente, los límites de su potestad. De otra parte, el derecho fundamental de acceso a la justicia no se satisface si el juez deja de pronunciarse sobre el asunto sometido a su decisión, quedando*

⁴⁶Sobre este preciso aspecto, cabe recordar que las diferentes codificaciones procesales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico contemplan, sin lugar a dudas, la ineludible obligación de motivar los fallos y de analizar los argumentos presentados por los sujetos vinculados al proceso. Por ejemplo, en la legislación procesal civil, el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil ordena que las sentencias estén “*en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y demás oportunidades que el Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*”

En similar forma, el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo consagra el deber de estudiar las alegaciones de los sujetos procesales al momento de proferir la decisión. Por su parte, el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) dispone que la decisión “*será individualizada frente a cada uno de los enjuiciados y cargos contenidos en la acusación, y deberá referirse a las solicitudes hechas en los alegatos finales. El sentido del fallo se dará a conocer de manera oral y pública inmediatamente después del receso previsto en el artículo anterior, y deberá contener el delito por el cual se halla a la persona culpable o inocente.*” (Subrayado fuera de texto).

Igualmente, el artículo 170 del Código Disciplinario Único establece que los fallos dictados al interior de los procesos de tal naturaleza deberán ser motivados y contener: “*1. La identidad del investigado, 2. Un resumen de los hechos, 3. El análisis de las pruebas en que se basa, 4. El análisis y la valoración jurídica de los cargos, de los descargos y de las alegaciones que hubieren sido presentadas, 5. La fundamentación de la calificación de la falta, 6. El análisis de culpabilidad, 7. Las razones de la sanción o de la absolución, y 8. La exposición fundamentada de los criterios tenidos en cuenta para la graduación de la sanción y la decisión en la parte resolutive.*” (Subrayado fuera de texto).

⁴⁷ Corte Constitucional: Sentencia T-233 de 2007 (cita original de la jurisprudencia transcrita).

éste imprejuizado. La importancia de que el fallo sea congruente con las pretensiones y las excepciones propuestas o las que hayan debido reconocerse de oficio, ha llevado al Legislador a contemplar el vicio de inconsonancia entre las causales de casación (D 2282 de 1989, art 1o, num 183).

En el plano constitucional y, específicamente, en el marco de la acción de tutela, el vicio de incongruencia atribuible a determinada acción u omisión judicial no puede suscitarse con la extensión que le es propia en la legislación civil, y que en esa misma medida puede ser objeto de impugnación ante la jurisdicción ordinaria. La incongruencia que es capaz de tornar en simple de vía de hecho la acción del juez reflejada en una providencia, es sólo aquella que subvierte completamente los términos de referencia que sirvieron al desarrollo del proceso, generando dicha alteración sustancial, dentro de la respectiva jurisdicción, la quiebra irremediable del principio de contradicción y del derecho de defensa. En efecto, el proceso debe conservarse, desde su apertura hasta su culminación, abierto y participativo, de modo que se asegure la existencia del debate y de la contradicción - que le son consustanciales y que son el presupuesto de una sentencia justa - sobre una base de lealtad y de pleno conocimiento de sus extremos fundamentales. Es evidente que si la sentencia o providencia judicial recae sobre materias no debatidas en el proceso, ausentes de la relación jurídico-procesal trabada, la incongruencia, además de sorprender a una de las partes, la coloca en situación de indefensión que, de subsistir, pese a la interposición de los recursos, y con mayor razón cuando éstos no caben o se han propuesto infructuosamente, se traduce inexorablemente en la violación definitiva de su derecho de defensa (CP art. 29).

Sólo si concurren estas condiciones podrá predicarse un radical desajuste entre lo debatido y lo finalmente resuelto, con suficiente entidad para hacer seguir de la falta de contradicción, la violación del derecho de defensa de una de las partes en el proceso que pueda ser ventilado a través de la acción de tutela. Si dentro del procedimiento ordinario, atendidas las circunstancias del caso, la indefensión producto del vicio de incongruencia, puede reconocerse e impugnarse, la parte agraviada debe hacerlo; si no lo hace, no se configura el estado de indefensión, pues mal puede alegarse esa circunstancia por quien ha tenido los medios de defensa y se ha abstenido de utilizarlos. Es bien sabido que si existen medios eficaces de defensa en la legislación ordinaria, la acción de tutela es improcedente; tampoco prospera normalmente, en este evento, como mecanismo transitorio, ya que la existencia de recursos puede restarle la nota de irremediabilidad al perjuicio. La acción de tutela, en suma, frente a vías de hecho judiciales, se reduce a los casos en los cuales contra la providencia en la que se haga patente la arbitrariedad o defecto absoluto antes aludido, no exista medio ordinario de defensa o que pese a estar consagrado y a ejercitarse con ese objeto, la situación irregular se mantenga y, por

*ende, el quebrantamiento del derecho fundamental subsista y los medios ordinarios de defensa se encuentren ya agotados.”*⁴⁸ (Subrayado fuera de texto)

En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional, en la sentencia T-592 de 2000 sostuvo lo siguiente:

"Sea lo primero señalar que es un principio general, en materia de procedimiento, por estar directamente relacionado con el debido proceso y el derecho de defensa, que exista la debida coherencia, en todas las sentencias, entre los hechos, las pretensiones y la decisión. Es decir, el juez debe resolver todos los aspectos ante él expuestos. Y es su obligación explicar las razones por las cuales no entrará al fondo de alguna de las pretensiones. También se ha establecido por la doctrina y la jurisprudencia, que no toda falta de pronunciamiento expreso sobre una pretensión, hace, por sí misma incongruente una sentencia. Al respecto, cabe recordar lo dispuesto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

En el caso de la acción de tutela, debe, pues, el juez analizar si cuando se esgrime como vía de hecho, la falta de pronunciamiento en la sentencia atacada de un aspecto determinado, tal omisión es de tal importancia, que al no hacerlo, puede haber sido determinante en la decisión a adoptar. En estos eventos, es posible que la acción de tutela sea procedente..." (Subrayado fuera de texto)

Por otro lado, estudiando una solicitud de amparo promovida contra una providencia que había resuelto un conflicto de competencia entre la justicia penal militar y ordinaria en favor de la primera, sin aducir razón alguna para llegar a tal conclusión, este Tribunal manifestó:

“Así, lo primero que se echa de menos en la decisión de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, es la motivación en la que se pudo fundamentar ésta para deducir el tercer elemento del fuero militar, pues, pese a lo que se dice en la providencia, no es claro ni evidente que el “deshacerse” de una persona que ha sido detenida por la fuerza pública en cumplimiento de sus funciones, haga parte o pueda tenerse como un hecho derivado de su competencia. La Sala Disciplinaria pasa por alto esta circunstancia, le basta afirmar llanamente que existe la relación con el servicio, sin dar argumentos que sustenten su aserto, como si su leal saber y entender, su convicción, fuesen sustento suficiente de su fallo.

Si la principal obligación de los jueces consiste en motivar sus decisiones aduciendo las razones de hecho y de derecho que le permiten arribar a la decisión que ponga fin a la controversia planteada, motivación que no sólo permite a las partes conocer los fundamentos que tuvo el juzgador para

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-231 de 1994.

llegar a una conclusión determinada, sino el mecanismo a través del cual se busca erradicar la arbitrariedad del Estado, la Sala Disciplinaria de Consejo de la Judicatura, en el caso en análisis, estaba en el deber jurídico de fundamentar su decisión, especificando cuál era la relación que, en su entender, existía entre el hecho investigado y las funciones que constitucionalmente está obligado a cumplir el Ejército Nacional, para diferir en la jurisdicción militar la competencia para adelantar el proceso penal por el homicidio de la señora Bautista.”⁴⁹ (Subrayado fuera de texto).

Igualmente, en la sentencia T-069 de 1999, la Corte protegió el derecho fundamental al debido proceso de una persona que había sido sancionada disciplinariamente sin que mediara decisión de fondo respecto de los argumentos de defensa que había formulado en el recurso de apelación. En dicha oportunidad, este Tribunal señaló que:

“En el asunto sub examine, se observa que la vía de hecho consiste en el desconocimiento por parte del Consejo Superior de la Judicatura de los derechos fundamentales del accionante, no sólo al debido proceso y a la defensa, sino adicionalmente al acceso a la administración de justicia, al no haber decidido de fondo la solicitud por él formulada en el recurso de apelación contra la sentencia del Consejo Seccional de Cundinamarca, relativa a la prescripción de la acción disciplinaria.”

“Examinada la sentencia del Consejo Superior de la Judicatura, y en particular los considerandos y la parte resolutive de la misma, por medio de la cual resolvió la apelación formulada por el actor contra la sentencia del Consejo Seccional, no se encuentra que dicha Corporación se hubiese pronunciado acerca de la solicitud de prescripción de la acción disciplinaria. Tan sólo en uno de los salvamentos de voto se hace alusión al tema.”

“En tal virtud, estima la Corte que la autoridad accionada vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia del señor Nuñez Cantillo, por lo que la decisión materia de tutela se convierte en una vía de hecho, que ante la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial en cabeza del peticionario hace viable la tutela.”

Ahora bien, la Corte ha sostenido que la comprobación de la ausencia de motivación de las decisiones judiciales está estrechamente ligada a las materias alegadas, los hechos y la complejidad del asunto. De esa forma, mientras que en algunos casos unas breves consideraciones bastarán para dirimirlo; en otros es indispensable que el juez argumente de manera exhaustiva la decisión que va a adoptar. En consecuencia, siempre habrá de emitirse pronunciamiento sobre los asuntos entorno de los cuales gira la controversia y si es del caso, aducir la razón jurídica por la cual el fallador se

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-806 de 2000.

abstendrá de tratar alguno de los puntos sometidos a su consideración. En palabras de la Corte:

“Ahora bien, la motivación suficiente de una decisión judicial es un asunto que corresponde analizar en cada caso concreto. Ciertamente, las divergencias respecto de lo que para dos intérpretes opuestos puede constituir una motivación adecuada no encuentra respuesta en ninguna regla de derecho. Además, en virtud del principio de autonomía del funcionario judicial, la regla básica de interpretación obliga a considerar que sólo en aquellos casos en que la argumentación es decididamente defectuosa, abiertamente insuficiente o, en últimas, inexistente, puede el juez de tutela intervenir en la decisión judicial para revocar el fallo infundado. En esos términos, la Corte reconoce que la competencia del juez de tutela se activa únicamente en los casos específicos en que la falta de argumentación decisoria convierte la providencia en un mero acto de voluntad del juez, es decir, en una arbitrariedad”⁵⁰.

Adicionalmente, en la sentencia T-302 de 2008, esta Corporación expresó que la motivación de las providencias judiciales es *“un componente que refuerza el contenido mínimo del debido proceso, dado que constituye una barrera a la arbitrariedad judicial y contribuye a garantizar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad de la providencia.”*

De conformidad con la jurisprudencia constitucional antes reseñada, una autoridad judicial incurre en una *decisión sin motivación* y, por consiguiente, desconoce el derecho fundamental al debido proceso de una persona, cuando la providencia judicial (i) no da cuenta de los hechos y los argumentos traídos por los sujetos vinculados al proceso, particularmente cuando resultan esenciales para el sentido de la decisión (ii) no justifica el motivo por el cual se abstiene de pronunciarse sobre ciertos temas o (iii) los despacha de manera insuficiente, bajo consideraciones retóricas o en conjeturas carentes de sustento probatorio o jurídico alguno.

3.3. Violación directa de la Constitución

La jurisprudencia constitucional ha precisado que esta causal se origina en la obligación que tienen todas las autoridades judiciales de velar por el cumplimiento del precepto consagrado en el artículo 4° de la Carta, según el cual *“la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”*, así como en la función de la Corte Constitucional como guardiana de esta norma superior⁵¹.

3.3.1. Este defecto fue inicialmente concebido por esta Corporación como un defecto sustantivo⁵². Sin embargo, posteriormente empezó a conferírsele

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-233 de 2007.

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² Corte Constitucional, SU-1722 de 2000.

autonomía e independencia conceptual. Es así como en la Sentencia T-441 de 2003⁵³ se sostuvo que, entre las “*diversas situaciones genéricas de violación de la Constitución*” que autorizan la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, están aquellas en las que se incurre en violación directa de la Constitución y de los derechos fundamentales de alguna de las partes. En esa oportunidad la Corte precisó:

“A partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pueden identificarse diversas situaciones genéricas de violación de la Constitución que autorizan la procedencia de tutela en contra de providencias judiciales, incluidas las sentencias.

(...)

Finalmente se tienen las situaciones en las cuales se incurre en violación directa de la Constitución y de los derechos fundamentales de alguna de las partes. Se trata de las hipótesis en las cuales la decisión se apoya en la interpretación de una disposición en contra de la Constitución⁵⁴, y aquellas en las cuales el funcionario judicial se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando la violación de la Constitución resulta manifiesta y la negativa de resolver el punto ante una solicitud expresa por alguna de las partes en el proceso⁵⁵.” (Negritas fuera de texto original).

En la misma línea, en Sentencia T-949 de 2003⁵⁶, la Corte reiteró lo señalado por la jurisprudencia respecto a los defectos sustantivo, fáctico, procedimental y orgánico, enunciando otros defectos adicionales, entre ellos la violación directa de la Constitución. En aquel entonces indicó:

*“Por lo anterior, todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) **violación directa de la Constitución.**”* (Negritas fuera de texto).

⁵³ La Corte en esa oportunidad se pronunció sobre la petición de amparo de un ciudadano que solicitaba que se admitiera un recurso de apelación en contra de una sentencia de un juzgado de familia y se le ordenara abstenerse de dar cumplimiento a su sentencia, hasta cuando se dictara la de segunda instancia, ya que, en su concepto, con la negativa de la autoridad judicial a conocer el recurso de apelación se violaban sus derechos al debido proceso y a la defensa.

⁵⁴ “Sentencias SU-1184 de 2001, T-1625 de 2000, T-1031 de 2001”.

⁵⁵ “Sentencia T-522 de 2001”.

⁵⁶ En esa ocasión la Corte Constitucional conoció una tutela interpuesta por una persona con motivo de un proceso penal en el que resultó condenada. Consideraba que las autoridades judiciales que conocieron del proceso habían vulnerado sus derechos fundamentales al omitir la plena identificación de otra persona capturada y procesada, que la había suplantando con su nombre y cédula.

La anterior interpretación se consolidó en la Sentencia C-590 de 2005, en donde se incluyó definitivamente a la violación directa de un precepto constitucional dentro del conjunto de defectos autónomos que se deben satisfacer para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales. Al hacerlo la Corte no modificó *“el sentido específico que la jurisprudencia anterior le había atribuido, aunque sí la inicial importancia que al comienzo le reconoció”*⁵⁷.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el desconocimiento de la Constitución se puede dar, al menos, en las siguientes ocasiones: (i) cuando se desobedecen o no se toman en cuenta, ni explícita ni implícitamente, las reglas o los principios constitucionales; (ii) cuando dichas reglas y principios son considerados, pero se les da un alcance insuficiente⁵⁸; o (iii) cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad a pesar de ser evidente y haber sido solicitada por alguna de las partes en el proceso⁵⁹.

En conclusión, bajo los términos referidos y una vez verificados los supuestos señalados, le es dable al juez de tutela entrar a verificar excepcionalmente, si con la decisión tomada en alguna de las respectivas jurisdicciones, se vulneraron derechos fundamentales. De ser ello así, está autorizado el sentenciador constitucional para pronunciarse de fondo respecto del asunto puesto a su consideración. Ello con el fin de que la nueva providencia adecue el asunto a los postulados superiores, subsanando las presuntas vulneraciones que se le hayan ocasionado a las garantías ius fundamentales.

4. Facultad de la Contraloría para exigir la suspensión de funcionarios conforme al principio de verdad sabida y buena fe guardada, marco constitucional, legal y jurisprudencial

4.1. La Asamblea Nacional Constituyente convocada en 1991 con el fin de promulgar una nueva Constitución Política para el país, estuvo conformada por distintos representantes quienes debían presentar proposiciones ante la Plenaria de la Asamblea con el fin de que fueran tenidas en cuenta al momento de redactar el texto definitivo de cada uno de los artículos que conformarían la nueva Carta Política.

En ese sentido, uno de los constituyentes en su proposición señaló que el principio de *“verdad sabida y buena fe guardada”*, no era nuevo ni en Colombia ni en el mundo dado que al Consejo Superior de la Judicatura, creado por la Reforma Constitucional de 1979, le fueron otorgadas ciertas facultades para aplicarlo. Destacó que pese a su fugaz vigencia, el mencionado principio tuvo un éxito sorprendente, por los excelentes resultados de orden práctico que en tan poco tiempo se obtuvieron.

La verdad sabida y buena fe guardada *“se basa en el concepto intelectual de la evidencia, que no puede despreciarse como elemento en la adopción de las*

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-888 de 2010.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencias T-522 de 2001 y T-927 de 2010, entre otras.

conductas humanas”. La sola mención de este principio produce reacciones en el campo judicial, porque parecería desquiciar el rigorismo de los sistemas de prueba en que se basan los mecanismos procedimentales para el establecimiento de la verdad, que no solo puede ignorar la realidad de los hechos cuando éstos no han sido probados, sino que puede desprestigiar o contrariar la evidencia, aunque esta sea de conocimiento universal.

Así, puede señalarse que la adopción del principio de *“verdad sabida y buena fe guardada”* se propone no para juzgar a una persona ni para aplicarle una sentencia penal, ya que ello desconocería el derecho al debido proceso.

Por último, esa proposición señaló que dicha potestad se *“aplicaría exclusivamente en el campo disciplinario de la conducta de los funcionarios públicos puesto que se refiere exclusivamente a la desvinculación del cargo como una medida precautelativa”*⁶⁰.

4.1.1. La Constitución de 1991, al establecer las atribuciones del Contralor General de la República, introdujo este principio en el sentido de que la Contraloría, podrá exigir verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios que se ven involucrados no solo en una investigación disciplinaria sino también de índole penal y fiscal. Sobre este último aspecto, la Sala centrará su estudio, en el siguiente orden:

El proceso de responsabilidad fiscal se fundamenta en el numeral 5° del artículo 268 de la Constitución, según el cual el Contralor General de la República tiene la función de establecer la responsabilidad de los servidores públicos y particulares que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma. De acuerdo con el inciso 6° del artículo 272 *ibídem*⁶¹ estas funciones se predicen también para las contralorías territoriales.

Se aúna a ello que, conforme lo establece el artículo 268-8 Superior el Contralor General de la República se encuentra facultado para promover ante las autoridades competentes investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado, en ejercicio de la gestión fiscal, daño al patrimonio del Estado, pudiendo exigir, bajo su responsabilidad y conforme al principio de la verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de los funcionarios involucrados, mientras culminan las investigaciones fiscales y los respectivos procesos penales o disciplinarios. Así lo autoriza el citado artículo en los siguientes términos:

⁶⁰ Archivo General de la Nación, Asamblea Nacional Constituyente, verdad sabida y buena fe guardada, rollo 12, legajos 647-721. Esp. Legajo 713 (f. 1 a 4). Ver también Gaceta Constitucional No. 75 del 16 de mayo de 1991, pág. 4 a 6, proposición del constituyente Álvaro Gómez Hurtado a la Plenaria de la Asamblea Nacional sobre verdad sabida y buena fe guardada.

⁶¹ *“Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal”*.

“Artículo 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

8. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios” (Subrayado fuera del texto).

La atribución constitucional referida fue recogida por el artículo 35 del numeral 6º del Decreto Ley 267 de 2000⁶², según el cual:

“Despacho y funciones del Contralor General. Corresponde al Despacho del Contralor, con la colaboración y coordinación del Secretario Privado, prestar y suministrar en forma efectiva los servicios de apoyo inmediato que requiera el Contralor General, con el fin de facilitar el ejercicio de sus funciones.

Son funciones del Contralor General de la República, además de las atribuciones constitucionales y legales a él asignadas, las siguientes:

(...)

6. Ordenar la suspensión inmediata, mientras culminan los procesos penales o disciplinarios a que alude el ordinal 8 del artículo 268 de la Constitución Política.

(...)”.

4.1.2. Esa facultad constitucional del Contralor General de la República, también fue otorgada a las contralorías territoriales. Al respecto, el inciso 6 del artículo 272 de la Carta señala que *“los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal”.*

4.1.3. Por su parte, el numeral 5 del artículo 105 de la Ley 136 de 1994 *“por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”*, establece las causales de suspensión de los alcaldes municipales de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 105. CAUSALES DE SUSPENSIÓN. El Presidente de la República en el caso del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, y los gobernadores en los demás casos, suspenderán a los alcaldes en los siguientes eventos.

(...)

⁶² *“Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones”.*

5. *Cuando la Contraloría General de la República solicite la suspensión provisional de conformidad a lo establecido en el numeral 8o., del artículo 268 de la Constitución Política. La Contraloría bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.*⁶³

Finalmente, el numeral 13 del artículo 109 del Decreto 1421 de 1993, “*por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá*”, establece:

ARTICULO 109. ATRIBUCIONES. Además de las establecidas en la Constitución, el contralor tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

13. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Distrito. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios, y

14. Proveer los empleos de su dependencia, conforme a las disposiciones vigentes.

(...)”.

De conformidad con lo anterior, la finalidad de la mediada de suspensión temporal de funcionarios públicos se dirige a asegurar la transparencia de las investigaciones fiscales, disciplinarias y penales, evitar que el patrimonio y moralidad pública se ponga en mayor riesgo y lograr la efectividad del control fiscal.

4.2. A continuación se expondrán brevemente algunos de los pronunciamientos más relevantes que esta Corporación ha hecho en relación con el principio de “*verdad sabida y buena fe guardada*” contemplado en el artículo 268-8 de la Carta Política.

4.2.1. En un inicio, mediante **Sentencia T-157 de 1993**, la Corte tuvo la posibilidad de resolver una acción de tutela interpuesta por un grupo de médicos contra las resoluciones administrativas que los suspendieron en el ejercicio de los cargos que ejercieron en la Caja Departamental de Previsión del Huila – CAPREHUILA.

Señalaron los demandantes de aquella época que las resoluciones administrativas que los suspendieron fueron expedidas a solicitud de la Contraloría General del Huila por presuntas irregularidades en la prestación del servicio de salud y otorgamiento de medicamentos.

⁶³ Aparte tachado inexecutable mediante sentencia C-603 de 2000.

En la providencia en mención la Corte si bien confirmó la decisión de segunda instancia que rechazó por improcedente la acción de tutela, dejó claro que los funcionarios públicos que son sujetos pasivos del control fiscal pueden ser suspendidos del cargo en virtud del principio de verdad sabida y buena fe guardada⁶⁴.

4.2.2. Posteriormente, en la **Sentencia C-484 de 2000** la Sala Plena de la Corte Constitucional, al decidir la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 99, 100, 101 y 102 de la Ley 42 de 1993 “*sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que la ejercen*”, señaló que la figura de suspensión provisional de servidores públicos tiene una doble connotación, la primera de carácter sancionatorio y la segunda como medida cautelar.

En palabras de la Corte la suspensión temporal de funcionarios públicos en virtud del principio de “*verdad sabida y buena fe guardada*”, de un lado “*es una sanción, la cual como se explicó, no puede ser impuesta por la contraloría, por ser de naturaleza disciplinaria. De otro lado, es una medida cautelar de origen constitucional que no busca sancionar sino asegurar la transparencia, imparcialidad y efectividad de la investigación fiscal, pues para adelantar el proceso fiscal es razonable la separación del cargo del funcionario involucrado en la falta fiscal*”. En ese sentido, dicha figura goza de pleno respaldo constitucional, como quiera que el numeral 8° del artículo 268 de la Carta Política dispone que la contraloría podrá exigir “*la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios*”. Por consiguiente, la medida es válida constitucionalmente si se entiende como medida cautelar que podrá ser solicitada por la contraloría, y no como sanción fiscal.

4.2.3. Con una orientación similar, en la **Sentencia C-603 de 2000**, este Tribunal estudió la constitucionalidad del numeral 5° del artículo 105 de la Ley 136 de 1994, “*Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*”. En dicha providencia la Corte precisó que el numeral 8° del artículo 268 de la Carta Política, asigna a la Contraloría General de la República la facultad de promover las investigaciones penales o disciplinarias que correspondan, pudiendo incluso exigir la suspensión inmediata de los funcionarios comprometidos.

⁶⁴ En esa oportunidad esta Corporación señaló “*Sin embargo, aún en el caso de que fuera procedente la acción de tutela en el asunto que nos ocupa, tampoco habrían de prosperar las pretensiones de los actores, porque en su calidad de funcionarios públicos -médicos al servicio de la Caja Departamental de Previsión-, actúan como expertos en la distribución de bienes públicos -medicamentos-, señalando a quién se han de entregar legítimamente y a quién nó (sic)-recetando sólo a los usuarios del servicio, dentro de los límites reglamentarios, el mejor y más completo tratamiento-. Es en esta parte específica del manejo de bienes públicos -gestión fiscal-, en la cual se encontraron irregularidades que la Contraloría consideró “verdad sabida y buena fe guardada”, suficientes para solicitar la suspensión de los actores y de otros funcionarios comprometidos, así como para denunciar ante la Fiscalía General un posible delito de peculado por apropiación. Como se ve y a pesar de las alegaciones de los peticionarios, ellos sí cumplen funciones que los hacen sujetos pasivos del control fiscal y a ellos sí es aplicable el numeral 8° del artículo 268 de la Constitución*”.

En palabras de la Corte, *“el uso de la atribución en referencia tiene repercusión directa en la interrupción del ejercicio del cargo público objeto de la actuación del Contralor, ya que, cuando éste se dirige al nominador en demanda de la suspensión, no le deja alternativa distinta de proceder a ella”*.

4.2.4. Por otra parte, en la **Sentencia SU-837 de 2002**, este Tribunal conoció el caso de una acción de tutela interpuesta contra un laudo arbitral. Ese fallo distinguió las decisiones adoptadas “en derecho”, “en equidad”, “en conciencia” y “verdad sabida y buena fe guardada”. Frente a este último principio la Corte señaló que las decisiones en conciencia o verdad sabida y buena fe guardada, remiten a la esfera interna del fallador quien adopta una decisión cuya finalidad no es necesariamente la justicia o la equidad, por lo que *“Quien falla verdad sabida y buena fe guardada no tiene que hacer explícitos los hechos en que se funda ni justificar con razones sus conclusiones”*.

De igual manera, en la providencia en mención se precisó que las decisiones adoptadas con fundamento en ese principio no deben ser arbitrarias ya que *“si bien el que decide en conciencia no tiene que hacer expresas sus razones, el contenido de lo decidido también tiene que respetar unos límites mínimos externos, como los hechos básicos del caso. De ahí que la decisión de los jurados de conciencia esté sometida a control judicial y pueda ser anulada por contraevidente”*⁶⁵

4.2.5. Finalmente, en la **Sentencia T-297 de 2006**, la Corte conoció una acción de tutela interpuesta por el Alcalde Municipal de Jordán Sube (Santander) quien bajo el principio de “verdad sabida y buena fe guardada” fue suspendido del cargo. En esa oportunidad la Corte se pronunció sobre la facultad constitucional de los contralores y destacó tres características que adquieren relevancia en el asunto bajo examen, las cuales giran en torno al carácter vinculante para el nominador, la temporalidad de la medida y el carácter descentralizado. El ejercicio de esta potestad está supeditado a que i) exista prueba sobre la determinación del daño patrimonial al Estado; ii) la estimación de la cuantía y iii) la identificación de los presuntos responsables fiscales.

Para la Corte actuar bajo el principio de *“verdad sabida y buena fe guardada”* recae sobre las razones que llevan al Contralor a creer fundadamente que la permanencia del funcionario investigado en el desempeño de sus funciones pueda afectar las investigaciones, dificultar la tarea de fiscalización o comprometer más el interés colectivo. El daño y la responsabilidad deben estar sometidos a los principios de la necesidad de prueba y suficiente motivación de las decisiones.

4.2.6. El anterior recuento jurisprudencial permite a la Sala concluir que si el ente de control fiscal tiene razones sólidas y evidencias razonables para establecer que la permanencia de un funcionario en el cargo afecta el

⁶⁵ Al respecto también puede consultarse la Sentencia T-720 de 2014.

desarrollo de una investigación, obstaculiza la fiscalización o compromete aún más el patrimonio del Estado, puede exigir al nominador de la respectiva entidad la suspensión inmediata y temporal del servidor público investigado. El uso de la atribución en referencia implica que el Contralor previamente deba iniciar el correspondiente proceso o investigación de manera que obtenga suficientes elementos de juicio para imponer dicha medida cautelar.

Se aúna a ello, que esa potestad constitucional la ejerce la Contraloría bajo su responsabilidad, circunstancia que a futuro puede generar tanto para el Estado como para el contralor que exigió la suspensión, la reparación de los daños causados como consecuencia de esa medida en caso de que la misma resulte injusta, es decir, en aquellos casos donde el investigado es absuelto de responsabilidad fiscal.

En resumen, la atribución otorgada a los contralores para exigir la suspensión de funcionarios bajo el principio de *“verdad sabida y buena fe guardada”* es de rango constitucional, por lo que no requiere un desarrollo legal. De este modo, el artículo 268-8 de la Constitución Política establece una serie de condiciones que deben ser tenidas en cuenta al momento de aplicar dicha potestad. El cumplimiento de esas condiciones evita que funcionarios públicos sean suspendidos por el solo hecho de que contra ellos cursen procesos de responsabilidad fiscal, que esa facultad sea aplicada de manera arbitraria y que como consecuencia de ello, el Estado a futuro deba responder por los daños ocasionados.

4.3. Parámetros exigidos por el artículo 268-8 de la Constitución Política para ejercer la potestad de suspensión de funcionarios públicos bajo el principio de verdad sabida y buena fe guardada

Los parámetros que deben ser tenidos en cuenta por las Contralorías para exigir la suspensión de funcionarios en virtud de la potestad prevista en el artículo 268-8 Superior, son los siguientes:

- I) Competencia: De conformidad con los artículos 268-8 y 272-6 el Contralor General de la República y los Contralores Departamentales, Distritales y Municipales, en el ámbito de su jurisdicción, están facultados para exigir bajo su responsabilidad y en aplicación del principio de verdad sabida y buena fe guardada la suspensión inmediata de funcionarios contra los cuales se adelanten investigaciones o procesos penales o disciplinarios originados en el ejercicio del control fiscal.
- II) Carácter vinculante para el nominador: Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha advertido que no es potestativo del nominador decidir si cumple o no la exigencia presentada por el Contralor de suspender de manera provisional a determinado funcionario por cuanto el *“uso de esta atribución tiene repercusión directa en la interrupción del ejercicio del cargo público objeto de la actuación del Contralor, ya que, cuando éste se dirige al*

nominador en demanda de la suspensión, no le deja alternativa distinta de proceder a ella. Se trata de un requerimiento con efectos vinculantes para el nominador, ya que la Carta Política emplea el término "exigir", lo que definitivamente es distinto de "solicitar" o "pedir", expresiones que, al fin y al cabo, dejarían la decisión en manos del funcionario administrativo correspondiente. Una exigencia tiene connotación imperativa; hace forzosa la ejecución de lo exigido".⁶⁶ De este modo, el nominador no puede modificar, aplazar o rechazar la exigencia realizada por el Contralor.

- III) Responsabilidades de los contralores: El artículo 268-8 Superior dispone que *“la Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios”*. Lo anterior, implica que el funcionario que fue absuelto de las investigaciones que cursaban en su contra podrá acudir a la administración de justicia y demandar al Estado con el fin de obtener la reparación de perjuicios a través del medio de control de reparación directa. Del mismo modo, el Estado podrá repetir contra el funcionario que exigió la suspensión de conformidad con el artículo 90 de la Carta Magna. Sobre este aspecto, la Sala realizará un análisis más detallado en páginas subsiguientes.
- IV) Temporalidad: Por mandato constitucional la suspensión se mantiene mientras culminan las investigaciones fiscales o los respectivos procesos penales o disciplinarios. Separar temporalmente a los funcionarios que se ven involucrados en este tipo de investigaciones es una medida preventiva que impide que la permanencia en el cargo dificulte el curso normal de las mismas.

4.4. La suspensión de funcionarios públicos, bajo el principio de verdad sabida y buena fe guardada, alcance y límites

4.4.1. Con respecto al alcance de la facultad otorgada constitucionalmente a los contralores para exigir la suspensión inmediata y temporal de funcionarios públicos bajo el principio de “verdad sabida y buena fe guardada”, esta Corporación en la sentencia C-603 de 2000, tuvo la oportunidad de pronunciarse en los siguientes términos:

“Por otra parte, la medida en comento tiene un alcance provisional, por cuanto no se separa definitivamente a los servidores públicos involucrados, cuya presunción de inocencia -en el campo fiscal, en el disciplinario y en el penal- todavía no ha sido desvirtuada (art. 29 C.P.). Pero permite que, si el Contralor tiene razones poderosas para temer que la permanencia de aquéllos en el desempeño de sus empleos pueda afectar las investigaciones, dificultar la tarea de fiscalización o

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-603 de 24 de mayo de 2000.

comprometer todavía más el interés colectivo, los bienes del Estado o la moralidad pública, demande del nominador, con la referida fuerza vinculante, que se los suspenda, no a título de sanción sino como instrumento transitorio encaminado a la efectividad del control.” (Negrillas fuera del texto).

En suma, dicha potestad tiene un **alcance provisional** porque separa a los servidores públicos involucrados en una investigación fiscal, penal o disciplinaria de manera temporal, es decir, hasta tanto culminen las referidas investigaciones. Lo anterior, en virtud al principio de presunción de inocencia previsto en el artículo 29 Superior.

Para el caso de las contralorías en el proceso de responsabilidad fiscal, el término de suspensión provisional del ejercicio del cargo se extenderá hasta que se profiera decisión de fondo, es decir, fallo con o sin responsabilidad fiscal o de archivo de las diligencias.

4.4.2. Por su parte, los **requisitos y límites** que deben ser tenidos en cuenta por los Contralores para exigir la suspensión provisional e inmediata de funcionarios públicos, son los siguientes:

a). Existencia de procesos de responsabilidad fiscal, penal o disciplinaria. Para que el Contralor General de la República o los Contralores Territoriales exijan al nominador la suspensión provisional de funcionarios públicos, necesariamente deben existir investigaciones fiscales, penales o disciplinarias contra los sujetos pasivos del control fiscal⁶⁷.

b). La facultad de la Contraloría no es aplicable a todos los funcionarios del Estado. En ese sentido solo comprende a aquellos que se determinan como sujetos pasivos del control fiscal por recibir, manejar o intervenir fondos o bienes del Estado. Al respecto el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto de julio 15 de 1992, radicación núm. 452, señaló:

“(…)

La Sala considera que la nueva potestad atribuida por la Constitución a los Contralores para efectos de exigir la suspensión inmediata de funcionarios contra los cuales se adelantan investigaciones o procesos penales o disciplinarios originados en el ejercicio del control fiscal, es responsabilidad personal de cada Contralor, quien actuará "verdad sabida y buena fe guardada". Dicha potestad puede ejercerse en cumplimiento del marco institucional del control fiscal y comprende a los funcionarios que se determinan como sujetos pasivos del mismo por recibir, manejar o invertir fondos o bienes del Estado. Conforman la excepción aquellos casos regulados especialmente por la Constitución, como sucede con el presidente de la República, los magistrados de los

⁶⁷ *Crf.* Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto núm 452 de 15 de julio de 1992.

altos Tribunales de justicia y el Fiscal General de la Nación (ibídem, artículos 174, 175, 178 - 3 y 256 - 3); los miembros del Consejo Nacional, cuya pérdida de investidura corresponde decretar al Consejo de Estado por las causales enumeradas en el artículo 183; los miembros de las demás corporaciones públicas, para los cuales la ley puede establecer el procedimiento de revocatoria del mandato (ibídem, artículos 4Q - 4 y 103), y los gobernadores y alcaldes (ibídem, artículos 259, 304 y 314).

Por lo demás, la orden de suspensión del cargo presupone la existencia de investigaciones fiscales o de procesos penales o disciplinarios contra sujetos pasivos del control fiscal y se mantiene, por mandato de la Constitución, ‘mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios’”.

c). El retiro del servicio del funcionario investigado debe ser transitorio. Es decir, la suspensión se mantiene mientras culminan los procesos fiscales, disciplinarios o penales. Sobre este aspecto, es importante advertir que la Contraloría al momento de exigir la suspensión deberá establecer el tiempo estimado de duración del proceso. Lo anterior, por cuanto la medida no tiene como fin separar de manera definitiva del cargo al investigado.

Este límite implica que la suspensión conserve el carácter provisional porque puede presentarse el caso donde el funcionario público es suspendido pero la investigación o el proceso termina con posterioridad al período para el cual fue nombrado, desconociéndose lo estipulado en el artículo 268-8 Superior al producirse un retiro del servicio definitivo y no temporal.

d). El ente de control podrá exigir bajo su responsabilidad, la suspensión inmediata de los funcionarios que estén siendo investigados fiscalmente o contra aquellos que se adelanten procesos penales y disciplinarios. Lo anterior, con el fin de: (i) evitar que la permanencia en el cargo del funcionario involucrado perturbe la transparencia de la investigación, (ii) dificulte la tarea de fiscalización o (iii) comprometa aún más los bienes del Estado y la moralidad pública.

4.5. Responsabilidad del Estado cuando el funcionario público es suspendido en virtud de la potestad prevista en el artículo 268-8 Superior y posteriormente es absuelto de responsabilidad

Como quedó señalado en precedencia, los contralores están facultados constitucionalmente para exigir la suspensión de funcionarios públicos bajo el principio de íntima convicción o verdad sabida y buena fe guardada. Sin embargo, el ente de control debe ser cauteloso al momento de emplear esa atribución porque es responsabilidad de cada contralor exigir la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios. En ese sentido, quien resulte afectado con ocasión de la suspensión podrá reclamar al Estado todos los daños ocasionados, el cual se expone a afrontar demandas en su contra.

La potestad consagrada en el artículo 268-8 Superior, es una figura problemática porque da a entender que la suspensión provisional procede siempre que el ente de control tenga la plena convicción de que el funcionario investigado es fiscalmente responsable, lo cual no es acertado porque implicaría un prejuizgamiento y por tanto la suspensión perdería su carácter cautelar como mecanismo transitorio, encaminado a lograr la efectividad del control fiscal, además se desconocería el principio de presunción de inocencia (artículo 29 CP). Se aúna a ello que no es suficiente con que se adelante la investigación fiscal para la viabilidad de la medida.

La suspensión provisional no implica entonces que el investigado siempre resulte condenado, ni mucho menos que sea fiscalmente responsable porque puede darse el caso, como el presente, donde el funcionario público suspendido termina absuelto de toda responsabilidad.

En este orden de ideas, la solicitud de suspensión provisional debe atender los principios de razonabilidad y proporcionalidad a fin de que la misma no sea utilizada de manera desbordada. Es decir, el Contralor debe valorar las circunstancias fácticas de cada caso para llegar a la convicción sobre la necesidad o no de aplicar la medida, que varía dependiendo de la gravedad de la conducta y el impacto que tenga en la sociedad.

En síntesis, el ejercicio de esta potestad: (i) está supeditado a que existan contra los sujetos pasivos del control fiscal investigaciones fiscales, penales o disciplinarias; (ii) no debe ser utilizada como una herramienta política sino jurídica; esto es, el ente de control debe exigir la suspensión cuando observe que la permanencia en el cargo del funcionario entorpece el desarrollo normal de la investigación o se continúan malversando los bienes del Estado; (iii) debe atender los principios de razonabilidad y proporcionalidad y (iv) a pesar de la discrecionalidad que reviste a los contralores para adoptar la medida, esta no debe ser utilizada de manera arbitraria.

Sobre este último punto, es preciso señalar que en ciertos casos las autoridades cuentan con una potestad discrecional para el ejercicio de sus funciones, que sin embargo no puede confundirse con arbitrariedad o el simple capricho del funcionario. Es así como el artículo 36 del CCA⁶⁸, contenido que fue reproducido íntegramente en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 señaló los principales límites al ejercicio de la facultad discrecional al establecer que “*en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa*”. En consecuencia, toda decisión discrecional debe adecuarse a los fines de la norma que autoriza el ejercicio de dicha facultad, al tiempo que ha de guardar proporcionalidad con los hechos que le sirvieron de causa⁶⁹.

⁶⁸ El contenido de esta norma se mantuvo incólume en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 “*por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”.

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-525 de 1995.

Con todo, en el Estado de Derecho no tiene cabida la noción de discrecionalidad absoluta sino que únicamente es admisible la discrecionalidad relativa, lo cual supone el deber de *“apreciar las circunstancias de hecho, la oportunidad y la convivencia dentro de las finalidades inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la disposición que autoriza la decisión discrecional”*⁷⁰. Así fue precisado por la Corte desde la Sentencia C-734 de 2000⁷¹, al indicar:

“De lo hasta aquí expuesto puede concluirse que la discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional”.

La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aun cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa.

En este orden de ideas, la atribución constitucional prevista en el numeral 8° del artículo 268 es responsabilidad personal de los contralores, de manera que deben hacer uso de la medida en aquellos casos donde existan indicios o material probatorio que evidencie que la permanencia en el cargo obstaculiza la transparencia de la investigación o en el desempeño de su empleo compromete aún más los bienes del Estado.

La suspensión provisional de funcionarios públicos en los casos donde el proceso de responsabilidad fiscal culmina con decisión absolutoria o de archivo involucra, por esa sola circunstancia, una reparación de los perjuicios causados, en donde el contralor deberá justificar la decisión adoptada, por lo que se hace necesario asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela efectiva.

En suma, el acto administrativo que suspende de manera transitoria a un funcionario sujeto pasivo de gestión fiscal no define su situación jurídica, por cuanto se reitera la suspensión no es definitiva sino temporal. En ese sentido, cuando el proceso de responsabilidad termina con una decisión de archivo o

⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-205 de 2009.

⁷¹ La Corte declaró exequible el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, por el cual se modificaron las normas relativas a la administración de personal civil.

de absolución conduce inexorablemente a la reparación del daño causado por la suspensión provisional, lo que de ordinario deberá ser reclamado mediante el uso de las acciones que para tal fin ha previsto el ordenamiento jurídico, particularmente el medio de control de reparación directa ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

5. Evolución jurisprudencial desarrollada por el Consejo de Estado sobre la naturaleza y control de los actos de suspensión expedidos por el Contralor

5.1. Al interior del Consejo de Estado la posición en torno a la naturaleza del acto administrativo por medio del cual se suspende del cargo a un funcionario que se encuentra incurso dentro de un proceso de responsabilidad fiscal no ha sido uniforme. Desde el año 1996, la Sala Plena de la Sección Segunda de esa Corporación⁷² consideró que los actos administrativos proferidos por el Contralor eran de trámite y por lo tanto no susceptibles de control judicial ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Al Respecto señaló:

La Contraloría Municipal de Medellín cumplió legalmente el procedimiento de acuerdo con las facultades legales otorgadas para solicitar esa medida provisoria de 'manera temporal', mientras dura el proceso de responsabilidad fiscal, por lo que no puede catalogarse como acto definitivo sino meramente preparatorio.

En virtud de lo anterior, el Consejo de Estado concluyó que el acto que realmente pone fin a la actuación administrativa es la decisión o fallo del asunto de responsabilidad fiscal y por ello el acto de trámite (suspensión) no es demandable.

5.2. A su turno, en la **Sentencia de 6 de febrero de 1997**⁷³, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado explicó, en un caso donde un funcionario público fue suspendido del cargo en virtud de una orden judicial, que la acción adecuada para reclamar los perjuicios ocasionados como consecuencia de la separación injusta del servicio era la de reparación directa y no la de nulidad y restablecimiento del derecho, porque la suspensión posteriormente revocada debe significar una reparación para el suspendido.

⁷² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Auto de 17 de abril de 1996, radicado interno No. 12296. En esa oportunidad la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se dirigió contra el municipio de Medellín y la Contraloría de ese ente territorial con el fin de obtener la nulidad del acto administrativo por medio de la cual el Contralor municipal solicitó al Alcalde la suspensión inmediata y temporal del Gerente de las Empresas Públicas de Medellín.

El Tribunal Administrativo de Antioquia inadmitió la demanda porque el acto demandado era de trámite, no admitía recurso alguno ni tenía la calidad de sanción. El Consejo de Estado al resolver la apelación interpuesta contra el auto de inadmisión de la demanda lo confirmó en todas sus partes, en razón a que la Resolución censurada era un simple acto de trámite, expedida dentro de un proceso de responsabilidad fiscal que no tiene el carácter de sanción sino de impulso y celeridad al proceso administrativo.

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 6 de febrero de 1997, referencia expediente núm. 9236.

5.3. Posteriormente, en la **Sentencia de 13 de julio de 2000**⁷⁴, la Sección Segunda, Subsección “B” del Consejo de Estado tuvo la oportunidad de conocer la apelación en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que el demandante pretendía obtener la nulidad del acto administrativo por medio del cual el Gobernador del Chocó lo suspendió en el ejercicio del cargo de Alcalde Municipal de Bagadó. Señaló el demandante de aquella época, que la medida de suspensión se derivó de la solicitud que formulara el contralor departamental del Chocó al Gobernador con fundamento en los artículos 268-8 y 272-5 de la Carta Política.

En ese proceso, a título de restablecimiento del derecho, el actor solicitó condenar a la entidad al reconocimiento y pago de los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías y demás prestaciones dejadas de percibir desde la fecha de suspensión hasta el reintegro.

En esa oportunidad la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, sin pronunciarse sobre la naturaleza de los actos administrativos demandados, confirmó la decisión de primera instancia que negó las súplicas de la demanda bajo el argumento de que el Contralor General como los contralores departamentales tienen la atribución constitucional de exigir bajo su responsabilidad la suspensión inmediata de funcionarios públicos mientras culminan las investigaciones derivadas de un proceso penal o disciplinario.

5.4. Con una orientación similar, en **Sentencia de 29 de marzo de 2007**⁷⁵, la Sección Segunda, Subsección “B” del Consejo de Estado decidió la apelación interpuesta contra la decisión de primera instancia que se inhibió para proferir un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda. En esa ocasión el demandante en nulidad y restablecimiento solicitó la nulidad del Oficio suscrito por el Contralor de Bogotá mediante el cual exigió al Alcalde Mayor de Bogotá la suspensión en el cargo de Alcalde Local, así como la Resolución por la cual el Alcalde dispuso la suspensión del funcionario en el ejercicio del cargo referido.

En ese proceso, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B”, en Descongestión se inhibió porque consideró que los actos proferidos por la Contraloría no eran de naturaleza definitiva. De este modo, afirmó que los actos enjuiciados eran de trámite y ejecución de manera que escapan del conocimiento de la jurisdicción contenciosa.

El Consejo de Estado revocó la decisión inhibitoria porque, en su concepto, los actos por medio de los cuales el Contralor solicita la suspensión temporal de un funcionario en el ejercicio del cargo son definitivos y por tanto susceptibles de control de legalidad. De acuerdo con el fallo:

“Los Oficios referidos fueron proferidos por el Contralor DISTRITAL DE BOGOTÁ D.C. en virtud de la facultad que se le otorga en el

⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 13 de julio de 2000, referencia expediente núm. 78-2000.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sentencia de 29 de marzo de 2007, radicado interno No. 0955-2005.

artículo 268 numeral 8° de la C.P. en consonancia con el artículo 109 del Decreto 1421 de 1993 para suspender de manera inmediata a los funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios. Esta potestad obra con independencia del resultado de los procesos fiscales, penales o disciplinarios y encuentra su razón de ser en la decisión discrecional, más no arbitraria, del mencionado funcionario de apreciar el grado de entorpecimiento que para la realización de las citadas investigaciones pueda ejercer el servidor público investigado.

Por ende, teniendo esta connotación, la medida que así lo disponga es susceptible de ser enjuiciada ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo siendo factible esgrimir en contra de la misma los vicios de ilegalidad que respecto de la generalidad de los actos administrativos pueden invocarse con miras a desvirtuar la presunción de legalidad que los rodea”.

Con esas razones la Sección Segunda, Subsección “B” del Consejo de Estado resolvió de fondo el recurso de alzada con el argumento de que el móvil que condujo al Contralor Distrital de Bogotá para exigir la suspensión inmediata del Alcalde Local tuvo fundamento no solo en las disposiciones constitucionales y legales que lo facultan para solicitar esa medida provisional sino también con base en el material probatorio obrante en el expediente, el cual evidenció que contra el demandante se adelantaron investigaciones fiscales, penales y disciplinarias. En ese sentido, esa Corporación revocó la decisión inhibitoria del *a quo* y, en su lugar, denegó las súplicas de la demanda.

5.5. La anterior posición jurisprudencial fue reiterada por la Sección Segunda, Subsección A, de esa Corporación mediante **Sentencia de 4 de septiembre de 2008**⁷⁶, donde de manera preliminar aclaró que el acto de suspensión producido por una autoridad fiscal es independiente de la decisión final que resuelve la responsabilidad fiscal del investigado por tanto, tiene control judicial autónomo bajo los parámetros del artículo 85 del C.C.A.

En ese proceso, el Consejo de Estado resolvió la apelación interpuesta contra la decisión de primera instancia que negó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada en contra del Municipio de Neiva, la Contraloría Municipal y las Empresas Publicas de esa ciudad por suspender a los demandantes de los cargos de Jefe de la División, Operación y Mantenimiento y Jefe de División de Suministros y almacén de las Empresas Publicas de Neiva.

En ese fallo, se explicó que el acto que suspende a un funcionario sea en materia fiscal, disciplinaria o penal, no podría clasificarse como un acto preparatorio o de trámite porque no impulsa, ni prepara una decisión. Tampoco es un acto definitivo, porque no resuelve de fondo una situación. En

⁷⁶ Consejo de Estado, sentencia de 4 de septiembre de 2008, radicación número: 41001-23-31-000-1995-08452-02(1528-07).

ese sentido, la providencia en mención precisó que esos actos son independientes, autónomos y producen efectos jurídicos inmediatos y directos, respecto del investigado.

Para el Tribunal Contencioso la medida de suspensión provisional tiene objetivos y requisitos propios, además su procedencia cumple una función diferente a la del fallo; de manera que, un acto que produce autónomamente efectos jurídicos directos e inmediatos así sean temporales, debe ser revisable por el juez contencioso⁷⁷. Si no se permitiera el control y el acto final fuera exoneratorio de responsabilidad, la decisión de suspensión se quedaría sin intervención jurisdiccional. Agregó que no tiene sentido que solo pueda controlarse con el acto con el cual culmina la actuación, porque este puede expedirse de manera ilegal, arbitraria y producir perjuicios respecto del funcionario suspendido.

5.6. No obstante lo anterior, **el 2 de octubre de 2008**, la Subsección B de la Sección Segunda varió esa postura, al resolver un recurso de apelación dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en el cual el demandante solicitaba la nulidad de los actos administrativos proferidos por el Contralor Distrital de Bogotá y el Alcalde Mayor de Bogotá, D.C., por medio de los cuales se solicitó la suspensión del cargo de Gerente del Fondo Rotatorio del Concejo de Bogotá y se ejecutó dicha medida.

La mencionada providencia sostuvo de manera categórica que recogía *“la tesis expresada por la Subsección B, Sección Segunda, de esta Corporación en Sentencia de 29 de marzo de 2007, radicado interno No. 0955-2005 (...), y se retoma la sostenida por la Sala Plena de la Sección Segunda de la Corporación, en el Auto de 17 de abril de 1996”*, según la cual los actos administrativos proferidos por el Contralor son preparatorios porque son expedidos dentro de un proceso de responsabilidad fiscal, los cuales no tienen carácter de sanción sino que dan impulso y celeridad al proceso administrativo correspondiente. Por lo tanto, no susceptibles de control judicial ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. En esa providencia el Tribunal Contencioso, además indicó⁷⁸:

“Los actos que decretan la suspensión provisional del cargo no se profieren por las mismas autoridades que adelantan las investigaciones disciplinarias, fiscales o penales, en estricto sentido no se expiden dentro de estos procesos, ni obstaculizan o viabilizan la sucesión de sus etapas. Sin embargo, a pesar de estas particularidades es innegable su naturaleza instrumental, preparatoria, si se quiere, del buen desarrollo de dicha función investigativa.

⁷⁷ En la referida sentencia estableció que *“Al calificarse como un acto independiente, separable de la decisión final que resuelve la responsabilidad fiscal del investigado, tiene control judicial autónomo, bajo los parámetros del artículo 85 del C.C.A, el cual debe ejercerse dentro del término de caducidad señalado por el artículo 136 inc. 2 ibídem”*.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 2 de octubre de 2008, Radicación número: 25000-23-25-000-2000-06992-01(6093-05).

Esta condición instrumental impide concluir que estamos en presencia de actos administrativos demandables ante la jurisdicción, pues, de conformidad con lo establecido en el artículo 50 del C.C.A.:

a. No ponen fin a una actuación administrativa, por el contrario, la preparan.

b. No deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, por el contrario, decretan una medida cautelar que protege la decisión final.

c. No son actos de trámite que impidan la continuación de una actuación; por el contrario, son actos preparatorios que no afectan la continuidad de las investigaciones disciplinarias, fiscales o penales, tan es así que la suspensión provisional no se adopta obligatoriamente en todos los casos en que éstas se adelantan⁷⁹.

Finalmente, de aceptarse que los actos demandados definen una situación jurídica y, en consecuencia, son objeto de vía gubernativa y de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se pondría en riesgo la eficacia y urgencia de la medida y se pasaría por alto su transitoriedad, amén de que se le vaciaría de contenido porque como los recursos en vía gubernativa se conceden en el efecto suspensivo, (artículo 55 del C.C.A.) y para acudir a la vía judicial debe agotarse previamente la vía gubernativa (artículo 135, inciso 1º ibídem) no tendría eficacia ni operancia”.

5.7. La anterior postura fue reafirmada por la Sección Segunda, Subsección “B” del Consejo de Estado a través de las **Sentencias de 11 de junio de 2009⁸⁰ y 30 de agosto de 2012⁸¹**. En este último pronunciamiento, el Consejo de Estado sostuvo que *“la suspensión provisional es un instrumento (que puede ser utilizado o no) otorgado al Contralor por la Constitución Política, para el buen desarrollo de otras actuaciones administrativas destinadas a definir una situación jurídica de un funcionario, bajo dicho supuesto, es el acto de fijación de responsabilidad fiscal, el que es objeto de control por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo”*.

Según el Consejo de Estado, los actos administrativos que suspenden a un funcionario en virtud del principio de verdad sabida y buena fe guardada si bien no son actos de trámite que impidan la continuación de una actuación son actos preparatorios⁸² que no afectan la continuidad de las investigaciones

⁷⁹ Respecto a los actos administrativos expedidos con ocasión de un procedimiento de la misma naturaleza sostiene la doctrina en la obra *“Derecho Administrativo, Tomo II, Organización Administrativa, Actos Administrativos, pág. 235: “El procedimiento se puede considerar como una serie de actos o de operaciones ligados en relación a un mismo efecto. Ahora bien, los distintos actos que constituyen el procedimiento se pueden clasificar, según su específica función, en la siguiente forma: a) Preparatorios. b) Constitutivos. c) Integrativos de la eficacia. Los más importantes son los constitutivos.*

a) En cuanto a los actos preparatorios, debemos señalar, en primer término, los de iniciativa, que pueden provenir sea del mismo órgano que ha de dictar el acto final, sea de otro órgano cualquiera <Algunos autores entienden que estos actos preparatorios no forman parte del procedimiento cuyo estudio viene limitado a la parte constitutiva (...)>. (...).”

⁸⁰ Consejo de Estado, sentencia de 11 de junio de 2009, Radicación número: 05001-23-31-000-1996-00480-01(1246-07).

⁸¹ Consejo de Estado, sentencia de 30 de agosto de 2012, radicación número: 11001-03-25-000-2011-00136-00(0434-11).

⁸² Manual del Acto Administrativo, Bogotá, 2009, Quinta Edición, Pág. 309 *“Se consideran actos preparatorios los que contribuyen a formar el juicio o criterio de la Administración para decidir la actuación*

disciplinarias, fiscales o penales, el cual no es demandable ante la jurisdicción contenciosa.

En síntesis, las razones invocadas por el Consejo de Estado, cuya postura se ha mantenido inalterada hasta la fecha y de hecho constituye la base de la sentencia ahora cuestionada en sede de tutela, son las siguientes:

- Los actos que decretan la suspensión provisional del cargo no se profieren por las mismas autoridades que adelantan las investigaciones disciplinarias, fiscales o penales, y en ese sentido, no obstaculizan o viabilizan la sucesión de sus etapas, razón por la cual es innegable su naturaleza instrumental, preparatoria, si se quiere, del buen desarrollo de la función investigativa.
- No ponen fin a una actuación administrativa, por el contrario, la preparan.
- No deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, ya que decretan una medida cautelar que protege la decisión final.
- No son actos de trámite que impidan la continuación de una actuación; por el contrario, son actos preparatorios que no afectan la continuidad de las investigaciones disciplinarias, fiscales o penales, tan es así que la suspensión provisional no se adopta obligatoriamente en todos los casos en que éstas se adelantan.

5.8. De todo lo precedente, se puede concluir entonces que en la actualidad la tesis adoptada por el Consejo de Estado es la que se hace referencia a que los actos administrativos que suspenden de manera temporal a un funcionario público bajo el principio de “*verdad sabida y buena fe guardada*” no son demandables ante la jurisdicción contenciosa administrativa, por cuanto esos actos son preparatorios y no definen la situación jurídica del investigado. La suspensión es transitoria y su finalidad es asegurar la transparencia del control fiscal. Bajo esa postura, la Sección Segunda del Consejo de Estado en varias oportunidades se ha inhibido para pronunciarse en estos asuntos, lo que, en principio, vulnera el acceso efectivo a la administración de justicia de los usuarios.

Sin embargo, la jurisprudencia del máximo Tribunal Contencioso Administrativo no ha sido pacífica en lo concerniente a la naturaleza de los actos proferidos por el Contralor que exigen la suspensión de un funcionario mientras se adelantan investigaciones fiscales, penales y disciplinarias. Tampoco ha determinado cuál es el medio de control que se debe utilizar ni el acto administrativo que se debe demandar en los casos en que el investigado fue suspendido de manera provisional y el proceso de responsabilidad fiscal culminó con decisión absolutoria o de archivo.

administrativa correspondiente. Más que procurar el impuso de la actuación, su objeto es el de contribuir a formar la decisión o el acto que le pone fin”.

Lo anterior, ha generado, como se advirtió, la producción de fallos inhibitorios, los cuales según la jurisprudencia Constitucional constituyen una denegación de justicia, en razón a que quien demanda queda desprotegido ya que este tipo de sentencias dejan sin definición el conflicto que generó el litigio.

En ese sentido, la sentencia inhibitoria presupone un fracaso del proceso, de la jurisdicción y de la justicia, por cuanto el fin último es que los procesos judiciales culminen con una decisión de fondo y que diriman la controversia planteada.

6. Régimen constitucional de los fallos inhibitorios

En la sentencia C-258 de 2008 la Corte Constitucional presentó una definición de las implicaciones de un fallo inhibitorio. En aquella oportunidad dijo lo siguiente:

*“Decisiones judiciales **inhibitorias** son aquellas que, por diversas causas, ponen fin a una etapa procesal sin decidir de fondo el asunto que se le plantea al juez, es decir, sin adoptar resolución de mérito⁸³; por tanto, el problema que ha sido llevado a la justicia queda sin resolver, lo que implica que puede presentarse nuevamente ante la jurisdicción del Estado para su solución, salvo eventos especiales de caducidad o prescripción, que en principio no se presentan en la acción de inconstitucionalidad⁸⁴.”⁸⁵*

Ese mismo marco teórico fue esbozado en la sentencia C-666 de 1996⁸⁶, en la que la Corte estudió si toda sentencia inhibitoria tiene la capacidad de vulnerar los derechos fundamentales de las partes dentro de un proceso ordinario. Para ello recalcó que este tipo de providencias tienen como efecto *“que el problema que ante [el juez] ha sido llevado queda en el mismo estado inicial”*. Bajo tal condición, luego juzgó que este tipo de decisiones constituyen, como regla general, la “antítesis” del acceso a la administración de justicia y el debido proceso. Sobre este último puntualizó lo siguiente:

*“El derecho constitucional fundamental al debido proceso se funda, entre otros aspectos, en la garantía de que, sometido un asunto al examen de los jueces, se obtendrá una **definición** acerca de él, de donde se desprende que normalmente la sentencia tiene que plasmar la sustancia de la resolución judicial. Hacerla aparente o formal implica, por tanto, la innegable violación de aquél, ya que deja al interesado a la expectativa, contrariando la razón misma del proceso.”*

⁸³ Sentencia C-666 de 1996.

⁸⁴ Por excepción, cuando se trata de defectos formales en el proceso de formación de la ley, la acción de inconstitucionalidad caduca al año de la promulgación de la ley (C.P. Art.242-3).

⁸⁵ Demanda de inconstitucionalidad contra la expresión “y quienes estén devengando pensión de jubilación” del Artículo 137 del Decreto-Ley 960 de 1970, por el cual se expide el estatuto de notariado.

⁸⁶ Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 91 (parcial) y 333 (parcial) del Código de Procedimiento Civil.

Más adelante, insistió en que toda providencia inhibitoria dictada sin justificación, es una forma de negación de la justicia y causa de la prolongación de los conflictos. Bajo esta condición, dicha sentencia aclaró que este tipo de decisiones deben ser excepcionales y estar enmarcadas en motivos que puedan ser corroborados y a partir de los cuales se pueda inferir que el operador judicial no tenía otra opción argumentativa. En caso contrario, tal fallo constituirá una forma de ‘vía de hecho’; al respecto afirmó lo siguiente:

“En otros términos, la inhibición, aunque es posible en casos extremos, en los cuales se establezca con seguridad que el juez no tiene otra alternativa, no debe ser la forma corriente de culminar los procesos judiciales. Ha de corresponder a una excepción fundada en motivos ciertos que puedan ser corroborados en los que se funde objetiva y plenamente la negativa de resolución sustancial. De lo contrario, es decir, mientras no obedezca a una razón jurídica valedera, constituye una forma de obstruir, por la voluntad del administrador de justicia, el acceso de las personas a ella.

(...)

Se configura, en tales ocasiones, una verdadera e inocultable vía de hecho, toda vez que, al inhibirse sin razón válida, el juez elude su responsabilidad, apartándose de la Constitución y de la ley; realiza su propia voluntad, su interés o su deseo, por encima del orden jurídico; atropella a quienes están interesados en los resultados del juicio y hace impracticable el orden justo preconizado por la Constitución.

Si ello es así, la inhibición injustificada carece de legitimidad y pierde el sentido de una decisión judicial apta para producir cualquier efecto jurídico. Es tan sólo una providencia judicial aparente que no merece la intangibilidad normalmente atribuida a las determinaciones de los jueces.”

En contraste a las anomalías adscritas a un fallo inhibitorio, la sentencia C-666 de 1996 insistió en el papel activo del juez en la búsqueda de una verdad que le permita fallar con justicia. Sin embargo, la Corte sí señaló que existen algunos casos en los cuales es procedente la adopción de este tipo de decisiones; textualmente relacionó las siguientes:

“Desde luego, la proscripción de las inhibiciones no puede ser absoluta, ya que se dan circunstancias excepcionales, en las que resulta imposible adoptar fallo de mérito, a pesar de que el juez haya hecho uso de todas sus facultades y prerrogativas para integrar los presupuestos procesales de la sentencia.

Uno de tales eventos es el de la falta de jurisdicción, que corresponde en el fondo a la absoluta carencia de facultades del juez para administrar justicia en el caso controvertido. Lo que entonces se le exige es precisamente no resolver, ya que, al hacerlo, invadiría la órbita propia de una jurisdicción distinta, con ostensible violación del debido proceso (artículo 29 C.P.) y en clara extralimitación de

funciones públicas (artículo 6 C.P.), lo que justifica la inhibición cuando la demanda no ha sido rechazada de plano.

(...)

Los otros casos que puedan presentarse deben ser de tal naturaleza que, agotadas por el juez todas las posibilidades que el ordenamiento jurídico le ofrece para resolver y adoptadas por él la totalidad de las medidas conducentes a la misma finalidad, siga siendo imposible la decisión de fondo. De tal modo que, siempre que exista alguna posibilidad de arribar a ella, la obligación ineludible del fallador consiste en proferir providencia de mérito, so pena de incurrir en denegación de justicia.”

En síntesis, la sentencia C-666 de 1996 rechazó la posibilidad de que un juez se abstenga de tomar una decisión de fondo o, en otras palabras, de definir el conflicto planteado por las partes. De hecho, en su parte resolutive, tal providencia condicionó el fallo de la siguiente manera: *“en el sentido de que las providencias judiciales inhibitorias únicamente pueden adoptarse cuando, ejercidas todas las atribuciones del juez y adoptadas por él la totalidad de las medidas procesales para integrar los presupuestos del fallo, resulte absolutamente imposible proferir decisión de fondo”*.

7. Caso concreto

Teniendo como base el examen de las causales genéricas y específicas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, así como el alcance y límites del artículo 268-8 y el control a dichos actos, la Sala entrará a analizar el caso concreto.

7.1. Cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad en el presente caso

(a) Relevancia constitucional de las cuestiones discutidas. Teniendo en cuenta los hechos expuestos, la actora estima que la decisión proferida por la Sección Segunda, Subsección “B”, del Consejo de Estado, el 14 de noviembre de 2013 vulneró sus derechos al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad: (i) al proferir un fallo inhibitorio con fundamento en que los actos administrativos demandados no eran susceptibles de control judicial por vía jurisdiccional por ser actos preparatorios; (ii) la situación descrita plantea una compleja problemática en los casos donde los contralores con fundamento en el principio de *“verdad sabida y buena fe guardada”* exigen la suspensión inmediata y temporal de funcionarios involucrados en investigaciones fiscales, penales o disciplinarias, porque a pesar de que los procesos terminen con providencia absolutoria o decisión de archivo, no pueden acceder a la reparación de los perjuicios causados, por decisiones inhibitorias, como la presente. Por último, (iii) se hace necesario asegurar la existencia de recursos judiciales efectivos para la protección de los derechos fundamentales, especialmente el acceso a la administración de justicia, habida cuenta que es inaceptable que en un Estado Social de Derecho los asociados

no cuenten con un medio de defensa eficaz cuando la suspensión del cargo resulta injusta.

De lo expuesto, se deriva la relevancia constitucional que tiene el presente asunto, ya que lo pretendido por la acción es proteger a su titular de una presunta actuación contraria al ordenamiento jurídico que ha adquirido firmeza y que puede llegar a afectar sus derechos fundamentales. Lo anterior, en razón a que el fallo inhibitorio del Consejo de Estado no resolvió la controversia planteada, quedado la demandante a la expectativa, lo que conforme a la jurisprudencia de esta Corporación constituye la antítesis del acceso a la administración de justicia y el debido proceso.

(b) Agotamiento de todos los medios ordinarios de defensa judicial. En el presente asunto, el proceso contencioso tuvo dos instancias, en la primera el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda y en la segunda el Consejo de Estado se inhibió para decidir de fondo. Contra esta última decisión, procede el recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 185 del Código Contencioso Administrativo⁸⁷, según el cual, el mencionado recurso procede contra las sentencias ejecutoriadas dentro de un término de dos (2) años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia⁸⁸.

A pesar de no obra prueba de que se haya radicado el referido recurso, la Corte evidencia que en el presente asunto las razones que la accionante alega en su escrito de tutela no se enmarcan en alguna de las causales de revisión definidas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1996⁸⁹. En ese sentido, concluye la Sala que la accionante agotó todos los mecanismos judiciales a su

⁸⁷ “Artículo 185. Procedencia. El recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas.

Artículo 187. Terminación para interposición del recurso. El recurso deberá interponerse dentro de los dos (2) años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia”.

⁸⁸ En el presente asunto, como el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho fue tramitado en vigencia del Código Contencioso Administrativo, C.C.A., no es aplicable el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, C.P.A.C.A., de conformidad con el artículo 308 de esa normativa, según el cual “los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”.

⁸⁹ “Artículo 188. Causales de revisión. Son causales de revisión:

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

alcance antes de acudir a la acción de tutela. Se concluye entonces que en el caso concreto el recurso extraordinario de revisión no resulta idóneo ni eficaz para amparar lo reclamado.

(c) Requisito de la inmediatez. En relación con este parámetro se observa en el expediente que la accionante presentó la acción de tutela el 27 de junio de 2014 contra la decisión tomada por el Consejo de Estado el 14 de noviembre de 2013, la cual fue notificada por edicto del 4 de febrero de 2014⁹⁰, transcurriendo aproximadamente cuatro meses después de emitida la decisión judicial que cuestiona, término que se considera razonable y proporcionado⁹¹.

(d) La irregularidad alegada tiene incidencia directa y decisiva en el fallo que se cuestiona. Se evidencia que los hechos que originaron la presunta violación de los derechos fundamentales incidirían en el sentido de la decisión que se acusa puesto que podría llegar a afectar el acceso a la administración de justicia y restablecimiento de sus derechos, por ejemplo, el respectivo pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir luego de la suspensión de la que fue objeto la actora.

(e) No se trata de sentencia de tutela. El presente amparo no se dirige contra una decisión de tutela, sino contra la sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección “B”, del Consejo de Estado, mediante la cual revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, se declaró inhibida para efectuar un pronunciamiento de fondo porque los actos administrativos a través de los cuales el Contralor exige la suspensión de un funcionario son actos instrumentales o preparatorios y por tanto no susceptibles de control judicial.

Acreditados todos los requisitos formales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, la Sala abordará el estudio de fondo del presente asunto.

Precisado lo anterior y habiendo verificado los casos en los que se cumplen los requisitos generales de procedibilidad, corresponde a la Sala Plena determinar ahora si se ha configurado una de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, teniendo en cuenta que la señora Brianda Mercedes Reniz Caballero considera que el Consejo de Estado vulneró sus derechos fundamentales al proferir un fallo inhibitorio.

8. Configuración de las causales específicas de procedibilidad: El juez debe abstenerse de emitir un fallo inhibitorio cuando el sistema jurídico le ofrece una alternativa interpretativa para proferir una decisión de fondo

8.1. Planteamiento del caso

8.1.1. El asunto bajo análisis tiene como génesis la interposición de una acción de tutela por parte de la señora Brianda Mercedes Reniz Caballero contra la

⁹⁰ Folio 279 vlto, cuaderno 2.

⁹¹ Cfr. Sentencias T-217 de 2013, T-178 y 125 de 2012, entre otras.

Sección Segunda, Subsección “B”, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al considerar que dicha autoridad judicial incurrió en los defectos sustantivo, violación directa de la Constitución, decisión sin motivación y desconocimiento de precedente jurisprudencial al proferir la sentencia de segunda instancia de 14 de noviembre de 2013 por medio de la cual se declaró inhibida para efectuar un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda.

8.1.2. El proceso contencioso administrativo iniciado por la actora tuvo como fin obtener la nulidad del Oficio núm. 10000-28448 de 7 de diciembre de 2005, mediante el cual el Contralor Distrital de Bogotá solicitó, con fundamento en el principio de “*verdad sabida y buena fe guardada*”, al Alcalde Mayor de esa ciudad la suspensión inmediata del cargo de Curadora Urbana núm. 2 mientras culminaban las investigaciones fiscales adelantadas en su contra y del Decreto 441 de 9 de diciembre de 2005, por medio del cual el Alcalde de Bogotá ejecutó la medida de suspensión. En su sentir, tales actuaciones menoscaba sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa e igualdad y vulnera los principios que rigen la función administrativa, así como los de ponderación, razonabilidad, proporcionalidad, buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica los cuales, en su concepto, deben ser tenidos en cuenta al momento de adoptar este tipo de decisiones.

8.1.3. En primera instancia, el 10 de septiembre de 2012, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirió sentencia de fondo y negó las pretensiones de la demanda al considerar que la orden de suspensión provisional del cargo se dio como consecuencia de la existencia de cinco (5) investigaciones fiscales adelantadas contra la demandante.

8.1.4. Apelada la decisión anterior, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, mediante sentencia de 14 de noviembre de 2013 revocó la sentencia del *a quo* que negó las súplicas de la demanda y en su lugar se inhibió para proferir un pronunciamiento de fondo porque los actos demandados al ser preparatorios no son susceptibles de control de legalidad.

8.1.5. Para la accionante, la autoridad judicial accionada vulneró los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, debido proceso e igualdad y los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe en razón a que la decisión inhibitoria se sustentó en un criterio jurisprudencial posterior al momento en que se presentó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

Afirmó que según la jurisprudencia vigente al momento de presentación de la demanda, los actos de suspensión provisional en el ejercicio del cargo fundamentados en el artículo 268-8 Superior, eran demandables ante la jurisdicción contenciosa. Por tanto, considera que si el asunto fue tramitado y decidido en primera instancia por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en Descongestión, la apelación debió correr la misma suerte. En su concepto, el Consejo de Estado debió decidir el fondo del asunto y no

proferir un fallo inhibitorio sustentado en un cambio jurisprudencial posterior, que a todas luces implica una denegación de justicia.

8.1.6. En síntesis, la actora considera que la decisión inhibitoria del Consejo de Estado le impide acceder a la administración de justicia, porque no cuenta con otro mecanismo para solicitar el pago de los salarios y prestaciones durante el tiempo que duró suspendida, máxime si se tiene en cuenta que los procesos de responsabilidad fiscal adelantados en su contra fueron resueltos con decisión de archivo, por lo que considera vulnerados sus derechos fundamentales.

8.2. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional y los considerandos de la presente providencia, la Corte encuentra que la sentencia inhibitoria proferida por la Sección Segunda, Subsección “B”, del Consejo incurrió en las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela denominadas defecto sustantivo, especialmente el derivado por el desconocimiento del precedente y decisión sin motivación.

8.2.1. La sentencia inhibitoria no se acopla a las exigencias de la jurisprudencia constitucional, esto por cuanto las condiciones del caso permitían que el Consejo de Estado proferiera una decisión de fondo a fin de impedir que el litigio quedara sin resolverse y dejando a la actora sin más herramientas jurídicas para reclamar los perjuicios causados como consecuencia de la suspensión del cargo de Curadora Urbana núm. 2 de Bogotá, por las siguientes razones:

8.3. La sentencia del Consejo de Estado dejó de pronunciarse sobre todos los cargos alegados por la actora en el curso del proceso contencioso administrativo

8.3.1. La señora Brianda Mercedes Reniz Caballero, en su escrito de apelación, de manera puntual y como cuestión previa solicitó al Consejo de Estado que decidiera el asunto conforme a la jurisprudencia vigente al momento de presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. En ese sentido, la parte actora precisó lo siguiente:

“Lo anterior significa que al momento de instaurar la demanda la jurisprudencia del Consejo de Estado consideraba que el acto de solicitud de suspensión provisional verdad sabida y buena fe guardada promovido por los Contralores, era un acto administrativo autónomo, y en tal condición era posible ejercer el control de legalidad sobre dicho acto a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, jurisprudencia reiterada luego de admitida la demanda, según se vio, a todo lo cual se agrega la propia admisión de la demanda por parte del Tribunal y la sentencia de fondo que se ha proferido y que es objeto del presente recurso de apelación.

2.1.1.12. Así las cosas, con base en el derecho de acceso a la administración de justicia y en el principio de seguridad jurídica

(buena fe, confianza legítima, entre otros), es evidente que debe primar la legítima interpretación que dio origen a la postulación de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado vigente en el momento de la demanda.

(...)

2.1.1.13. Precisamente, privilegiando aquellos principios constitucionales, me permito solicitar respetuosamente que al momento en que el H. Consejo de Estado decida el recurso de apelación que aquí se interpone, tenga en consideración la situación esbozada en antecedencia, tal y como lo ha asumido dicha Corporación en otras decisiones. (...)"⁹².

A pesar de lo anterior, el Consejo de Estado omitió resolver la cuestión previa planteada por la demandante en el recurso de apelación encaminada a establecer la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y evitar una decisión inhibitoria, aspecto que tampoco fue abordado por los fallos de tutela que se revisan.

8.3.2. La sentencia censurada, se limitó a analizar si los actos acusados podían ser objeto de control de legalidad por vía judicial olvidando desarrollar el asunto puesto a consideración con fundamento en la línea jurisprudencial que esa misma Corporación ha proferido en aquellos casos donde en el transcurso de un proceso se produjo un cambio de jurisprudencia que de aplicarse afecte los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia de quien acudió a la jurisdicción contenciosa confiado en que el criterio jurisprudencial existente permitía ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para reclamar los salarios y demás emolumentos dejados de percibir como consecuencia de la suspensión provisional ejercida por las Contralorías en virtud del principio de “*verdad sabida y buena fe guardada*”.

En efecto, de las pruebas allegadas al expediente se puede constatar que la demanda de nulidad y restablecimiento fue instaurada por la parte actora el **17 de abril de 2006**⁹³, con el fin de obtener la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales fue suspendida del cargo de Curadora Urbana núm. 2 de Bogotá, en virtud del principio de “*verdad sabida y buena fe guardada*” consagrado en el numeral 8, artículo 268 de la Carta Política.

Esa demanda fue admitida mediante **Auto de 19 de octubre de 2006**⁹⁴, posteriormente el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C, de Descongestión, el **10 de septiembre de 2012**⁹⁵ profirió sentencia de primera instancia, en la que negó las pretensiones de la demanda. Apelada la decisión, la Sección Segunda, Subsección B del Consejo

⁹² Folios 645 a 705, cuaderno principal de instancia

⁹³ Folio 51 vlto, cuaderno principal de instancia.

⁹⁴ Folios 83 a 90, cuaderno principal de instancia.

⁹⁵ Folios 610 a 642, cuaderno principal de instancia.

de Estado mediante **providencia de 14 de noviembre de 2013**⁹⁶, revocó la decisión del *a quo* y se inhibió para proferir un pronunciamiento de fondo.

8.3.3. Lo anterior, permite concluir que: i) la actora interpuso la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho el 17 de abril de 2006 fecha en la que, según la postura del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, se permitía conocer y decidir de fondo este tipo de asuntos⁹⁷; ii) el cambio jurisprudencial acaecido en el 2008, se dio encontrándose en curso el proceso y iii) la autoridad judicial accionada profirió una decisión inhibitoria sin brindar un mínimo razonable de argumentación, dado que no tuvo en cuenta las sentencias que esa misma Corporación ha proferido sobre la aplicación de la jurisprudencia en el tiempo, según las cuales un cambio jurisprudencial no puede asaltar ni sorprender al demandante con un intempestivo cambio de criterio. Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido⁹⁸:

“Y si al momento de presentarse una demanda, el usuario de la administración de justicia se ampara en el criterio jurisprudencial que le orienta la manera como debe ser valer sus pretensiones, constituiría un obstáculo inadmisibles, el que con posterioridad la jurisprudencia misma se encargará de cambiar el planteamiento en su momento adoptado y –al hacerlo- le cerraría las puertas a la jurisdicción.

Como el acceso a la justicia necesita de un conjunto de garantías que posibiliten y hagan realidad el ejercicio de este derecho fundamental, el Estado debe propiciar las condiciones jurídicas y materiales para su vigencia en términos de igualdad (art. 13 constitucional). Y por ello si un órgano de cierre fija en un momento dado un criterio jurisprudencial sobre la acción idónea para reclamar un derecho, es claro que luego de presentada la demanda no es razonable ni proporcionado que se sorprenda al demandante con un intempestivo cambio de criterio en este punto.

(...)

En otros términos, el derecho de acceso a la justicia debe traducirse en el terreno práctico en la posibilidad efectiva de plantear pretensiones ante la jurisdicción competente, probarlas y alegar, para que ésta se pronuncie al respecto. De modo que este derecho no se agota con su mera proclamación normativa o nominal, sino que exige un mínimo de certidumbre en la manera como los jueces interpretan las acciones previstas al efecto, de suerte que ulteriores cambios en este punto no tengan por qué menguar su alcance.

(...)”.

⁹⁶ Folios 742 a 758, cuaderno principal de instancia.

⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 13 de julio de 2000, referencia expediente núm. 78-2000.

⁹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –en pleno-, sentencia del 4 de mayo de 2011, radicación N.º 19001- 23-31-000-1998-02300-01(19957). Al respecto, también pueden consultarse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub Sección B, Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01407-01(24872).

En igual sentido, la Sección Tercera, Sub Sección “C” del Consejo de Estado, mediante sentencia de 7 de junio de 2012, radicación número 70001-23-31-000-19999-01916-01 (22678), señaló:

Si bien actualmente se tiene que la acción de reparación directa no es la adecuada para solicitar el reconocimiento de los perjuicios causados con el pago tardío de las cesantías, ‘por razones de seguridad jurídica y por respeto al derecho de acceso a la administración de justicia, los procesos emprendidos a través de la acción de reparación directa, que no requieren agotamiento de la vía gubernativa, debían continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes’⁹⁹, pues “si un órgano de cierre fija en un momento dado un criterio jurisprudencial sobre la acción idónea para reclamar un derecho, es claro que luego de presentada la demanda no es razonable ni proporcionado que sorprenda al demandante con un intempestivo cambio de criterio en este punto’¹⁰⁰.

Para el momento de la interposición de la demanda¹⁰¹ en el sub iudice, la tesis imperante en esta Corporación consistía en que si bien la orden de pagar una prestación social era un acto administrativo, ‘la actuación material consistente en la ejecución de ese acto, es una operación administrativa y si ésta se produce en forma tardía y de ello se deriva un perjuicio al beneficiario del derecho, se concluye que la fuente de producción del daño no es entonces el acto, sino la operación’¹⁰², siempre que ‘esa operación administrativa sea directamente la fuente del daño por el cual se reclama indemnización’¹⁰³.

8.3.4. Bajo esta perspectiva, se colige que tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado en los referentes jurisprudenciales citados, la actora demandó los actos que ordenaron la suspensión del cargo porque para el momento de la interposición de la demanda (17 de abril de 2006), eran susceptibles de control de legalidad a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, la sentencia censurada no tuvo en cuenta sus propios precedentes dando como resultado la producción de una decisión inhibitoria sin motivación. Este tipo de providencias, como lo ha reiterado esta corporación son excepcionales y deben contener un grado de argumentación donde se justifique que el juez no tenía otra alternativa para decidir el asunto.

En este orden de ideas, para esta Corte, no es viable sorprender al administrado con un cambio de jurisprudencia que traiga como consecuencia la expedición de una sentencia inhibitoria que, sin lugar a dudas, desconoce el acceso efectivo a la administración de justicia y por ende los principios de

⁹⁹Consejo de Estado; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; Sentencia del 27 de marzo de 2007, Exp. IJ 2000-2513.

¹⁰⁰ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia de mayo 4 de 2011; Exp. 19957.

¹⁰¹ 6 de diciembre de 1999.

¹⁰² Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 26 de febrero de 1998; Exp. 10813.

¹⁰³ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 14 de abril de 2010; Exp. 17311.

confianza legítima y seguridad jurídica. Si un órgano de cierre, en este caso el Consejo de Estado, fija en un momento determinado una tesis jurisprudencial sobre la acción idónea para reclamar un derecho y sobre la naturaleza jurídica de los actos que suspenden a un funcionario público en virtud de la facultad constitucional otorgada a los contralores, no es razonable asaltar en su buena fe al demandante con un cambio imprevisto de criterio jurisprudencial, más aún, si en el presente caso la litis ya se encontraba trabada y la primera instancia decidió el fondo del asunto.

En suma, la sentencia cuestionada fue proferida sin una adecuada motivación porque no resolvió todos los puntos planteados en el recurso de apelación, esto es, no abordó el punto referido a si es admisible que una autoridad judicial aplique de manera retroactiva un precedente jurisprudencial cuya consecuencia sea la expedición de una providencia inhibitoria, asaltando la confianza de la demandante quien fue afectada con la rectificación jurisprudencial que se presentó en el curso del proceso. Tampoco tuvo en cuenta las particularidades del caso, ni ofreció una solución para que el litigio fuera resuelto de fondo.

8.4. Aunado a ello, las consideraciones de la providencia objeto de tutela son contradictorias, como se explicará a continuación:

8.4.1. En primer lugar, la decisión censurada presenta graves falencias en su argumentación porque de un lado advirtió que el Consejo de Estado en sentencia de 29 de marzo de 2007¹⁰⁴, se había pronunciado sobre el asunto, señalando que los actos administrativos expedidos en virtud de la potestad conferida a los Contralores mediante el numeral 8, artículo 268 de la Constitución Política eran susceptibles de ser enjuiciados ante la jurisdicción contenciosa¹⁰⁵.

De otro lado, y de manera contraria a lo manifestado sobre la naturaleza de los actos demandados y de la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las decisiones que imponían la suspensión temporal de un funcionario; la autoridad judicial accionada consideró que *“los actos que decretan la suspensión provisional del cargo no se profieren por las mismas autoridades que adelantan las investigaciones disciplinarias, fiscales o penales, en estricto sentido no se expiden dentro de estos procesos, ni obstaculizan o viabilizan la sucesión de sus etapas. Sin embargo, a pesar de estas particularidades es innegable su naturaleza instrumental, preparatoria, si se quiere, del buen desarrollo de dicha función investigativa.”* En ese sentido, se inhibió para proferir un pronunciamiento de fondo porque los actos administrativos demandados al ser preparatorios no eran objeto de control de legalidad, a pesar de transcribir apartes de la providencia de 29 de marzo de 2007 antes mencionada, según la cual esos actos sí eran susceptibles de control judicial.

¹⁰⁴ Expediente No. 0955-2005.

¹⁰⁵ Folio 754, cuaderno principal de instancia.

8.4.2. En segundo lugar, la sentencia reprodujo los fundamentos expuestos en el cambio jurisprudencial de 2008, sin hacer referencia al mismo, y con ese único argumento se limitó a proferir un fallo inhibitorio, pese a las particularidades del caso. Es decir: (i) no tuvo en cuenta que las cinco (5) investigaciones fiscales que cursaban en contra de la actora terminaron con decisión de archivo; (ii) tampoco observó que la suspensión del cargo no fue temporal sino definitiva ya que cuando culminó el proceso de responsabilidad fiscal, el período para el cual fue designada la demandante curadora ya había terminado, lo que imposibilitó reintegrarse al cargo y; finalmente (iii) omitió resolver todos los puntos propuestos en la apelación, por cuanto de conformidad con el material probatorio que reposa en el expediente¹⁰⁶, la parte actora en el recurso de alzada hizo una petición expresa en la que solicitó que el asunto fuera decidido teniendo en cuenta la jurisprudencia vigente al momento de la presentación de la demanda y no con fundamento en el cambio o rectificación jurisprudencial que varió aquella, lo cual evidencia la insuficiente sustentación o justificación de la providencia.

Si bien, la sentencia adujo las causas por las cuales no podía decidir el fondo del asunto, olvidó que con su decisión inhibitoria dejaba desprotegida a la actora y sin ningún instrumento jurídico que le garantizara la protección de sus derechos. Tampoco, propuso alternativa o solución alguna para que la señora Brianda Mercedes Reniz Caballero tuviera la posibilidad de reclamar los daños causados en razón a la suspensión de la que fue objeto, como por ejemplo, remitir el asunto por competencia a la Sección Tercera del Consejo de Estado para que fuera decidido a través de la acción de reparación directa.

Además, ese fallo tampoco explicó cuál es el acto administrativo que se debe demandar en estos casos o de qué forma (medio de control) el afectado debe acudir a la administración de justicia para reclamar sus derechos cuando los considere lesionados.

8.4.3. En tercer lugar, a juicio de la Sala la vulneración tuvo su origen en la falta de motivación de la decisión inhibitoria y en el cambio jurisprudencial que acaeció durante el trámite del proceso, por cuanto, como se indicó en precedencia, el fallo cuestionado no hizo referencia a la jurisprudencia que a partir del año 2008 establece que los actos administrativos por medio de los cuales el Contralor exige la suspensión de funcionarios públicos no son susceptibles de control judicial porque son actos preparatorios que no definen la situación jurídica del investigado, asunto que, como se observó, fue expuesto en el recurso de apelación sin ser resuelto en la sentencia. Por tanto, al omitir ese punto, el proveído censurado tampoco señaló la jurisprudencia según la cual *“el acceso efectivo a la justicia no puede asegurarse sobre la base de criterios inciertos acerca de la manera como se pueden hacer valer las pretensiones. De ahí que si la jurisprudencia de un órgano de cierre, en un momento determinado señaló el derrotero y este es seguido por el usuario de la administración de justicia en materia de la acción pertinente para demandar, no puede luego sorprenderse a éste último con abruptos cambios*

¹⁰⁶ Folio 645, cuaderno principal de instancia. Recurso de apelación presentado por la parte actora.

jurisprudenciales, que en últimas comprometan el núcleo esencial de su derecho fundamental de libre acceso a la jurisdicción”¹⁰⁷.

Como se observó, la decisión inhibitoria no solo afecta los derechos de la actora, sino que desconoce los límites, finalidades y competencias aplicables a la administración de justicia porque el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho no es la vía adecuada para controvertir unos actos administrativos preparatorios, es decir, aquellos que no ponen fin a una actuación ni definen la situación del implicado, razón por la cual la Sala adoptará la postura según la cual en casos como el presente, donde el afectado no puede solicitar el reintegro y pago de los salarios dejados de percibir como consecuencia de la suspensión provisional porque el período para el cual fue designado termina antes de que se decidan los procesos fiscales, la acción adecuada es la de reparación directa.

8.4.4. En el presente asunto el Contralor Distrital de Bogotá mediante el Oficio 10000-28448 de 7 de diciembre de 2005, y en virtud de lo contemplado en el artículo 268-8 de la Constitución Política exigió al Alcalde Mayor de Bogotá la suspensión inmediata y temporal de la señora Brianda Mercedes Reniz Caballero del cargo de Curadora Urbana núm. 2 con fundamento en lo siguiente¹⁰⁸:

“La Subdirección del Proceso de Responsabilidad Fiscal de esta Contraloría, con fundamento en lo reglamentado en la Ley 610 de 2000, aperturó los días 29 de noviembre, 1 de diciembre y 6 diciembre de 2005, los procesos de responsabilidad fiscal Nos. 50100-336/05, 50100-346/05, 50100-349/05, 50100-350/05 y 50100-351/05, contra la doctora Brianda Mercedes Reniz Caballero, particular que ejerce funciones públicas, quien en la actualidad se desempeña en el cargo de curadora urbana No. 2, y de conformidad con los argumentos contenidos en el oficio No. 50100-2043 del 6 de diciembre del año en curso, suscrito por el Subdirector del Proceso de Responsabilidad Fiscal de este Órgano de Control, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

El numeral 8º del artículo 268 de la Constitución Política, establece que el Contralor, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de los funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.

(...)

Esta potestad se ejerce en cumplimiento del marco constitucional, legal y reglamentario de la vigilancia y el control fiscal y compromete a los funcionarios que determine como sujetos pasivos del mismo, por recibir, manejar o invertir fondos o bienes del Estado.

¹⁰⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –en pleno–, sentencia del 4 de mayo de 2011, radicación n.º 19001- 23-31-000-1998-02300-01(19957).

¹⁰⁸ Folio 52, cuaderno principal de instancia.

En síntesis, la suspensión que se solicita busca proteger el patrimonio público de la ciudad capital y evitar riesgos frente al manejo de tales recursos, ya que razonablemente se teme que el sujeto del control procesado, la Curadora Urbana No. 2 puede continuar realizando la misma conducta que pone en peligro el patrimonio público. De otra parte, la solicitud de suspensión igualmente pretende evitar que la implicada pueda obstaculizar el normal desarrollo del proceso en curso y de las investigaciones que se deben continuar sobre la gestión fiscal que ella realiza”.

El Contralor de Bogotá, bajo su responsabilidad y en atención a las cinco (5) investigaciones adelantadas contra la actora consideró pertinente exigir que fuera separada del cargo mientras culminaban los mencionados procesos, atribución constitucional que si bien está permitida debe ceñirse a una serie de requisitos para su aplicación, tal y como se indicó en los fundamentos 4.3. y 4.4., de esta sentencia.

En el sub examine, si bien es cierto la señora Brianda Mercedes Reniz Caballero fue suspendida de su cargo porque en su contra se adelantaron cinco (5) investigaciones fiscales, también lo es que el oficio antes mencionado no señaló las acciones supuestamente adelantadas por la actora con el fin de entorpecer las investigaciones ni las razones por las cuales la permanencia en el cargo ponía en peligro el patrimonio público, razón por la cual, y luego de surtidas todas la etapas procesales, lo procesos de responsabilidad fiscal concluyeron con decisión de archivo.

En efecto, la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, mediante Auto núm. 000415 de 25 de junio de 2007 resolvió desvincular de los procesos de responsabilidad fiscal núms. 50100346/05 50100-336/05, 50100-350/05 y 50100-351/05 (acumulados) a la señora Brianda Mercedes Reniz Caballero, ordenando el archivo del mismo.

En esa oportunidad la Contraloría señaló *“que si bien en sentir de la Contraloría Distrital de Bogotá existe un daño al patrimonio Distrital, por cuanto la Curadora Urbana No. 2 de Bogotá expidió licencias urbanísticas que al momento del pago de impuesto de delineación urbana presentaron irregularidades, el control de éste frente a su recaudo y custodia, le compete a la Dirección Distrital de Impuestos de Bogotá, lo que quiere decir, que la Arq. Brianda Reniz Caballero, quien se desempeñaba como tal, no desplegó gestión fiscal respecto a estos dineros, máxime cuando para la época de los hechos como ya se estableció y puntualizó, primero se expedía la licencia y luego se procedía al pago del impuesto en los sitios autorizados por el Distrito para el efecto, dinero del que nunca tuvo disposición material o jurídica y menos guarda o custodia, la Curaduría Urbana No. 2”*¹⁰⁹.

¹⁰⁹ La decisión de archivo fue resuelta en grado de consulta por el Contralor General de la República mediante auto núm. 0026 de 2007, en el que dispuso confirmar en todas sus partes el auto 000415 de 25 de junio de 2007, que ordenó el archivo del proceso de responsabilidad fiscal adelantado contra la demandante.

De igual modo, la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva mediante auto 000513 de 9 de agosto de 2007, archivó el proceso de responsabilidad fiscal núm. 50100-349/05, en virtud de lo establecido en el artículo 16 de la ley 610 de 2000 porque *“el manejo y administración de las expensas por parte de la Curadora Urbana No. 2 (...), fue regulado por el principio contable denominado unidad de caja entendido como aquel sistema donde el manejo de los recursos cualquiera que sea su procedencia, se funden en una caja común, lo que significa que los gastos operativos y de funcionamiento de la curaduría y la remuneración del curador provienen de una sola fuente, registrándose las respectivas operaciones en una sola contabilidad ..., donde los gastos propios de la Curaduría y los gastos personales de la Curadora se llevaba en cuentas separadas, correspondiendo el código 13250501 a la cuenta personal de BRIANDA MERCEDES RENIZ CABALLERO”*.

En ese sentido, la Contraloría consideró que *“el pago de gastos efectuado en el año 2004, por la curadora urbana No. 2 de Bogotá en ese entonces, que no guardan relación directa con las funciones propias de la Curaduría, el Despacho concluye, que si bien es cierto el manejo de los ingresos se realiza a través del principio de unidad de caja, los gastos de operación y funcionamiento y la remuneración por el servicio prestado a la Curaduría, finalmente satisfacen su cometido funcional, por lo que si debieron cubrirse con las expensas, y de otra parte, los gastos personales de la curadora fueron pagados con sus recursos propios, como se refleja en la corrección que en su momento hiciera a su declaración de renta, lo que desdibuja la existencia de daño al Patrimonio Estatal...”* (Folios 468 a 482, anexos)¹¹⁰.

En consecuencia, como los procesos de responsabilidad fiscal terminaron con decisión de archivo y tiempo después de haber culminado el período para el cual fue designada curadora, la señora Brianda Mercedes Reniz Caballero no tuvo la posibilidad de reintegrarse al cargo, lo que sin lugar a dudas afectó sus intereses, de manera que acudió a la administración de justicia para reclamar el daño causado. Sin embargo, la decisión inhibitoria cuestionada desconoció el derecho de acción y cerró cualquier posibilidad para restablecer sus derechos.

En consideración a lo anterior, y con el fin de garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia, la Sala considera que por aplicación del artículo 90 Superior¹¹¹ es procedente reparar los daños ocasionados a la actora. De este modo, en el caso concreto, la acción de reparación directa sería la llamada a garantizar la protección de la demandante que fue injustamente suspendida de

¹¹⁰ Esta decisión fue confirmada por el Contralor General de la República mediante auto de consulta de 16 de octubre de 2007 (Folios 489 a 502, anexos).

¹¹¹ ARTICULO 90. *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”*.

su cargo. Sin embargo, decidir en este caso que la actora tenga que acudir nuevamente a la administración de justicia para iniciar una demanda a través de la acción de reparación directa carecería de sentido porque el daño se causó en el año 2007, y en ese orden la acción estaría caducada, por cuanto los 2 años para interponerla se encuentran ampliamente superados¹¹².

La imposibilidad de acudir a la jurisdicción contenciosa para reclamar los salarios y demás emolumentos dejados de percibir como consecuencia de la suspensión del cargo de Curadora Urbana núm. 2 de la que fue objeto en diciembre de 2005, esto es, hace más de 10 años, determina la necesidad de ordenar en abstracto la indemnización del daño o perjuicio causado, de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991. Al respecto esta Corporación ha manifestado lo siguiente:

“d) En conclusión, si resulta imposible volver las cosas al estado anterior a la vulneración, el juez debe ordenar que se indemnice a la persona afectada. La imposibilidad, por parte del Estado de garantizar en los términos indicados el ejercicio del derecho fundamental, no puede tener por única respuesta la confesión de su imposibilidad de proteger a la persona. El Estado está obligado a garantizar el goce de los derechos (C.P. art. 2). Si las circunstancias hacen imposible lograr o brindar dicha protección, éste tiene la obligación de resarcir el daño antijurídico (C.P. art. 90) causado por la imposibilidad de responder a dicho deber. Ello, claro está, sin perjuicio de los casos en los cuales el daño antijurídico sea imputable, en los términos del artículo 86 de la Carta, a particulares, quienes están directamente vinculados a la Constitución (en las condiciones fijadas por la jurisprudencia de esta Corporación). Contra esta regla de conducta judicial puede cuestionarse el hecho de que le restaría eficacia a la tutela como mecanismo de protección. La Corte comparte parcialmente este señalamiento. El interés del constituyente en estatuir la acción de tutela radicó, precisamente, en ofrecer una alternativa adicional a las establecidas, para lograr la plenitud del ordenamiento jurídico. Sin embargo, la tutela no puede convertirse en instrumento para desconocer otros bienes tutelados por el ordenamiento jurídico, es decir, que el efecto de las decisiones en materia de tutela sean contrarias a la Constitución misma. De ahí que, ante imperativos constitucionales, la indemnización sea la última alternativa. Cabe recordar que dicho instrumento –la indemnización– constituye, dentro del pensamiento jurídico occidental, tal como lo han reconocido los tribunales internacionales, un principio de obligatoria observancia: todo daño que no pueda ser reparado debe ser resarcido.

Es también una forma de resolver un conflicto de derechos o entre un derecho y un interés público legítimo porque el derecho que no es protegido in natura, en todo caso es valorado, lo cual le da fundamento constitucional a la indemnización.

¹¹² Artículo 164, literal i), Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA.

Sobre este punto es necesario precisar que si bien el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 restringe la posibilidad de indemnización al daño emergente, debe entenderse que dicha restricción únicamente opera frente al daño material, pues, ante la imposibilidad de garantizar el ejercicio del derecho fundamental, necesariamente debe respetarse la integralidad de la indemnización que, en esta materia, supone el reconocimiento del consiguiente daño moral.

e) En resumidas cuentas, corresponde al juez determinar cuál es el mecanismo idóneo para lograr la protección del derecho fundamental afectado. Cuando resulta imposible lograr el restablecimiento de las condiciones de ejercicio del derecho fundamental violado –garantizar el ejercicio in natura-, el juez de tutela está en la obligación de disponer que se indemnice a la persona”¹¹³.

Sin embargo, la Corte Constitucional¹¹⁴ ha considerado que aún en los casos en que se conceda la tutela, la condena en abstracto tiene un innegable carácter excepcional, cuyo reconocimiento exige que se cumplan determinados requisitos¹¹⁵:

- (i) Que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para obtener el resarcimiento del perjuicio. Por tanto, si el accionante tiene posibilidad de intentar la acción ordinaria enderezada a la indemnización de los daños que se le han causado, no es la tutela el medio judicial idóneo para ello, pese a haber prosperado.
- (ii) La violación del derecho tiene que haber sido consecuencia de una acción arbitraria, de manera tal, que el desconocimiento del derecho sea ostensible y que el accionado haya trasgredido los mandatos constitucionales de forma irrazonada y con evidente abuso de su poder.
- (iii) Debe ser necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho y no para obtener el resarcimiento de los perjuicios causados.
- (iv) Debe adelantarse con plena observancia de las reglas del debido proceso. Por tanto, no son admisibles los fallos de tutela que contengan condenas en abstracto si aquel contra quien se instauró la acción no ha gozado del derecho de defensa, de la oportunidad de controvertir las pruebas allegadas en su contra y de la posibilidad de hacer valer las que lo favorezcan.

El presente caso encaja dentro de los parámetros y requisitos jurisprudenciales antes mencionados porque la accionante no goza de otro medio judicial de defensa para reclamar los perjuicios ocasionados como consecuencia de la suspensión de la que fue objeto porque: (i) como se explicó en precedencia el

¹¹³ Sentencia SU 544 de 2001. Ver también la sentencia SU-256 de 1996, en esa oportunidad la Corte de manera excepcional dispuso la procedencia de orden de indemnización en abstracto.

¹¹⁴ Al respecto, pueden consultarse las sentencias C-543 de 1992, T-236 de 1993, T-303 de 1993, T-375 de 1993, T-04 de 1994, T-033 de 1994, T-095 de 1994, T-259 de 1994, T-403 de 1994, , T-171 de 1995, SU-256 de 1996, T-401 de 1996, T-649 de 1996, T-408 de 1998, T-170 de 1999, T-465 de 1999, T-673 de 2000, T-036 de 2002, T-1090 de 2005, T-299 de 2009, T-439 de 2009 y T-496 de 2009.

¹¹⁵ Sentencia T-529 de 2011.

medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es eficiente dada la postura actual del Consejo de Estado, según la cual los actos proferidos en virtud de la facultad constitucional tantas veces mencionada no son susceptibles de control de legalidad por ser actos administrativos preparatorios, (ii) la acción de reparación directa se encuentra caducada, (iii) no hay lugar al reintegro por cuanto los curadores son elegidos previo concurso de méritos por un período de cinco años y (iv) la indemnización es necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho ya que la decisión inhibitoria desconoció el acceso a la administración de justicia, pues a pesar de que el operador judicial tenía varias alternativas para decidir de fondo el asunto no adoptó ninguna de ellas.

En virtud de lo anterior y en aplicación de la justicia material¹¹⁶, y defensa de los derechos fundamentales de la actora, la Sala concluye que los yerros enunciados no tienen por qué afectar el goce efectivo de los derechos invocados por la demandante, por lo que se hace imperativo que a través de la presente acción de tutela se defina el asunto, teniendo en cuenta que la sentencia inhibitoria dejó a la expectativa y sin resolución la controversia puesta a consideración a pesar de que la actora aportó material probatorio suficiente para comprobar que la suspensión de la que fue objeto fue injusta.

El amparo en este caso no tiene la intención de desplazar al juez contencioso de su función de administrar justicia, sino de ajustar excepcionalmente los derechos de las partes de manera definitiva, máxime si el asunto de la referencia lleva más de diez (10) años sin ser resuelto. En efecto, la simple decisión de protección de los derechos para que se profieran nuevas sentencias es insuficiente, ya que llevaría a que se siga prorrogando la titularidad del derecho reclamado por la accionante en virtud de los perjuicios ocasionados durante el tiempo que estuvo suspendida del cargo de Curadora Urbana núm. 2 de Bogotá, esto es, entre el 10 de diciembre de 2005¹¹⁷, (fecha en la que fue suspendida) y el 14 de diciembre de 2006¹¹⁸ (fecha en la que terminaba el período de cinco años para el cual fue nombrada curadora).

La indemnización, cuyo pago estará exclusivamente a cargo de la Contraloría de Bogotá D.C., corresponderá a los daños que resulten debidamente comprobados y que tengan un nexo de causalidad directo con las violaciones de los derechos fundamentales objeto de amparo, para lo cual deberán ser tenidas en cuenta las pruebas que reposan en el expediente contencioso administrativo, tales como las declaraciones de renta aportadas, así como la prueba pericial decretada y practicada donde se determinó el monto de los daños materiales sufridos por la actora.

Bajo tales circunstancias, con el ánimo de garantizar los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia, al debido proceso y los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe, se dispondrá que la Contraloría de Bogotá D.C., repare los daños antijurídicos

¹¹⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-794-11.

¹¹⁷ Folio 59, cuaderno principal de instancia.

¹¹⁸ Folio 64, cuaderno principal de instancia.

causados a la señora Brianda Mercedes Reniz Caballero como consecuencia de la suspensión provisional de la que fue objeto cuando desempeñaba el cargo de Curadora Urbana núm. 2.

En consecuencia, la Sala concederá la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad y los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe. En su lugar, revocará las decisiones de tutela revisadas, esto es, las proferidas por las Secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado el 2 de septiembre de 2014 y 15 de octubre de 2015, respectivamente y dejará sin efectos la sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección “B”, del Consejo de Estado de 14 de noviembre de 2013. En esta medida se ordenará a la Contraloría de Bogotá D.C., que repare los daños antijurídicos causados a la señora Brianda Mercedes Reniz Caballero como consecuencia de la suspensión provisional en el cargo de Curadora Urbana núm. 2.

La liquidación de la condena en abstracto¹¹⁹ se hará por el juez competente de la justicia contenciosa administrativa, mediante incidente que deberá tramitarse con observancia estricta de los términos procesales establecidos en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991¹²⁰.

VI. DECISIÓN

Con base en las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el asunto de la referencia.

Segundo. REVOCAR el fallo proferido el 15 de octubre de 2015, por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que confirmó el dictado, el 2 de septiembre de 2014, por la Sección Cuarta de la misma colegiatura, por el cual negó la acción de tutela de la referencia.

¹¹⁹ Corte Constitucional, sentencia. Al respecto también puede consultarse la SU-544 de 2001.

¹²⁰ “ARTICULO 25. INDEMNIZACIONES Y COSTAS. Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso. La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación. La condena será contra la entidad de que dependa el demandado y solidariamente contra éste, si se considera que ha mediado dolo o culpa grave de su parte, todo ellos sin perjuicio de las demás responsabilidades administrativas, civiles o penales en que haya incurrido. Si la tutela fuere rechazada o denegada por el juez, éste condenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad”.

Tercero. TUTELAR los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia, al debido proceso y los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe de la señora Brianda Mercedes Reniz Caballero y, en consecuencia, **DEJAR SIN EFECTOS** la sentencia dictada, el 14 de noviembre de 2013, por la Sección Segunda, Subsección “B”, del Consejo de Estado, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido en contra del Oficio 10000-28448 de 7 de diciembre de 2005, por el cual el Contralor de Bogotá le exigió al Alcalde de Bogotá la suspensión provisional de la actora en el cargo de Curadora y del Decreto 441 de 9 de diciembre de 2005, suscrito por el Alcalde de Bogotá, mediante el cual ejecutó la medida de suspensión.

Cuarto. CONDENAR en abstracto a la Contraloría de Bogotá D.C. al pago de la indemnización por el daño antijurídico causado a la señora Brianda Mercedes Reniz Caballero. Para la liquidación de la anterior condena, **DISPONER** que la Sección Segunda, Subsección “B”, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro de los parámetros fijados en la parte motiva de esta providencia, realice la liquidación de la condena en abstracto, mediante incidente que deberá tramitarse con observancia estricta de los términos procesales.

Quinto. Por Secretaría General, **LÍBRESE** la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

