



EL DEBATE ENTRE LAS ALTAS CORTES FRENTE A LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES. ANÁLISIS DE UN CASO: ROSARIO BEDOYA VS. FERROVÍAS

PABLO ALEJANDRO GONZÁLEZ RAYO*
LUÍS ANDRÉS VÉLEZ RODRÍGUEZ**

Recibido el 21 de septiembre y aprobado el 26 de octubre de 2007

“Finalmente todo ello no tendría mucho sentido si la academia no se preocupa de efectuar un seguimiento crítico de la actividad judicial. En los últimos años uno podría decir que los jueces, y en especial las altas corporaciones, han actuado en nuestro país con una cierta impunidad, pues no ha habido un seguimiento crítico, de parte de las universidades y de los centros de investigación, de la consistencia de sus argumentos y fallos, así como de la aceptabilidad social de sus criterios académicos (...) Por ello, si queremos una judicatura democrática, es importante el desarrollo de una fuerte crítica democrática y académica de la actividad judicial”.

Rodrigo Uprimny Yepes

RESUMEN

El presente ensayo pretende aportar nuevos argumentos a la discusión sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales de las altas cortes, a través del análisis de un caso concreto. En la primera parte se relata el conflicto que se genera cuando la Corte Constitucional colombiana le revoca dos veces al Consejo de Estado una Sentencia por una cuestión probatoria. Hecho que lleva a una denuncia penal por parte del Consejo de Estado a la mayoría de magistrados de la Corte. En la segunda parte, se muestran fallas tanto en valoraciones probatorias como aspectos conceptuales por parte de la Corte Constitucional, según los autores.

PALABRAS CLAVE

Tutela contra Sentencias, Corte Constitucional, Consejo de Estado, pruebas.

* Abogado Egresado de la Universidad de Caldas. E-mail: pabloalemagno@hotmail.com

** Abogado Egresado de la Universidad de Caldas. E-mail: luisvelezr@gmail.com

THE DEBATE BETWEEN THE HIGH COURTS ON THE MOTION FOR LEGAL PROTECTION AGAINST LEGAL RULINGS. A CONCRETE CASE ANALYSIS: ROSARIO BEDOYA Vs. FERROVÍAS

ABSTRACT

This essay attempts to contribute new arguments to the discussion on the proceedings of the motion for legal protection against legal rulings of the high, through a concrete case analysis. The first part deals with the conflict generated when the Colombian Constitutional Court repealed two times a Council of State's ruling because of an evidence matter. Said fact resulted in a criminal accusation by the Council of State, as well as the majority of the Constitutional Court's judges. The second part, the Constitutional Court's failures are showed, both in evidence appreciations and in conceptual aspects on behalf of the Constitutional Court, according to the authors.

KEY WORDS

Motion for legal protection against sentences, Constitutional Court, Council of State, evidence.

INTRODUCCIÓN

La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales es en la actualidad uno de los temas que se encuentra en la primera línea del debate jurídico nacional. Esto en razón de que el tema de la procedencia de acción de tutela contra providencias judiciales y el llamado “choque de trenes”, conllevan un signo intranquilizante para la comunidad jurídica y un alto grado de incertidumbre, debido a la divergente opinión entre los jueces frente a la interpretación de las normas de rango constitucional.

Pensamos que a pesar de la existencia de literatura sobre la naturaleza del conflicto, el choque en otros países y propuestas de solución adecuadas, el debate se aborda desde las ideas generales que se presentan en cada uno de los polos del conflicto, y los análisis abandonan la revisión de las situaciones concretas, dentro de un tema que en nuestra opinión debe enmarcarse en el análisis de situaciones concretas. Así, la importancia del control de constitucionalidad y la debida protección de los derechos fundamentales por parte del juez de tutela, así sea en procesos judiciales, afirmaciones que actualmente pocos ponen en duda, pueden terminar muchas veces socavando la misma Constitución en casos concretos, así nadie niegue la utilidad de la tutela contra Sentencias.

El presente trabajo pretende ofrecer una lectura del problema a través del análisis de una situación específica, por lo que debemos aclarar que su finalidad es sobre todo ilustrativa-descriptiva, de tal manera que las conclusiones a las que aquí se llegan se refieren a las decisiones que se presentaron en el caso bajo estudio. Lo anterior no significa que el análisis del caso no permita deducir elementos de juicio para abordar el tema en general, es más, esa es nuestra meta, enriquecer con el estudio de casos concretos la discusión *in genere*.

Nos referiremos a un caso concreto. En la primera parte, “Hechos”, narraremos los acontecimientos que motivaron el proceso judicial y enunciaremos las decisiones que se tomaron, para detenernos en la Sentencia de la Corte Constitucional que revoca la Sentencia del Consejo de Estado, en la nueva providencia que profiere la Sección Segunda acatando el fallo, el auto de desacato y el pronunciamiento del Consejo de Estado posterior. En la segunda parte, “Conclusiones”, analizaremos las decisiones de las Corporaciones, para determinar si efectivamente existió desacato por parte del Consejo de Estado y qué problemas jurídicos salen a flote en el caso *sub examine*.

I. HECHOS

1.1. HECHOS HASTA LA SENTENCIA T-902 DE 2005

Rosario Bedoya fue nombrada como Vicepresidente Financiera de Ferrovías S.A., un cargo de libre nombramiento y remoción, en abril de 1996. En mayo de 1998, y a raíz de irregularidades e inconsistencias halladas durante la administración del presidente anterior, el gobierno designó a Ciro Vivas Delgado como nuevo presidente. Ferrovías estaba en medio de un proceso licitatorio con el fin de adjudicar la operación y mantenimiento de la red férrea del Atlántico y la operación del ferrocarril que une a Santa Marta con Bogotá. A la convocatoria se presentaron dos consorcios, Ferrocarriles de la Paz (FEPAZ) y Ferrocarril Colombiano del Atlántico. Ferrovías adjudicó la licitación a FEPAZ, pero al no cumplir con uno de los requisitos establecidos en la licitación, Ferrovías procedió a revocar la adjudicación y a hacer efectivas las garantías.

La resolución que revocó la adjudicación fue apelada por todas las partes del proceso licitatorio y según la demandante, durante tal lapso, el doctor Vivas Delgado le pidió verbalmente que tramitara la viabilidad presupuestal con el fin de realizar la adjudicación. La Vicepresidente Financiera Rosario Bedoya se negó a tramitar dicha solicitud, argumentando que la viabilidad presupuestal no tenía sustento ni jurídico ni financiero, por no encontrarse en firme la resolución revocatoria y porque la segunda propuesta resultaba ser más costosa para la entidad.

Para la actora, la negativa a dar concepto de viabilidad financiera a la obra generó una persecución en su contra que terminó con su declaratoria de insubsistencia. Rosario Bedoya interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de declaratoria de insubsistencia, alegando la desviación de poder en el acto demandado, porque su retiro no obedeció al mejoramiento del servicio, sino al deseo del presidente de la entidad de adjudicar la obra al consorcio que no ofrecía las garantías jurídicas y financieras, situación que la demandante advirtió y que llevó al retiro de su cargo.

La demanda en primera instancia fue desfavorable para Ferrovías, porque el Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideró que efectivamente se configuró la desviación de poder y ordenó el reintegro de la funcionaria.

La Sentencia fue apelada por la parte vencida y la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, revocó la Sentencia del a-quo, argumentando que no se encontró probada la desviación de poder; en consecuencia, dejó en firme el acto de declaratoria de insubsistencia.

Esta Sentencia fue atacada por la Dra. Bedoya Becerra mediante acción de tutela, por considerar que la misma era violatoria de sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad y a la defensa, y en consecuencia debía proferirse nueva decisión teniendo en cuenta los elementos probatorios obrantes en el proceso que demostraban sin duda la desviación de poder en el acto demandado. La actora alega que el Consejo de Estado pasa por alto en su Sentencia la valoración de un oficio dirigido al presidente de Ferrovías, y con copia a varios órganos de control, manifestó su inconformismo respecto a la forma como se llevaba la licitación y otra misiva del presidente de Ferrovías dirigida a la demandante, en la cual, en su sentir, resulta claro que el motivo del despido se originó en las desavenencias existentes y nunca en el mejoramiento del servicio.

La Sección Cuarta y Quinta del Consejo de Estado tuvieron conocimiento de la tutela en primera y segunda instancia, respectivamente. Ambas decisiones declararon la improcedencia de la acción de tutela por considerar que este mecanismo no puede utilizarse para dejar sin validez providencias judiciales como la atacada, entre otras razones, porque los Artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional¹.

1.2. LA SENTENCIA T-902 DE 2005

La sala sexta de revisión de la Corte Constitucional en la Sentencia de tutela, alude en los antecedentes a la situación de la empresa tutelada, que afronta graves

¹ Al respecto, ver Sentencia C-543 de 1992. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

problemas de corrupción que se evidencian, según la Corte, por los informes de los medios nacionales de comunicación y por la privación de la libertad de un directivo anterior.

Luego, la Corte realiza en primer lugar un repaso por la jurisprudencia desarrollada por la Corporación, que considera procedente la acción de tutela contra providencia judicial “*cuando se presenta, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos protuberantes: (1) Defecto sustantivo, que se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable; (2) defecto fáctico, que ocurre cuando resulta indudable, que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión; (3) defecto orgánico, se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; y, (4) defecto procedimental que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido*” (Corte Constitucional, Sentencia T-231 de 1994. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz)².

En segundo lugar, ahonda en el estudio de la vía de hecho³ por defecto fáctico, que para lo Corte se presenta cuando “*el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una norma es completamente inadecuado*” (Corte Constitucional, Sentencia T-231 de 1994. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz). El defecto fáctico tiene dos dimensiones, una *negativa*, que se da cuando el juez niega o valora una prueba de manera arbitraria o cuando omite la valoración de una prueba obrante en el proceso, y una *positiva*, cuando el juez valora pruebas para su juicio esenciales, pero ilegales por ser indebidamente recaudadas. Tres clases de defectos desde el punto de vista probatorio puede padecer una Sentencia, a saber: *i) omisión en el Decreto y práctica de pruebas, ii) no valoración del acervo probatorio y iii) valoración defectuosa del material probatorio.*

En tercer lugar, la Corte considera que el Consejo de Estado en su Sentencia enunció dos supuestos que debían ser probados para que se acreditara la desviación de poder: *a) que la demandante negó un concepto favorable para adjudicar la licitación de la referencia y b) que la adjudicación no tenía piso jurídico.*

² Los causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias se han aumentado. Al respecto, ver Corte Constitucional, Sentencia T-683 de 2006. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra y Corte Constitucional, Sentencia T-231 de 1994. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

³ Actualmente la Corte Constitucional expresa en su jurisprudencia que el concepto de vía de hecho se encuentra superado, así el término se encuentre en jurisprudencia posterior a la redefinición de la regla jurisprudencial en 2004. Respecto a la evolución del concepto “Vía de Hecho”, la Corte ha expresado: “*Como estos últimos eventos en que procede la acción de amparo constitucional contra decisiones judiciales suponen abandonar como requisito de procedencia la existencia de una “actuación arbitraria e ilegítima de la autoridad judicial”, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el concepto de vía de hecho ha sido superado, para en su lugar acoger el criterio de las causales genéricas de procedencia de la acción de tutela.*” (Sentencia T-565 de 2006, M.P.: Rodrigo Escobar Gil). Al respecto, el concepto puede ser ampliado en las Sentencias T-774 de 2004 y T-453 de 2005. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Por último, el tribunal constitucional concluye que el Consejo de Estado incurrió en el defecto ii), cuando omite la valoración de dos pruebas que, en el sentir de la Corte, cambiaban totalmente el rumbo del fallo atacado, porque probaban plenamente los dos supuestos necesarios para decretar la nulidad de la resolución que declaró insubsistente a la actora. La primera prueba es una carta con fecha de 2 de julio de 1998, en la que la accionante pone de presente las irregularidades del proceso licitatorio y da concepto desfavorable a la adjudicación del mantenimiento de la vía férrea al segundo proponente (Ferrocarril Colombiano del Atlántico). La segunda prueba es la carta de respuesta a tal comunicación firmada por el presidente de la entidad estatal, en la cual éste le reclama su actitud de enviar copia de la comunicación a los entes de control y le manifiesta que ella no es llamada a pedirle cuentas de sus actuaciones. Las misivas según el alto tribunal son pruebas contundentes de la “*motivación oculta del acto administrativo que declaró la insubsistencia*”, por lo tanto, revocó la Sentencia atacada mediante la acción de tutela y ordenó proferir una nueva Sentencia al Consejo de Estado, siguiendo los parámetros que la Corte Constitucional fija en la Sentencia⁴.

Resulta importante hacer notar que dentro del texto de la Sentencia T-902 de 2005 no se encuentran expresos estos parámetros; no obstante, la Corte Constitucional declaró la existencia de una vía de hecho por defecto fáctico por omisión en la valoración de la prueba. Por lo tanto, consideramos que el mandato implícito del fallo de la Corte consiste en que el Consejo de Estado profiera una nueva Sentencia teniendo en cuenta las pruebas que para el tribunal constitucional no fueron valoradas.

1.3. LA NUEVA SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, considerando que pudo incurrir en vía de hecho por no valorar las pruebas referidas y desprendiéndose del expreso precedente de la Sala Plena de esa Corporación, que no admite procedencia de tutelas contra providencias, decide emitir nueva Sentencia valorando expresamente las pruebas que la Corte señaló como omitidas. La providencia, redactada en un lenguaje punzante, se divide en tres partes: i) a manera de análisis previo, el Consejo de Estado hace una revisión de la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial por defecto fáctico; ii) hace expresas las premisas que llevaron a la conclusión de la primera Sentencia, contrastándolas con los argumentos de la Corte Constitucional; iii) valora expresamente las pruebas que supuestamente no se tuvieron en cuenta en el análisis inicial, y concluye que no son determinantes ni suficientes para modificar la decisión adoptada, por lo

⁴ Señalo la Corte Constitucional en su parte resolutoria: **Tercero: TUTELAR** el derecho al debido proceso de la señora ROSARIO BECERRA. En consecuencia, en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación del presente fallo, la Sección Segunda, Subsección “A” de la sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, deberá realizar las gestiones necesarias para dictar una nueva Sentencia con base en los lineamientos [que] aparecen en la parte motiva de esta Sentencia.

que confirma el fallo. Nuestra atención se dedicará a los puntos ii) y iii), por ser los de mayor relevancia para el estudio del caso.

1.3.1. LAS PREMISAS SOBRE LAS CUALES SE BASÓ EL FALLO REVOCADO

A continuación, se transcribirá textualmente las premisas que para el Consejo de Estado se encuentran implícitas en la decisión revocada y que en esta Sentencia las hace explícitas. Las premisas son: “1. *Que la demandante ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción (vicepresidente Financiera).* 2. *Que la insubsistencia ocurrió en ejercicio de la facultad discrecional, de la cual está revestido el Nominador para retirar del servicio a los funcionarios de libre nombramiento y remoción o de confianza.* 3. *Que el ejercicio de la facultad discrecional no puede ser arbitrario.* 4. *Que el acto administrativo que declara la insubsistencia de un empleado, está amparado por una presunción de legalidad que debe ser desvirtuada por quien pretende su nulidad.* 5. *Que la demandante alegó la ocurrencia de dos hechos en la hipótesis que planteó sobre la desviación del poder del Nominador: a) La negativa de ella a rendir un concepto favorable de carácter financiero para la adjudicación de un contrato de concesión para la operación de la red atlántica férrea que une a Santa Marta con Bogotá; y b) que dicha adjudicación es irregular.* 6. *Que tales hechos, considerados por la demandante como suficientes para acreditar la desviación del poder del Nominador, no fueron probados. El primero, es decir la negativa de dar un concepto favorable de viabilidad financiera, porque no aportó el documento que contiene tal concepto negativo o niega el concepto positivo que le hubiese sido solicitado por el Presidente de la entidad; tan solo aportó un documento elaborado por ella, dando opiniones sobre un asunto de responsabilidad del Presidente de la entidad demandada.* 7. *Que, aunque en gracia de discusión se aceptara que el primer hecho que la demandante aduce como soporte de la desviación del poder del Nominador estuviese probado, el segundo hecho que ella misma relaciona al respecto no fue probado (las irregularidades del proceso licitatorio).* 8. *En conclusión, la Sala consideró que no aparecen probados los dos hechos que la demanda aduce como soporte de la pretendida desviación del poder del Nominador; hechos que esta Corporación debía analizar porque el Tribunal los dio como ciertos y porque para dicha Corporación eran suficientes para acreditar la pretendida desviación de poder.* 9. *Que para el Consejo de Estado como Juez natural de este asunto en última instancia, tales hechos, alegados en la demanda, no son suficientes para acreditar la desviación del poder en el acto discrecional de retiro de la demandante, habida cuenta de su condición de empleada de libre nombramiento y remoción”* (Subrayado original.)

1.3.2. LAS CONSIDERACIONES DEL CONSEJO SOBRE LAS PRUEBAS

Para el Consejo de Estado la prueba que la Corte considera como concluyente de la desviación de poder, no tiene el alcance de plena prueba en consideración a su origen, ya que el documento fue escrito por la demandante, y por lo tanto no permite deducir con objetividad los reales motivos que llevaron a su destitución. Además, no acredita ninguno de los supuestos que estableció el Consejo para declarar probada la existencia de la desviación de poder, porque los documentos no demuestran ni que el concepto le haya sido solicitado por el nominador, ni que la demandante tuviera la función de dar conceptos favorables de viabilidad en procesos licitatorios.

La Corporación consideró que de tal documento no se podía deducir que existía un proceso licitatorio irregular, tal como lo afirma la Corte, sin violar derechos fundamentales del demandado como el derecho de defensa, contradicción y debido proceso, además del buen nombre y la presunción de buena fe. También acota que la licitación, finalmente, no se adjudicó al licitante que presuntamente el presidente de Ferrovías quería favorecer, siendo esto indicio grave contra las pretensiones de la demandante.

Por último, el Consejo de Estado argumenta que su propia jurisprudencia enfatiza en el hecho de que los empleos de libre nombramiento y remoción se justifican *“porque la función pública que dichos cargos desarrollan requiere de una especial coordinación entre el Nominador y el empleado basada en la confianza, de forma similar a como ocurre entre el Presidente de la República y sus Ministros; el Gobernador o el Alcalde y sus Secretarios de Despacho; el Magistrado de una alta Corte y sus Magistrados Auxiliares; o el Presidente de una Empresa Industrial y Comercial del Estado y sus Vicepresidentes”*. Por tanto, se ratifica en la decisión inicialmente adoptada.

1.4. EL AUTO 249 DE 2006

El 20 de enero de 2006, el apoderado de la accionante promueve incidente de desacato ante la Sección Cuarta del Consejo de Estado, sección que tuvo conocimiento en primera instancia de la acción de tutela, para que se hiciera cumplir efectivamente la orden del Tribunal Constitucional, porque según estima, el Consejo de Estado en su nueva providencia no cumple con los lineamientos esbozados por la Corte Constitucional en la T-902 de 2005.

Como el incidente no fue tramitado por el Consejo de Estado en ninguna de sus secciones, al considerarlo improcedente, la Corte Constitucional decidió mediante auto *“dejar sin efecto”* la nueva Sentencia proferida por el Consejo de Estado,

“declarar conforme a la Constitución Política y debidamente ejecutoriada” la Sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y ordenó a Ferrovías en liquidación que en el plazo de 48 horas debía dar cumplimiento a la Sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Las razones en las que se basa la decisión son dos principalmente. La primera es la facultad de la Corte para velar por el cumplimiento de sus decisiones en materia de tutela en casos excepcionales. Al respecto afirma: *“A la luz de la doctrina fijada en los fallos citados, es preciso anotar que una de las situaciones en las cuales este tribunal se encuentra plenamente habilitado para adoptar por sí mismo las decisiones que aseguren el cumplimiento de sus fallos, se presenta precisamente en los casos en que la autoridad judicial renuente a obedecer la decisión es una alta corporación de justicia, generalmente, respecto de acciones de tutela que se promueven en contra de algunas de sus decisiones por haber incurrido en vía de hecho, negándose aquellas a modificar el pronunciamiento en los términos señalados por la Sentencia de Revisión. En estos eventos, la intervención del tribunal constitucional se torna indispensable, pues es conocido por todos que las altas cortes no tienen superior jerárquico en su respectiva jurisdicción y, por tanto, no encuentran en el juez de tutela de primera instancia el funcionario idóneo para conminarlas al cumplimiento de la decisión desobedecida, y tampoco el competente para tramitar el correspondiente incidente de desacato”* (Corte Constitucional, Auto 249 de 2006 M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra).

En segundo lugar, la Corte considera que es inexplicable que en este caso se haya tomado tal decisión por el Consejo de Estado, sabiéndose que dos fallos provenientes de la misma Subsección sobre hechos similares⁵ resultaron favorables a los demandantes. Además, el recto acatamiento de las directrices establecidas en la Sentencia T-902 de 2005 *“sugería que el Consejo de Estado ante la evidencia de la prueba previamente valorada por la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, ajustara sus consideraciones a esa realidad procesal y dictara una Sentencia que garantizara el debido proceso de la demandante. Sin embargo, en la Sentencia de 17 de noviembre de 2005, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, desconoce nuevamente los parámetros indicados por la Corte y mantiene la vulneración al debido proceso, garantía fundamental que viene siendo desestimada desde el primer fallo de la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado que fue objeto de tutela”* (Subrayado fuera de texto).

⁵ En Sentencias anteriores a la que nos ocupa, el Consejo de Estado declaró nulos los actos administrativos mediante los cuales se declaró insubsistentes a varios funcionarios de libre nombramiento y remoción de Ferrovías que fueron removidos de sus cargos debido a las tensiones que se presentaron por la adjudicación en la licitación que se ha mencionado en este escrito.

La Corte expresa, primero, que las pruebas materia del debate son las mismas que el Consejo de Estado exigía que debían estar en el expediente para probar los supuestos de hecho⁶ que permitieran decretar la nulidad de la declaratoria de insubsistencia, y, segundo, que tal circunstancia conduce ineludiblemente al cambio en el sentido del fallo.

Una vez el Consejo de Estado conoció la decisión del Tribunal Constitucional, emitió un comunicado en el cual desconoce el Auto 249 de 2006, debido a que la Corte Constitucional, según su parecer, excedió los límites que ella misma se estableció al pretender conocer el desacato de Sentencias de tutela y sabiendo que en la Sentencia C-243 de 1996, providencia con efectos de cosa juzgada constitucional, se determinó que el juez competente para conocer del desacato es el de primera instancia. Además, porque la norma aplicable, el Decreto 2591 de 1991 en su Artículo 27, establece que el cumplimiento del fallo estará a cargo del superior jerárquico, y el Consejo de Estado no tiene superior jerárquico alguno.

El Consejo de Estado argumenta que, según el Artículo 121 Superior, ninguna autoridad puede ejercer funciones distintas a las que le atribuye la Constitución y la Ley y que la Corte Constitucional está incurriendo en prevaricato con el auto cuestionado.

Posteriormente, la Corte Constitucional, mediante Auto 349 del 5 de Diciembre 2006, ordena al liquidador de Ferrovías S.A. que informe de manera detallada las gestiones que adelanta para cumplir con lo dispuesto por la Corte en el Auto 249 de 2006⁷.

II. CONCLUSIONES

Las consideraciones que a continuación presentamos al lector se orientarán de manera exclusiva i) a precisar si en efecto el Consejo de Estado desacató los lineamientos señalados por la Corte Constitucional en la Sentencia T-902 de 2005; ii) a mostrar que la Corte Constitucional cambió en el Auto 249 de 2006 la motivación que la llevó a amparar los derechos de la demandante en la T-902 de 2005; iii) a resaltar que la Corte excede el alcance de la acción de tutela contra providencias judiciales, a través de un auto y no de una Sentencia, y decidiendo definitivamente sobre la cuestión litigiosa; y iv) a exponer que las apreciaciones probatorias y sustanciales que hace la Corte en el auto no se compadecen con principios de la prueba judicial, ni con realidades legales ni con sus mismos precedentes sobre el tema.

⁶ Se transcriben con fines didácticos. i) que la demandante negó un concepto favorable para adjudicar la licitación de la referencia y ii) que la adjudicación no tenía piso jurídico.

⁷ Al momento de la entrega de este trabajo el Consejo de Estado había solicitado a la Comisión de Acusación de la Cámara de Representantes la investigación de siete de los magistrados de la Corte Constitucional, por haber dejado sin efecto la Sentencia que negaba las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por Rosario Bedoya Becerra en contra de Ferrovías.

i) La Corte Constitucional, a través de la Sentencia T-902 de 2005, consideró que el fallo del Consejo de Estado, por el cual dejaba en firme el acto de declaratoria de insubsistencia de la Vicepresidente Financiera de Ferrovías Rosario Bedoya Becerra y revocaba la Sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 25 de abril de 2002, constituía una vía de hecho por defecto fáctico en la omisión de valoración de dos pruebas que, en consideración de la Corte, de haber sido tenidas en cuenta “*cambiaría[n] el sentido del fallo atacado*”. Este y no otro fue el argumento que utilizó el alto tribunal constitucional para declarar que existió una violación al derecho fundamental al debido proceso y, en concordancia, ordenó al Consejo de Estado dictar nueva Sentencia con base en los lineamientos fijados en la parte motiva del fallo.

¿Cuáles fueron estos lineamientos? Una simple lectura de la Sentencia apuntada nos demuestra que, pese a que la Corte exige que deben seguirse, no están expresos ni en el acápite considerativo ni en el resolutivo. Consideramos que de la parte motiva se desprende que la Corte determinó que la Sección Segunda, Subsección “A” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, había incurrido en una vía de hecho por defecto fáctico al *omitir* la valoración de pruebas obrantes en el expediente del proceso⁸, y no por no *valorar adecuadamente* tales documentos. En nuestro concepto, los lineamientos que la Corte reclama que debían ser seguidos están referidos a la expresa revisión de dichas pruebas en la nueva Sentencia que dictó el Consejo de Estado.

Como ya fuera apuntado, el Consejo de Estado profirió nueva Sentencia en la cual revisó expresamente las pruebas que la Corte señaló como no valoradas, y si bien les reconoce un valor indiciario en favor de las pretensiones de la demandada, consideró que con base en el principio de la unidad de la prueba, éstas no poseen el carácter definitivo que pretendió imponerle nuestro tribunal constitucional, toda vez que existen fundamentos probatorios de más peso que le conceden plena legalidad al acto administrativo que declaró la insubsistencia de la señora Rosario Bedoya Becerra como Vicepresidente Financiera de Ferrovías.

De suerte que, el Consejo de Estado acató en debida forma la decisión de la Corte Constitucional, toda vez que realizó la valoración de las pruebas que la Corte consideró omitidas en el primer fallo. No se encuentra que existiera otro lineamiento exigido. Así lo expresó el magistrado Humberto Sierra Porto en el salvamento de voto al Auto 249 de 2006: “*La orden proferida en la Sentencia de revisión se agotaba una vez la Corporación Judicial en cuestión dictara una*

⁸ En la Sentencia se encuentran los siguientes apartes que demarcan el defecto por el cual se revoca, a saber: “visto lo anterior, es posible afirmar que el fallo atacado, negó la valoración de una prueba relevante para identificar la veracidad de los hechos puestos a su conocimiento”, “(...) es el caso de la Sentencia cuestionada que se apartó por alguna circunstancia del material probatorio”, “(...) en consecuencia, al pie de la jurisprudencia de esta Corporación, se configuró una vía de hecho en tanto la falta de consideración de un medio probatorio conlleva una vía de hecho siempre y cuando ésta determine un cambio en el sentido del fallo”.

nueva decisión en la cual tuviera en consideración los documentos dejados de apreciar. En esa medida la Sección Segunda, Subsección “A” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ejecutó la orden proferida por la Sala Sexta de revisión, pues profirió un nuevo fallo en el cual valoró las pruebas en cuestión y estimó que éstas no eran relevantes para que prosperaran las pretensiones de la demandante”.

ii) La Corte en la Sentencia T-902 de 2005 ordenó que el Consejo de Estado emitiera una nueva Sentencia, en la que valorara las pruebas que no fueron apreciadas en el primer fallo que revocó la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Y como ya fue aquí señalado, el tribunal superior de lo contencioso administrativo así lo hizo.

Surge entonces el interrogante: ¿Por qué si el Consejo de Estado obedeció lo mandado por la Sentencia T-902 de 2005, la Corte por medio del Auto 249 de 2006 decide revocar el fallo del Consejo de Estado y opta por reconocer pleno valor y efectos a la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca? La Corte Constitucional consideró que se continuaron violando los derechos fundamentales de la accionante, porque las pruebas que el Consejo de Estado valoró no fueron *apreciadas* tal y como lo había indicado la Corte. Nótese que la Sentencia de tutela en ningún momento ordenó una valoración determinada de las pruebas, y reiteramos que la Corte ordena llanamente que se valoren las pruebas omitidas en la Sentencia que provoca el recurso de amparo.

Ahora, según el Tribunal Constitucional las pruebas en cuestión *“definitivamente podía cambiar el sentido del fallo de segunda instancia...”*, y en el Auto 249 de 2006 concluye que tales pruebas eran tan definitivas que en efecto debían concluir con el reintegro de la funcionaria porque prueban los hechos que el Consejo de Estado señaló como no probados y que eran necesarios para demostrar la existencia de la desviación de poder del acto administrativo demandado.

La confrontación de las providencias dictadas por la Corte Constitucional denota que para esta Corporación no bastaba con que el Consejo de Estado realizara un nuevo análisis del acervo probatorio obrante en el expediente del proceso, sino que este análisis cambiara *radicalmente* el sentido del fallo, esto es, que declarara probada la existencia de una desviación de poder en la declaratoria de insubsistencia de la señora Bedoya Becerra y procediera a dictar Sentencia a favor de las pretensiones de la demandante. El desacierto radica en ordenar en primera instancia la mera valoración de unas pruebas mediante una nueva Sentencia por parte del Consejo de Estado (T-902 de 2005), posteriormente, en revocar esta nueva Sentencia proferida por el Consejo de Estado, por no valorar las pruebas como considera la Corte que se deben valorar (Auto 249 de 2006).

iii) El “choque de trenes” se genera por una decisión, resáltese, contenida en un auto y no en una Sentencia y, además, porque la parte resolutive del auto no pretende subsanar el error de la providencia atacada, sino definir cuál será el rumbo definitivo e incontrovertible del litigio. El mismo Tribunal Constitucional ha expresado respecto al alcance de la tutela contra Sentencias: ***“A la Corte le corresponderá verificar la existencia del vicio alegado por el accionante, sin que por ello se dé lugar a una intromisión arbitraria en la esfera de competencia del juez de conocimiento; pero no podrá definir la cuestión litigiosa de forma concluyente. El examen se limitará a constatar la existencia de situaciones irregulares desde una perspectiva sustantiva, fáctica, orgánica o procedimental, y una vez advertidos, adoptar las medidas que le están dadas expedir en la órbita de su competencia constitucional”*** (Subrayas y negrilla fuera de texto) (Corte Constitucional, Sentencia SU-1185 de 2001. M.P.: Rodrigo Escobar Gil)⁹.

Ahora, ¿cuál es la trascendencia jurídica de que se cambien los motivos y se decida de manera concluyente en un auto, esta litis? Que la vía incidental, como es del caso, desconoce plenamente los derechos al debido proceso y en especial de la defensa, de la parte demandada. Es acertado lo manifestado por parte del Consejo de Estado: *“Ello atenta contra el ordenamiento jurídico y desconoce además los derechos procesales de audiencia y de defensa que a la parte afectada por el singular Auto que se estudia corresponden, pues por fuera de la vía incidental, y habiendo terminado el trámite de una tutela, (lo que ocurrió con la Sentencia de 17 de noviembre de 2005 de la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación), y sin que se le citara, se pretende modificar la decisión judicial que se adoptó en el proceso de tutela”* (Consejo de Estado, Sala Plena. Comunicado del 20 de septiembre de 2006. C.P.: Ana Margarita Olaya).

Imposible resulta justificar el acápite resolutive del Auto 249 de 2006, con el argumento esbozado en la providencia según el cual las circunstancias lo habilitan *“para adoptar por sí mismo las decisiones que aseguren el cumplimiento de sus fallos”*, sin al menos hacer comparecer en el incidente al afectado por tal modificación¹⁰.

iv) Desde el punto de vista legal, no se puede pasar por alto, como lo pone de presente el Consejo de Estado, que el acto demandado es un acto administrativo que goza de una presunción de legalidad, principio según el cual los actos administrativos se consideran ajustados a derecho mientras no se demuestre lo contrario (RODRÍGUEZ, 2002: 263). La presunción de legalidad del

⁹ Resulta curioso anotar que el Auto 010 de 2004. M.P.: Rodrigo Escobar Gil, tenido como precedente en el Auto en discusión en este Artículo, sea proferido en solicitud de cumplimiento de la Sentencia citada.

¹⁰ Lo anterior sin perjuicio de los instrumentos que pueda tener o desarrollar la Corte para hacer cumplir sus Sentencias y hacer prevalecer la tutela efectiva. Por motivos de espacio y pertinencia, no nos referiremos al problema de la ejecución de las Sentencias de la Corte cuando la autoridad renuente es una alta corte, problema que se presenta también en el caso en estudio.

acto administrativo exige al demandante desvirtuarla, como parece no es lo acontecido, so pena de declarar ajustada a derecho la actuación de la autoridad administrativa.

Además, la facultad discrecional del nominador para nombrar y remover sus funcionarios de confianza, no debe ser confundida con arbitrariedad, sino que tiene como fin que el funcionario con tal potestad, esté rodeado de colaboradores de su entera confianza¹¹, y no de empleados que según se concluye de los hechos relatados, pretendían señalar como corrupta la gestión del nominador, sin pruebas que motivarán tal aseveración.

De otra parte, creemos que el juez constitucional no puede pasar por alto principios de harta valía dentro del derecho procesal como el de necesidad y unidad de la prueba. El principio de necesidad, requiere que *“...los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, estén demostradas con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o el juez, si este tiene facultades, sin que dicho funcionario pueda suplirlas con el conocimiento personal privado que tenga sobre ellos, porque sería desconocer la publicidad y la contradicción indispensable para la validez de todo medio probatorio y el derecho de defensa”* (DEVIS, 1988: 15). Resulta infortunada la referencia de la Corte, primero, en la Sentencia y, posteriormente, en el auto, a los evidentes actos de corrupción de Ferrovías, encontrando como fuentes los principales medios de comunicación nacionales. La sensación que queda es la de un juez que no fue objetivo en el momento de valoración de las pruebas, debido a las informaciones recibidas mediante “canales” no jurídicos.

Igualmente, pretender fundamentar una violación del derecho a la igualdad en el auto desencadenante del choque, ni siquiera en una Sentencia, con el argumento de que varios de los compañeros de la accionante fueron reintegrados por los mismos hechos que alega la accionante, sin más consideraciones que las que eleva la demandante en su escrito de desacato y sin examinar a fondo las situaciones particulares de cada caso, deslegitiman muy a nuestro pesar el valor y la importancia de las tutelas contra Sentencias judiciales.

La Corte califica como pruebas reinas los documentos en discusión y los denomina como suficientes para probar las hipótesis que, según ella, el Consejo de Estado fijó para probar la desviación. Aseveración sin miramientos a las otras pruebas que se hallan en el proceso y que deben valorarse en conjunto. Olvida la Corte en el presente caso el principio de “Unidad de la Prueba”, que *“significa que el conjunto probatorio del proceso forma una unidad, y que, como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez, para confrontar las diversas pruebas,*

¹¹ Como lo ratifica la Corte Constitucional, Sentencia C-195 de 1994. M.P.: Vladimiro Naranjo.

puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forme” (DEVIS, 1988:17).

La evaluación que hace del material probatorio la Sección Segunda, Subsección A, corresponde a los dictados de la sana crítica y se desenvuelve dentro de los “rangos interpretativos” que puede dar la apreciación del caso, pero en ningún momento las apreciaciones se tornan arbitrarias. Es más, es la Corte que en los presentes hechos y de manera desafortunada hace una valoración en nuestro concepto incompleta¹².

La nueva Sentencia del Consejo de Estado muestra que los elementos inicialmente excluidos eran piezas de todo el material probatorio obrante en el proceso, que llevaba a concluir la no probanza de la desviación de poder.

Caro precio paga la Corte en el auto al tratar de hacer cumplir su voluntad, violentando, en últimas, el derecho fundamental por el cual la tutela se concede *ab initio*, el debido proceso, y en especial, el derecho de defensa, pero en este caso el de Ferrovías que se ve afectada sin siquiera ser escuchada en el trámite incidental, en una decisión de su total incumbencia.

Concluyendo, se hace evidente que la configuración de vía de hecho por defecto fáctico debido a la omisión de la apreciación de una prueba, en este caso terminó en la valoración [parcial] del material probatorio obrante en el proceso por parte del juez constitucional, hecho que provocó la revocatoria de una Sentencia proferida por el juez colegiado con mayor conocimiento en el campo de su jurisdicción, el administrativo. Otra sería la historia si la tutela se hubiera concedido en principio por la valoración arbitraria de pruebas obrantes en el proceso. Tal vez la argumentación sería diferente pero el resultado el mismo, una diferencia interpretativa que seguramente persistiría por la naturaleza misma de la interpretación probatoria. Por ello, coincidimos con Rodrigo Uprimny, al referirse a las modificaciones que debiera sufrir la tutela contra Sentencias, al afirmar: “... *debería precisarse que la tutela contra las Sentencias de las altas cortes sólo procede para lograr la unificación del entendimiento de los derechos fundamentales, pero no para corregir los yerros judiciales derivados de interpretaciones legales o valoraciones probatorias, ya que se entiende que esos altos tribunales, por su propia jerarquía y la calidad de sus miembros, han definido esos puntos y no incurrir en ese tipo de errores” (UPRIMNY, 2006: 7).*

¹² La evaluación del acervo probatorio por el juez implica, necesariamente, “*la adopción de criterios objetivos, no simplemente supuestos por el juez, racionales, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas*” (Corte Constitucional, Sentencia SU-157-2002. MP.: Manuel José Cepeda, citada en Sentencia T-039 de 2005 M.P.: Manuel José Cepeda). Condiciones que a nuestro parecer cumple el Consejo de Estado, más no la Corte Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- BOTERO, Catalina. (2006). Una visión panorámica: El Conflicto de las Altas Cortes Colombianas en Torno a la Tutela contra Sentencias. En: *Documentos de discusión No. 3*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. (1988). *Compendio de Derecho Procesal*. Bogotá: ABC Editores. Tomo II.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. (2006). *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Legis, Universidad de los Andes.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. (2002). *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Temis.
- UPRIMNY YÉPEZ, Rodrigo. (2006). La Motivación de las Sentencias, En: *Revista Pensamiento Jurídico No. 4*. Bogotá: Universidad Nacional.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Radicación No. 25000-23-25-000-1998-05123-01(4361-02) del 17 de noviembre de 2005. Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero.
- Consejo de Estado, Comunicado de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicación No. 25000-2325-000-1998-5123-01(4361-02) del 20 de Septiembre de 2006. Consejera Ponente: Ana margarita Olaya Forero.
- Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo
- Corte Constitucional, Sentencia C-195 de 1994. M.P.: Vladimiro Naranjo.
- Corte Constitucional, Sentencia T-231 de 1994. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, Sentencia T-1031 de 2001. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-1185 de 2001. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-157 de 2002. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional, Auto 010 de 2004. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, Sentencia T-774 de 2004. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional, Sentencia T-039 de 2005. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional, Sentencia T-453 de 2005. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional, Sentencia T-902 de 2005. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Auto 249 de 2006. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia T-565 de 2006. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia T-683 de 2006. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia T-840 de 2006. M.P.: Clara Inés Vargas.