El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Corporación.

Providencia: SENTENCIA DE TUTELA – 2ª INSTANCIA – 02 de noviembre de 2016

Radicación Nro. : 66001310900320160010101

Accionante: MYRIAM DELGADO PAZ

Accionados:      UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE PEREIRA

Proceso:                 Acción de Tutela – Revoca decisión del *a quo* que concedió el amparo y declara improcedente la acción

Magistrado Ponente:  JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

**Temas: DEBIDO PROCESO / SUSPENSIÓN PROVISIONAL DECLARACIÓN DE INSUBSISTENCIA / IMPROCEDENCIA / SUBSIDIARIDAD / EXISTE OTRO MECANISMO DE DEFENSA JUDICIAL / AUSENCIA DE PERJUICIO IRREMEDIABLE.** “[P]ara la controversia del asunto aquí planteado, la parte accionante cuenta indudablemente con la vía contencioso administrativa por intermedio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, trámite dentro del cual, de conformidad con lo establecido en los artículos 138, 229 y 230 del Código Contencioso Administrativo, puede solicitar desde el auto admisorio de la demanda las medidas que considere pertinentes, entre ellas, la suspensión del acto administrativo que considera atentatorio de sus derechos fundamentales. De acuerdo con lo anterior, en el presente evento no puede utilizarse la acción de tutela en forma transitoria porque el medio judicial con el que cuenta la actora es idóneo y eficaz, y por ello no es posible trasladar la competencia de un asunto que debe ser analizado por el juez natural para efectos de determinar si se dan los presupuestos para dejar sin validez un acto administrativo que se encuentra amparado por la presunción de legalidad. Adicionalmente, no se acreditó en forma contundente lo atinente al perjuicio irremediable, porque lo predicado por la parte accionante en ese sentido y soportado en documentos que fueron adjuntados con la demanda y al pronunciamiento en condición de no recurrente, no es diáfano y contundente, ya que las demás partes allegaron pruebas en contrario que contrastan con sus manifestaciones respecto de la afectación del mínimo vital. Lo dicho, con mayor razón, cuando tampoco está clara aquella aseveración según la cual la afectada tiene la condición de pre-pensionable con fundamento en que le faltaban dos meses que ya fueron superados.”.

Citación jurisprudencial: CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-533 de 1998 / Sentencia SU-772 de 2014 / Sentencia T-629 de 2008 / Sentencia T-372 de 2012 / Sentencia C-734 de 2000 / Sentencia T-064 de 2007 / Sentencia T-049 de 2007 / Sentencia T-686 de 2014 / Sentencia C-292 de 2001 / Sentencia T-222 de 2005 / Sentencia T-348 de 2014 / Sentencia T-190 de 2012.

CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 29 de febrero de 2016, Rad. 050012333000201200285-01, número interno 3685-2013.

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, Sala Penal, sentencia de tutela del 10 de mayo de 2016, Rad. 6600131180012041600036-1.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**



TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, dos (02) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Acta de Aprobación N° 1004

Hora: 4:00 p.m.

1.- VISTOS

Desata la Sala por medio de este proveído la impugnación interpuesta por el rector y representante legal de la Universidad Tecnológica de Pereira, la señora LUZ SOCORRO LEONTES LENIS, y el Procurador 149 Judicial II Penal, contra el fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta capital, con ocasión de la acción de tutela interpuesta por la ciudadana **MYRIAM DELGADO PAZ** por intermedio de apoderado judicial.

2.- DEMANDA

Lo sustancial de los hechos que se relatan en el escrito de tutela se pueden sintetizar así: (i) la profesional **MYRIAM DELGADO PAZ** estuvo vinculada durante tiempo completo a la Universidad Tecnológica de Pereira como Directora en la Rectoría mediante los contratos administrativos de prestación de servicios 5185 -enero 15 y diciembre 20 de 2009-, 5040 -enero 14 y diciembre 19 de 2010-, 5078 -enero 13 y diciembre 18 de 2011-, 5112 -enero 10 y diciembre 20 de 2012-, 5783 -enero 17 y diciembre 20 de 2013-, y 5068 -enero 16 y diciembre 21 de 2014-; (ii) por medio del Acuerdo 10 de abril 07 de 2014 expedido por el Consejo Superior de la Universidad Tecnológica de Pereira, se creó el cargo de Jefe de Oficina Control Interno Disciplinario, cuya naturaleza es de libre nombramiento y remoción; (iii) en Resolución 570 de abril 30 de 2014 el Rector de la citada Universidad nombró a **DELGADO PAZ** en el referido cargo, cuyas funciones eran las mismas que tuvo desde el inicio de la relación con esa institución; (iv) mediante Resolución N° 2250 de agosto 03 de 2016, **MYRIAM DELGADO PAZ** fue declarada insubsistente y en su reemplazo se designó a LUZ SOCORRO LEONTES LENIS, quien a diferencia de la señora **DELGADO PAZ** no cuenta con especialización en Derecho Disciplinario ni con la misma experiencia en esa área; (v) la aquí accionante cumpliría la edad para tener derecho a la pensión -57 años- en octubre 05 de 2016, nunca tuvo inconveniente en el ejercicio de sus funciones, no se le hicieron llamados de atención, ni se le adelantaron investigaciones disciplinarias o se le impusieron sanciones de ese tipo, es madre cabeza de familia y tiene a cargo dos hijas, una de las cuales es menor de edad; (vi) en la decisión adoptada por el referido directivo se presentó desviación de poder, lo que la torna en ilegal y por tanto vulnera los derechos constitucionales al debido proceso administrativo, a la dignidad humana y al mínimo vital, por cuanto no están soportadas en la hoja de vida las razones que dieron lugar a esa determinación, como lo exige el artículo 26 del Decreto 2400/68 y tal como lo ha dispuesto la H. Corte Constitucional -sentencia T-686/14-, ya que no se cuenta con discrecionalidad absoluta y la determinación no puede ser caprichosa; y (vii) si bien existe otro mecanismo de defensa judicial como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el mismo se torna ineficaz dadas las condiciones en las que se encuentra la accionante con la inminencia de un perjuicio irremediable, puesto que por su edad sería casi imposible ubicarse laboralmente, y de ese modo poder suplir sus necesidades básicas y las de sus descendientes, ya que el reconocimiento de la pensión de vejez puede tardar varios meses o incluso años.

Con fundamento en lo anterior, se solicita suspender de manera transitoria los efectos de la resolución 2250 de agosto 03 de 2016, mientras la jurisdicción contencioso administrativa se pronuncia acerca de la legalidad del acto; y, en consecuencia, se ordene el reintegro de la señora **MYRIAM DELGADO PAZ** al cargo de Jefe de Oficina Control Interno Disciplinario.

3.- TRÁMITE Y FALLO

Una vez admitida la demanda el juez de primer nivel corrió traslado a la Universidad Tecnológica de Pereira y vinculó a la señora LUZ SOCORRO LEONTES LENIS.

- *El Rector de la Universidad Tecnológica de Pereira* se opuso a las pretensiones del amparo constitucional, resaltó su improcedencia, y solicitó que se negara. Al efecto indicó:

En ejercicio de la autonomía constitucionalmente garantizada y en desarrollo de los efectos previstos en la Ley 30/92 y la facultad discrecional que otorga la ley al nominador, mediante Resolución N°2250 de agosto 03 de 2016 declaró insubsistente a la accionante en el cargo que ostentaba, el cual era de libre nombramiento y remoción.

La jurisprudencia constitucional ha determinado que el deber de motivar los actos administrativos de declaratoria de insubsistencia admite la excepción relativa a los cargos de libre nombramiento y remoción, y ha indicado que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores no contraría la Constitución, pues la naturaleza de las labores que desempeñan obedece a una relación subjetiva con el nominador, quien requiere siempre plena confianza con sus colaboradores -cita las sentencias C-443/97 y T-132/07-.

La Universidad respetó el debido proceso y justificó en la citada resolución que “en uso del principio de discrecionalidad y con la finalidad de cumplir fielmente con un servicio público eficaz y pronto, resulta necesario, procedente y viable legalmente declarar la insubsistencia de la servidora”, por lo que fueron las razones del buen servicio las que primaron.

No es cierto que la señora **DELGADO PAZ** desde su vinculación inicial se hubiera desempeñado como Jefe de oficina de Control Interno Disciplinario, ya que esa categoría solo la adquirió mediante la Resolución N° 750 de abril 30 de 2014 cuando fue nombrada en ese cargo.

Carece de veracidad el argumento que señala la demanda en cuanto a que la persona que ostenta el cargo después de la declaratoria de insubsistencia no tiene la formación académica y la experiencia profesional en asuntos disciplinarios que tiene la tutelante, ya que de acuerdo con el Manual de Funciones y Responsabilidad se exige como requisitos para desempeñar el cargo: (i) título profesional en derecho, con el cual cumple; (ii) postgrado sin especificar área, el cual también está acreditado, y además tiene en curso una maestría; y (iii) experiencia profesional de 3 años o su equivalencia en administración pública de 5 años, lo que de igual manera satisface plenamente.

Si bien la accionante sostiene que tiene la calidad de madre cabeza de familia, la cual se encuentra definida en el inciso 2º del artículo 2 de la Ley 82/93 modificado por la Ley 1232/08, ella no se adquiere por el mero hecho de tener dos hijas a cargo, como argumentó, cuando realmente su exesposo, reconocido médico de la región y padre de sus descendientes, ha afirmado que su cuota alimentaria fija mensual es de $4´200.000, más los gastos adicionales.

Así mismo, la afectación al mínimo vital, la cual no se determinó en qué consiste, resulta desvirtuada si se tiene en cuenta la posición social de la demandante y la solvencia de su situación económica, puesto que en la declaración juramentada de bienes y rentas manifiesta que es propietaria de un apartamento en un sector exclusivo de la ciudad, un vehículo particular, una finca en el sector de Morelia de Pereira, y un taxi de servicio público, lo que a su vez deja sin fundamento la supuesta trasgresión de los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la vida digna. Adicionalmente, según lo afirmado por la actora, en dos meses puede acceder a beneficiarse de su pensión.

No puede desconocerse el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, mecanismo que no puede desplazar ni sustituir los procedimientos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico, y cuya procedencia está sujeta a la ineficacia del medio de defensa ordinario. En ese sentido la accionante cuenta con otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz que es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en el cual puede solicitar medidas cautelares en los términos de los artículos 234, 229 y 230 de la Ley 1437/11. Precisamente en un caso análogo la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira -sentencia junio 10 de 2016, rad. 660012213000201600058000- determinó que no es viable la tutela para atacar el acto administrativo que retira del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción, decisión confirmada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en determinación de julio 22 de 2016.

Para que exista protección constitucional y legal del prepensionado se tiene que presentar la supresión de cargos o funciones, es decir, la reestructuración de la entidad, que lleve consigo que el funcionario que ocupa el empleo sea retirado del servicio por esa causa o motivo, lo cual en el presente caso no se da.

- *La señora LUZ SOCORRO LEONTES LENIS* igualmente solicita negar la prosperidad de la acción. En ese sentido señaló:

Los requisitos para ejercer el cargo son título profesional en derecho, postgrado (sin especificar rama), acreditar 3 años de experiencia profesional, y los conocimientos específicos en gerencia pública, administración pública, administración de recursos humanos, ofimática, marco legal institucional, inglés, los cuales cumple con lujo de detalles con su amplia experiencia profesional y en cargos directivos, gerenciales y de responsabilidad, así como con sus estudios de especialista en derecho administrativo y Maestría en Filosofía con énfasis en argumentación, además de 3 años en la oficina jurídica de la Universidad Tecnológica de Pereira.

La condición de madre cabeza de familia no es predicable de la accionante, por cuanto tal y como consta en su declaración de bienes y rentas para el año 2015, gozaba de excelente disponibilidad económica, puesto que fuera de su sueldo tiene otros ingresos como finca raíz por valor de 60´000.000, y dos taxis por 120´000.000, lo cual le permite hacer viajes como el que realizó recientemente a Europa, y tener una acción en el Club del Comercio de Pereira, la cual se encuentra activa y disfruta en compañía de sus descendientes. A lo que se suma la declaración de su señor esposo, quien vela por la manutención de sus hijas al pagarles la colegiatura y matrícula de Universidad.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional, y se efectúa mediante acto no motivado -Decreto 1950/73 artículo 41 de la Ley 909/04-. Además, el artículo 125 C.N. fija las causales en que procede el retiro, en armonía con lo dispuesto en el artículo 58 Superior que ordena conferir prevalencia al interés público sobre el interés particular. Por su parte, el Consejo de Estado ha concluido que tratándose del retiro del servicio por voluntad del Gobierno Nacional tal figura entraña el ejercicio de una facultad discrecional, como potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa adoptar una u otra decisión; es decir, la permanencia o retiro del servicio cuando a su juicio las necesidades así lo exigen.

La parte accionante debe demostrar indiscutiblemente la desviación de poder que surge como un elemento de animadversión personal, según se sostiene. Es decir, debe acreditar fehacientemente que el Rector ejecutó actos previos o preparatorios a la declaratoria de insubsistencia, y que los mismos iban inequívocamente dirigidos a provocar la extrañeza del cargo de la exservidora **DELGADO PAZ**.

Los prepensionados son las personas que están vinculados mediante un nombramiento provisional antes de septiembre 24 de 2004 y a la fecha del Decreto 3905 de octubre 08 de 2009 les falten tres años o menos para obtener el derecho a la pensión de jubilación. Están regulados por el Decreto 3905/09, por el cual se reglamenta la Ley 909/04, y expresa cuáles son las personas que tienen la calidad de preprensionados y cuáles son los requisitos para obtenerla.

Su derecho al trabajo está siendo vulnerado, toda vez que también tiene tres hijos y obligaciones conjuntas que cubrir en su hogar, ya que su esposo es subempleado y a duras penas puede soportar los gastos de alimentación de la casa con los honorarios que recibe.

En síntesis, la tutela no es el mecanismo apropiado para debatir el asunto planteado, ya que se cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y no se acreditan los requisitos para que se le ampare un derecho que no ostenta por no cumplir los requisitos legales.

**3.2.-** El juez de primer grado profirió sentencia por medio de la cual amparó el derecho fundamental al debido proceso de la señora **MYRIAM DELGADO PAZ**; en consecuencia, dejó sin efectos de manera transitoria la resolución 2250 de agosto 03 de 2016, por medio de la cual se declaró insubsistente a dicha ciudadana en el cargo de Jefe de Oficina de Control Interno Disciplinario, y ordenó al Rector de la Universidad Tecnológica de Pereira reintegrarla de manera inmediata a partir de la notificación. De igual forma, supeditó la orden a que la accionante acuda a la vía contencioso administrativa dentro de término establecido por ley para debatir y obtener el pronunciamiento sobre la legalidad y validez definitiva del aludido acto.

Los argumentos para adoptar esa decisión fueron los siguientes:

- El rector de la Universidad Tecnológica no puntualizó en el acto administrativo mediante el cual se declaró la insubsistencia, las razones fácticas y jurídicas que motivaran dicha determinación, ni tampoco matizó en qué influiría y mejoraría el desarrollo y prestación del servicio de la función pública al destituir a la funcionaria **DELGADO PAZ** y nombrar a la señora LEONTES LENIS.

- El ejercicio de la facultad discrecional del funcionario debe desarrollarse bajo el principio de legalidad y el debido proceso, en la medida en que las autoridades únicamente podrán actuar dentro del ámbito establecido por el sistema normativo, acorde con los fines establecidos para ello, y proporcional a la situación fáctica que generó esa determinación, lo que no ocurrió en este caso.

- Del material probatorio se extrae que en el tiempo que ejerció el cargo, a la actora no se le realizaron llamados de atención ni se le adelantaron investigaciones disciplinarias en su contra, las cuales permitieran establecer un indebido o ineficiente ejercicio de la función pública a ella encomendada.

Queda así establecido -asegura- que se le conculcó el debido proceso con la expedición del mencionado acto administrativo, y resulta imperioso concede el amparo de tutela.

4.- IMPUGNACIÓN

- El *Rector de la Universidad Tecnológica* *de Pereira* solicita se revoque la sentencia emitida por la primera instancia por la carencia de vulneración constitucional en el obrar de dicho ente. Como fundamento expone:

Precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de un cargo de libre nombramiento y remoción es lo que permite al nominador disponer libremente de su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan a adoptar la decisión, es decir, no requiere motivación porque quien ocupa ese cargo se escoge por motivos estrictamente personales o de confianza.

El cargo de Jefe de Oficina de Control Interno Disciplinario, Ejecutivo grado 26, es de libre nombramiento y remoción, no solo por estar estatuido así por la Universidad en sus acuerdos, expedidos bajo la autonomía universitaria, sino porque funcionalmente también tiene esa característica, sin que sea procedente que una autoridad por vía de tutela lo trasmute en una de naturaleza provisional para exigir la motivación del acto de retiro.

La Corte Constitucional en la sentencia C-673/15 -transcribe el aparte pertinente- mantuvo la postura legal de que dicho empleo tiene esa naturaleza, por lo que es antijurídico que un juez desconozca esa calificación y a su arbitrio y sin justificación o razón legal modifique ese status para exigir un requisito que la ley no dispone.

Itera que la Corte Constitucional ha reconocido que lo atinente a la motivación del acto que declara la insubsistencia admite excepciones, una de las cuales es, justamente, la referente a los cargos de libre nombramiento y remoción, en tanto que la declaratoria de insubsistencia (Decreto 1950 de 1973 artículo 107) responde a la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente a sus empleados.

De igual forma el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 permite la declaratoria de insubsistencia, por ello la facultad de desvincular libremente a un servidor de esa naturaleza no contraría la constitución. Cita las sentencias C-443/97, T-132/07, T-494/10.

La Universidad a pesar de gozar de un amplio margen de discrecionalidad, jamás derivó en actuación arbitraria o desproporcionada porque el acto administrativo cuestionado motivó la razón del retiro, se dijo que en aplicación del principio de discrecionalidad y mejorar el servicio se retiraba y se designaba otra persona. Ese acto jurídico está precedido de la presunción de legalidad y acierto y se ajustó al principio de legalidad al someterse plenamente a las normas de superior jerarquía; por tanto, se infiere que mientras no se demuestre lo contrario, una vez ejecutoriado el acto administrativo que retira del servicio a la tutelante, se presume que toda la actuación se ha realizado de conformidad con el ordenamiento.

La acción es improcedente porque la actora cuenta con las vías ordinarias para salvaguardar sus derechos, por lo que reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, los cuales no fueron referidos ni desvirtuados por el juez de primera instancia, lo que vulnera el debido proceso y el derecho de contradicción, al igual que la exigencia de motivación de las decisiones judiciales.

Señala que tanto la Corte Constitucional como el Tribunal Superior de Pereira -sentencias de mayo 10 de 2016 Sala Penal y junio 10 de 2016 Sala Civil-, han indicado que la tutela no es el medio para cuestionar el retiro del servicio de empleo de libre nombramiento y remoción, incluso, aunque goce de retén social por prepensionado o por salud.

- *El Procurador 149 Judicial Penal II* pide se revoque la sentencia de instancia y se declare improcedente el amparo. En forma subsidiaria de ser considerado procedente el amparo, solicita que el mismo sea negado por no presentarse vulneración de derechos. Al efecto argumentó:

Tanto el artículo 86 Constitucional como el Decreto 2591/91 en su artículo 6 consagran como causales de improcedencia la existencia de otros mecanismo de defensa, y el a quo no precisó por qué la acción ordinaria administrativa no es eficaz. Obvió la literalidad de los artículos 230 y 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normas que traen suficientes herramientas para que en un proceso ordinario se pueda evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

En esas circunstancias, resultaba imposible para la judicatura en sede constitucional estudiar de fondo las pruebas allegadas y los argumentos esbozados por el accionante y la accionada, ya que ello implicaría el desplazamiento del juez administrativo.

La Corte Suprema de Justicia en Sala de tutelas al analizar un caso casi idéntico (persona próxima a pensionarse que estando en un cargo de libre nombramiento y remoción fue desvinculada), en sentencia de febrero 05 de 2015 radicado 77493 reiteró la improcedencia de la tutela –transcribe el aparte pertinente-.

La acción de tutela no puede ser un mecanismo que suplante el sistema judicial ordinario, y por ello solo en casos extremos debe proceder, pero en el presente asunto la UTP demostró que la accionante tiene bienes que le garantizan su congrua subsistencia, aspecto que descarta de plano un perjuicio irremediable, lo cual no fue considerado por el señor juez.

Ahora bien, de tener el Tribunal una lectura diferente que le permita estudiar de fondo el asunto, la decisión a tomar debe ser la negación del amparo porque, contrario a lo advertido por el juzgado de instancia, la exigencia de motivación de los actos administrativos aplica para los cargos de carrera, pero no para los de libre nombramiento y remoción, donde la confianza es lo que demarca el actuar de la administración y justifica la discrecionalidad absoluta –Sentencia T-132/07-.

Como fue confeccionada la sentencia que se ataca, prácticamente se “perpetuó laboralmente” a una persona como si gozara de las prerrogativas de un cargo en propiedad, y de contera se privó infundadamente a otra ciudadana de acceder a la función pública.

- *El apoderado de la señora SOCORRO LEONTES LENIS* pidió que se niegue el amparo invocado por cuanto no se demostró violación de los derechos constitucionales fundamentales cuyo amparo se solicitó, y con ésta se desconoce el precedente jurisprudencial reiterado. Al efecto sostiene:

El a quo confunde la protección de los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera con aquellos que detentan empleos de libre nombramiento y remoción, como el de Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Universidad Tecnológica de Pereira, los cuales difieren no solo en la naturaleza, sino también en la forma de ingreso y retiro, y en la protección legal y por vía de tutela.

Es cierto como lo expone el a quo que la H. Corte Constitucional ha sostenido una tesis en relación con la protección especial que reciben los que ostentan cargos provisionales, pero ello sucede precisamente porque no pueden ser removidos de su cargo con la misma discrecionalidad que quienes ostentan un empleo de libre nombramiento y remoción, ya que no existen una ley que los asimile, y éstos últimos son una excepción dentro de la provisión de empleos, pues son creados de manera específica según el catálogo de funciones del organismo correspondiente para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades.

Ha sido reiterativa la jurisprudencia constitucional por más de una década en cuanto a la facultad discrecional de la administración para nombrar y remover libremente a los empleados que detentan cargos de libre nombramiento y remoción, encontrándose únicamente limitada con el criterio de arbitrariedad, el cual se encuentra prohibido dentro de los cánones constitucionales; por tanto, la administración pública puede válidamente ejercer funciones discrecionales, entre ellas, el retiro del servicio de empleados que tienen esa condición, sin consideración alguna –sentencias SU-250/98, SU-917/10 y SU-053/15-.

En el presente caso la UTP al remover del servicio a la señora **MYRIAM DELGADO PAZ**, quien detentaba un empleo público de libre nombramiento y remoción, no estaba obligada a motivar el acto administrativo en virtud del cual la retira del servicio, de conformidad con lo establecido por los precedentes de unificación del órgano de cierre en materia constitucional, el cual fue desconocido por el fallador, y por tanto fue un error ordenar de manera transitoria la cesación de los efectos del acto administrativo que retira del servicio a la accionante.

Aunque se desconozcan los precedentes jurisprudenciales en mención, hay lugar a sostener que si la posición del señor juez de primer grado era que ese acto se tenía que motivar, la regla a seguir debió ser entonces ordenar al accionado, partiendo de la base de que la accionante tenía el derecho a conocer los motivos que tuvo su nominador para proceder a retirarla del servicio, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo que amparó el debido proceso se procediera a motivar en debida forma el acto administrativo en virtud del cual se les desvinculó del servicio, pero nunca el reintegro.

- *El apoderado de la accionante* señaló que la atención no puede desviarse a lo argumentado por los recurrentes respecto a que por parte del juez de primer nivel se confundió la protección de los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera y los que detentan cargos de libre nombramiento y remoción, puesto que desde la demanda se tiene claridad en cuanto a que su representada se desempeñaba en un cargo de libre nombramiento y remoción, y su estabilidad laboral era inversamente proporcional al alto grado de discrecionalidad de su nominador; por tanto, no se reprocha la falta de motivación del acto administrativo, aunque se respeta el criterio del juez de primer nivel que sí la echó de menos, y acertó en la protección concedida.

El eje central del debate radica en que las razones detrás de la declaratoria de insubsistencia son ilegales, por cuanto una cosa es que deban o no consignarse en el acto administrativo, y otra que tengan que existir, ya que la discrecionalidad del nominador no equivale a que tenga el arbitrio de ejercer facultades con desborde de los límites constitucionales -artículo 209 constitucional- y en detrimento de los intereses del empleado, que es lo que precisamente pretende evitar el Decreto 2400/68 al establecer que aunque no se precise la motivación de la insubsistencia, sí debe dejarse la constancia en la hoja de vida de las circunstancias que ocasionaron tal situación.

En consideración a lo anterior, se requiere que la anotación de los motivos que llevaron a esa decisión conste en la hoja de vida, o que de no consignarse expresamente al menos existan elementos en la misma que lo hagan presumir, los cuales acá definitivamente no aparecen, y ni siquiera en la contestación o en la sustentación del recurso se dice algo del desempeño de la señora **DELGADO PAZ**. Ni tampoco se demostró que la nueva funcionaria esté más capacitada, lo que puede establecerse al comparar la hoja de vida -adjunta documentos que acreditan preparación del cargo desempeñado-

Nada aportan las sentencias de unificación referidas por el apoderado inconforme, y al traerse a colación una serie de decisiones que se pretenden se apliquen de una manera descontextualizada, parece estar encaminada a confundir al Tribunal.

Pese a las manifestaciones de la vida personal de la tutelante y respecto de la falta de vulneración del mínimo vital que hicieron los vinculados, se está ante la inminencia de un perjuicio irremediable que se funda en que la accionante tiene 57 años, le faltan dos meses para cumplir la edad para tener derecho a la pensión, y es mujer cabeza de familia por tener a cargo el sostenimiento de sus dos hijas, circunstancias que la convierten en sujeto de especial protección.

Sobre la declaración del patrimonio de la actora se hizo una interpretación equivocada, por cuanto su poderdante es soltera, por tanto de nadie puede deprecarse el deber de solidaridad con ella, y tiene obligaciones con sus descendientes estudiantes como se expuso en la demanda. Así las cosas, sin su sueldo las condiciones de su núcleo familiar en cuanto a la calidad de vida y necesidades básicas quedarían insatisfechas, toda vez que el único ingreso adicional con el que cuenta es un taxi –aporta certificado-, lo cual es insuficiente para el sostenimiento de su familia. Adicionalmente el padre de sus hijas contrajo matrimonio con otra persona –anexa registro civil-, y no aporta “para la absoluta manutención de sus hijas”.

Solicita la confirmación de la sentencia emitida en primera instancia.

5.- POSICIÓN DE LA SALA

Se tiene competencia para decidir la impugnación incoada contra el fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta ciudad, de conformidad con las facultades conferidas en los artículos 86 y 116 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591/91 y 1º del Decreto 1382/00.

**5.1.- Problema jurídico planteado**

Corresponde al Tribunal determinar el grado de acierto o desacierto contenido en el fallo impugnado, en cuanto consideró procedente el amparo impetrado por la señora **MYRIAM DELGADO PAZ**, otorgó la protección invocada de manera transitoria, y ordenó dejar sin efectos la resolución 2250 de agosto 03 de 2016 que la declaró insubsistente del cargo de jefe de oficina Control Interno Disciplinario de la Universidad Tecnológica, y en consecuencia; dispuso su reintegro inmediato. De acuerdo con el resultado, se procederá a tomar la determinación pertinente, ya sea convalidando la decisión, revocándola o modificándola.

**5.2.-** **Solución a la controversia**

La acción de tutela ha sido por excelencia el mecanismo más expedito en materia de protección de derechos fundamentales, gracias a ella el Estado Colombiano logró optimizarlos y hacerlos valer a todas las personas sin discriminación alguna.

La Constitución Política de Colombia en su artículo 86 consagró la acción de tutela como una forma para que las personas puedan reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública, pero la condicionó a que solo procedería cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*.*

En el caso sometido a estudio la ciudadana **MYRIAM DELGADO PAZ** por intermedio de apoderado solicitó la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, a la dignidad humana y al mínimo vital, los cuales estima quebrantados por parte de la Universidad Tecnológica de Pereira, al haber sido declarada insubsistente del cargo que desempeñaba como Jefe de Oficina de Control Interno Disciplinario mediante la Resolución N° 2250 de agosto 03 de 2016, en la que además se nombró en su reemplazo a LUZ SOCORRO LEONTE LENIS, toda vez que a pesar de tratarse de un empleo de libre nombramiento y remoción que no requiere de motivación para adoptar ese tipo de decisiones, no se cumplió con el presupuesto legal de consignar en su hoja de vida las razones que dieron lugar a adoptar esa determinación, tal cual lo exige el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 y como lo ha dispuesto la jurisprudencia atinente al tema.

El fallador de primer nivel consideró que el amparo invocado es procedente por cuanto se conculcó el debido proceso de la actora, debido a que el rector de la Universidad Tecnológica de Pereira no puntualizó en el acto administrativo las razones fácticas y jurídicas que motivaran esa decisión, y tampoco matizó en qué mejoraría el desarrollo de la prestación del servicio de la función pública el destituir a la funcionaria y nombrar en su reemplazo a otra persona; en consecuencia, dejó sin efectos el acto administrativo 2250 de agosto 03 de 2016, y ordenó el reintegro de la accionante al cargo hasta que se dirima el conflicto en la jurisdicción contenciosa administrativa, puesto que la orden quedó supeditada a que la accionante acuda ante la jurisdicción ordinaria dentro del término establecido legalmente, con miras a que se obtenga un pronunciamiento sobre la legalidad y validez definitiva de ese acto.

El rector del claustro educativo accionado, el apoderado de la señora LUZ SOCORRO LEONTES LENIS, y el representante del Ministerio Público, se mostraron inconformes con esa determinación y al unísono solicitaron la revocatoria del fallo, principalmente porque el análisis realizado por el juez acerca del deber de motivar el acto administrativo por medio del cual se declaró la insubsistencia no se ajusta a los postulados legales y jurisprudenciales, ya que pasó por alto la naturaleza de libre nombramiento y remoción del cargo, y en su reemplazo tuvo en consideración aspectos que son predicables de un empleo en provisionalidad, con fundamento en lo cual dejó sin efecto una resolución amparada con presunción de legalidad. Adicionalmente, por cuanto la acción constitucional es improcedente al contar la tutelante con la vía contenciosa administrativa, en la cual puede solicitar medidas cautelares, e incluso la suspensión del acto administrativo.

Para el Tribunal, dígase desde ya, en contraposición a lo determinado por el juez a quo y en consonancia con lo argumentado por los recurrentes, en el presente caso no es viable acceder al amparo deprecado debido a que el mismo se torna improcedente, de conformidad con los siguientes planteamientos:

Lo primero a señalar, es que esta Sala de Decisión y con ponencia de quien ahora ejerce igual función, ya había tenido ocasión de pronunciarse recientemente en un caso similar, instante en el cual se decantó por la tesis según la cual una controversia de esta naturaleza no puede resolverse ante el juez de tutela sino por la vía contenciosa administrativa que le es propia. Textualmente se sostuvo:

“En el caso sometido a estudio la actora solicitó la defensa de sus derechos fundamentales al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada, y pidió en consecuencia se ordene a la Gobernación la reintegre y reubique con las mismas garantías y derechos que tenía como empleada de esa entidad antes de ser declarada insubsistente, así como el pago de los salarios dejados de percibir, la seguridad social y la indemnización pertinente.

Para la Colegiatura, tal como lo concluyó el juez a quo, el amparo invocado no resulta procedente por cuanto es claro que existe la vía ordinaria para dirimir conflictos como el planteado por la quejosa, y la acción de tutela no está llamada a prosperar cuando se cuenta con otros mecanismos de defensa, a menos que se utilice de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable, situación que para la Sala no está acreditada en este caso.

[…]

De lo antes mencionado se observa que la inconformidad de la actora se circunscribe al acto administrativo proferido por el Gobernador del Risaralda -Decreto 0160 de febrero 5 de 2016- por medio del cual se declaró insubsistente, con miras a lograr el reintegro a la actividad que desempeñaba, lo que comporta a predicar, como así lo consideró el a quo, que en este caso la tutela no puede ser utilizada como mecanismo transitorio porque la situación fáctica con fundamento en la cual avizora la accionante que se quebrantan sus derechos, está relacionada principalmente con una controversia laboral.

Frente a dicho tópico se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en los siguientes y precisos términos:

“Respecto de la procedencia de la acción de tutela para efectos de ordenar el reintegro, es importante resaltar que, en principio, los jueces no pueden admitir el trámite de la acción constitucional para resolver este tipo de pretensiones, toda vez que es competencia de la jurisdicción laboral, estudiar a fondo las circunstancias que rodean una desvinculación, para posteriormente determinar si se ajusta a los requisitos determinados en el Código sustantivo del Trabajo o si, por el contrario, es procedente el reintegro.

Sin embargo, en aras de garantizar los derechos de las personas que, por su situación personal, gozan de una especial protección constitucional, la línea jurisprudencial de esta Corporación, ha admitido que, cuando se evidencia que el despido tuvo lugar *con ocasión de su estado personal como es el caso de las personas con disminución en su estado de salud, como factores de clara discriminación y sin atender los requisitos para la legalidad del mismo, entonces debe decirse que la acción de tutela se torna idónea para resolver el asunto.[[1]](#footnote-1)” [[2]](#footnote-2)*

En este caso se vislumbra que si bien la señora **LUZ MIRYAM** presenta unas patologías de tiempo atrás, éstas no fueron las que conllevaron al ente territorial a dar por concluida la relación de trabajo, y por ende mucho menos se puede pregonar que por su condición médica sea acreedora a la “estabilidad laboral reforzada” que ahora predica, en cuanto sus padecimientos no fueron el sustento para la insubsistencia sino que ello obedeció a la facultad discrecional con la que cuenta el nominador para designar en dicho puesto a alguien de su entera confianza.

[…] Lo que trae consigo una variación en la nómina de personal, en especial de quienes ocupan puestos de dirección, confianza y manejo, cuya vinculación es de libre nombramiento y remoción. Situación que a su vez implica que en cualquier momento de la relación laboral se pueda prescindir de sus servicios sin necesidad de sustento alguno, como así lo ha referido la Corte Constitucional. Obsérvese:

**“2.1.1**. Así, en principio, todos los actos administrativos por medio de los cuales se desvincula a una persona de su cargo deben motivarse. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación[[3]](#footnote-3) ha reconocido que la exigencia de motivar los actos administrativos, en cuanto al retiro del servicio, admite excepciones, una de las cuales es, justamente, la relativa a los **cargos de libre nombramiento y remoción**, en tanto que, la declaratoria de insubsistencia (Decreto 1950 de 1973, artículo 107) responde a “*la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados”.*

[…]

[…] es claro que **los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida en que la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza**. En consecuencia, la no motivación de estos actos es una excepción al principio general de publicidad, sin que con ello se vulnere ningún derecho fundamental, siempre y cuando no se produzca arbitrariedad.*”* [[4]](#footnote-4)

[…] No observa la Sala por tanto la existencia de un perjuicio irremediable que haga necesaria la intervención del juez constitucional en procura de salvaguardar los derechos presuntamente conculcados, máxime cuando es evidente que el conflicto sometido a consideración escapa a su competencia, en cuanto en el mismo no están involucrados únicamente los intereses de la actora, sino también los de la accionada; en consecuencia, para saber a ciencia cierta y de manera contundente si en verdad le asiste razón a una parte o a la otra en sus aseveraciones, se requiere un estudio minucioso del caso singular, aunado a un amplio debate probatorio en el que se involucren en debida forma los interesados para que puedan ejercer el derecho de contradicción, lo cual no puede hacerse en el trámite de una acción sumaria como esta, porque es obvio que su restringido término lo impide. De modo que para este asunto el medio idóneo no resulta ser la tutela sino un proceso ante la jurisdicción contencioso administrativa en materia laboral”.[[5]](#footnote-5)

La fuerza de ese precedente horizontal se impone dado que el Tribunal se ve en la obligación de mantener su postura en pro de la seguridad jurídica y de la igualdad material. Y ese tiene que ser el método a seguir, habida consideración a que según el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, es una obligación de rango superior por parte de los jueces unipersonales y colegiados, respetar sus propias determinaciones. Puntualmente dijo la alta Corporación:

“El precedente horizontal […] hace referencia al deber de las autoridades judiciales de ser consistentes con las decisiones por ellas mismas adoptadas, de manera que casos con supuestos fácticos similares sean resueltos bajo las mismas fórmulas de juicio, a menos que expongan razones suficientes para decidir en sentido contrario.

Ello deriva no solo 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”.**[[6]](#footnote-6)**

Para el Tribunal entonces, existe una exigencia ética en el principio de confianza en las decisiones judiciales, que nos impone abordar el tema desde el punto de vista que ya se tenía decantado, salvo que la situación concreta nos obligue a replantear el precedente para adoptar un rumbo diferente, caso en el cual, será nuestro deber decirlo así expresamente. Y ocurre que la situación que ahora es objeto de análisis lamentablemente no constituye una excepción a esa regla, a consecuencia de lo cual la decisión que acá se impone debe ser igual a la asumida en otras determinaciones en casos anteriores.

Así lo aseguramos, porque a juicio de esta Corporación el juez de primer nivel se equivocó al disponer el reintegro previa aniquilación del acto administrativo que declaró la insubsistencia, toda vez que para llegar a esa conclusión el funcionario incurrió en varias contradicciones sustanciales. Basta decir que mezcló indebidamente las reglas atinentes a los cargos en provisionalidad, con aquellas otras que regulan los cargos de libre nombramiento y remoción, y por esa vía concluyó, repetimos erradamente, que la declaratoria de insubsistencia que aquí es objeto de controversia tenía que ser motivada. Como fácilmente se aprecia, esa confusión que tuvo el a quo lo llevó a trasladar a un cargo de libre nombramiento y remoción una estabilidad que no se encuentra establecida e impuso unas cargas que igualmente no están consagradas.

Olvidó el funcionario de instancia, que al decir de la línea jurisprudencial imperante, los actos administrativos que declaran la insubsistencia de empleados con categoría de libre nombramiento y remoción no requieren motivación, en tanto lo que se tiene establecido son las anotaciones en la hoja de vida que es algo sustancialmente diferente.

No podía por tanto el funcionario de instancia negarle validez a ese acto con pretermisión del proceso contencioso administrativo, so pretexto de una supuesta infracción a normas vigentes basada en la no motivación del acto.

Lo anterior es claro si en cuenta se tiene lo establecido en diversos pronunciamientos del órgano de cierre en materia constitucional, el último de los cuales señala textualmente lo siguiente:

“Ahora bien, en aras de evitar la arbitrariedad en la insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción, el artículo 26 del Decreto ley 2400 de 1968 “por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”, **consagró la obligación de dejar constancia en la hoja de vida de los empleados que no pertenecen a la carrera, de las causas que motivan la insubsistencia.** Dice la norma:

“El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, **sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida**. (…)”

La Corte al declarar la exequibilidad de esta norma señaló:

“El artículo 26 del decreto Ley 2400 de 1968, leído íntegramente indica que en la respectiva hoja de vida del funcionario desvinculado, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que ocasionaron su retiro. Esta prescripción aleja a la facultad discrecional que se contiene en la norma, de la posibilidad de ejercerse en forma caprichosa o arbitraria, al ordenar dejar constancia **posterior**, aunque sumaria, de la motivación que condujo a la decisión de declarar insubsistente al funcionario. Por ello, el sentido completo del artículo 26 consiste en indicar que **la providencia que ordena la desvinculación no tiene que expresar dentro de su propio texto la motivación de tal decisión, no obstante lo cual debe dejarse constancia de ella en la hoja de vida del servidor público**. Así, el funcionario desvinculado puede conocer las razones que llevaron a declarar la insubsistencia de su designación, y si estima que ellas configuran una arbitrariedad, un abuso o una desviación de poder, ejercer los medios de defensa judicial a su alcance. (…) De esta manera, la lectura completa de la disposición acusada, lleva a concluir sobre su exequibilidad. **No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda**. No hay en este caso, excepción al principio de publicidad de los actos administrativos, pues el interesado puede conocer la motivación que originó su retiro.”[[7]](#footnote-7) [Subrayas fuera de texto].

[…]

En consecuencia, según la jurisprudencia de esta Corporación y del Consejo de Estado, la facultad de declarar insubsistente a los empleados de libre nombramiento y remoción no es absoluta, toda vez que en un Estado constitucional de derecho no existen poderes absolutos al encontrarse limitados por los valores, principios y derechos constitucionales. Los límites establecidos a las facultades discrecionales están dados en que la medida debe adecuarse a los fines de la norma, del Estado y de la función administrativa, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. De ello deberá dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario de manera suficiente, concreta, cierta y concurrente al acto que origina el despido, sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos. Lo anterior, sin perjuicio de que la entidad proceda a motivar directamente el acto administrativo, lo cual solo sería solo una muestra del apego a los lineamientos de la Constitución. Para la Corte este razonamiento resulta indefectiblemente extensible al régimen de la Fiscalía General de la Nación, como una garantía mínima de todo trabajador vinculado en un cargo de libre nombramiento y remoción”. [[8]](#footnote-8)

Entiende el Tribunal que está sumamente claro que el acto administrativo que declara la insubsistencia en un cargo de libre nombramiento y remoción no tiene que estar motivado; pero igualmente está claro, que la obligación consiste en dejar constancia de las causas que motivaron el retiro en la hoja de vida, lo cual, repetimos, es sustancialmente diferente a la motivación del propia acto de insubsistencia.

Lo que sucede, y he aquí lo trascendente del asunto, es que al tenor del citado fallo de constitucionalidad esa constancia en la hoja de vida puede ser **POSTERIOR** y no necesariamente coetánea o simultánea con el acto de desvinculación. Y si ello es así, como en efecto lo es, entonces de igual modo comprende la Colegiatura que no solo era inviable que el juez a quo procediera a negar validez a la Resolución que ordenó la desvinculación, sino que además no hay lugar a sostener que por vía de tutela se exija de inmediato una tal constancia en la hoja de vida de parte de la autoridad, cuando se sabe que el incumplimiento a esa obligación de parte del superior acarrea precisamente las consecuencias judiciales pertinentes ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Así las cosas y de acuerdo con el principio de subsidiariedad que caracteriza la acción de tutela, la procedencia de esta vía judicial excepcional está supeditada al agotamiento previo de las instancias judiciales ordinarias con que cuenta el interesado, y solo ante la inexistencia o inoperancia de esas vías judiciales, es posible acudir a la acción constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Al respecto, la H. Corte Constitucional en sentencia T-629/08 expresó:

“[…] **4.2** **Partiendo del principio de subsidiariedad que caracteriza a la acción de tutela, la procedencia de esta vía judicial excepcional está supeditada al agotamiento previo de las otras vías judiciales ordinarias con que cuente el interesado**, y que sólo ante la inexistencia o inoperancia de esas vías judiciales, es posible acudir a la acción constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

“El sentido de la norma es el de subrayar el carácter supletorio del mecanismo, es decir, que **la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales** debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. **No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico**”.[...]” (negrillas fuera de texto).*[[9]](#footnote-9)*

En esas condiciones, no puede pasarse por alto que para la controversia del asunto aquí planteado, la parte accionante cuenta indudablemente con la vía contencioso administrativa por intermedio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, trámite dentro del cual, de conformidad con lo establecido en los artículos 138, 229 y 230 del Código Contencioso Administrativo, puede solicitar desde el auto admisorio de la demanda las medidas que considere pertinentes, entre ellas, la suspensión del acto administrativo que considera atentatorio de sus derechos fundamentales[[10]](#footnote-10).

De acuerdo con lo anterior, en el presente evento no puede utilizarse la acción de tutela en forma transitoria porque el medio judicial con el que cuenta la actora es idóneo y eficaz, y por ello no es posible trasladar la competencia de un asunto que debe ser analizado por el juez natural para efectos de determinar si se dan los presupuestos para dejar sin validez un acto administrativo que se encuentra amparado por la presunción de legalidad.

Adicionalmente, no se acreditó en forma contundente lo atinente al perjuicio irremediable, porque lo predicado por la parte accionante en ese sentido y soportado en documentos que fueron adjuntados con la demanda y al pronunciamiento en condición de no recurrente, no es diáfano y contundente, ya que las demás partes allegaron pruebas en contrario que contrastan con sus manifestaciones respecto de la afectación del mínimo vital.

Lo dicho, con mayor razón, cuando tampoco está clara aquella aseveración según la cual la afectada tiene la condición de pre-pensionable con fundamento en que le faltaban dos meses que ya fueron superados. Y cuando ha sido el Consejo de Estado quien en sus pronunciamientos ha dejado definido que la expectativa pensional del empleado no limita la facultad discrecional del nominador de declarar la insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remocion. Textualmente se sostuvo:

“Así las cosas, la sola condición de estar próximo a consolidar el estatus pensional no tiene el alcance de enervar la facultad discrecional con que cuenta la administración para retirar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción, mediante la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, la cual en todo caso deberá ser ejercida bajo la estricta regla consagrada en el artículo 44 del CPACA, es decir, ser adecuada los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, buscando armonizar la protección especial del servidor público que está próximo a cumplir los requisitos de su pensión con la finalidad del buen servicio público.

Bajo estos supuestos, la Sala confirmará la decisión del Tribunal en cuanto consideró que el nominador estaba facultado legalmente para proceder al retiro por declaratoria de insubsistencia del cargo desempeñado por el actor, toda vez que ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, decisión que se presume expedida en aras del buen servicio; además, teniendo en cuenta que en el presente caso el demandante no se encontraba dentro de los supuestos facticos de la protección laboral reforzada concebida para los sujetos que están próximos a pensionarse, toda vez que al momento de su retiro del servicio ya había consolidado el estatus pensional por el cumplimiento de los requisitos legales”. [[11]](#footnote-11)

Acorde con los argumentos esbozados en precedencia, esta Corporación revocará la sentencia dictada por la primera instancia y en su lugar se declarará improcedente el amparo invocado.

6.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y la ley,

FALLA

**PRIMERO: SE REVOCA** la sentencia de tutela objeto de este proferimiento, y en consecuencia **SE DECLARA IMPROCEDENTE** el amparo deprecado de conformidad con los argumentos expuestos en el cuerpo motivo de esta providencia.

**SEGUNDO:** Por secretaría se remitirá el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

1. Corte Constitucional, Sentencia T-190 de 2012 [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional, Sentencia T-348 de 2014 [↑](#footnote-ref-2)
3. Entre otras, ver las Sentencias T-222 del 10 de marzo de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y C-292 del 16 de marzo de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional, Sentencia T-686 de septiembre 11 de 2014. [↑](#footnote-ref-4)
5. Cfr. Tribunal Superior, Sala Penal, sentencia tutela de mayo 10 de 2016, rad. 6600131180012041600036-1, M.P. Jorge Arturo Castaño Duque [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional, Sentencia T-049 del primero de febrero de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia C-734 de 2000. En el mismo sentido puede verse la sentencia T-064 de 2007 en donde se afirmó: “la Corte Constitucional ha señalado que aún en estas situaciones excepcionales, donde no se requiere expresar los motivos del acto, ello no significa que no deban existir razones suficientes para la expedición del mismo, ya que la ausencia de éstas sería equiparable con el concepto de arbitrariedad en la actuación. Así, por ejemplo, la Corte ha señalado que, en el caso de los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción -los cuales constituyen una excepción al principio general de motivación que encuentra soporte en normas superiores y en el hecho de que la provisión de dichos empleos supone la consideración, principalmente, de razones de tipo personal o de confianza- resulta necesario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, que la autoridad administrativa deje constancia del hecho y de las causas que ocasionaron la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en la respectiva hoja de vida, con lo cual, conforme lo ha establecido esta Corporación, se garantiza que el afectado pueda conocer los motivos que impulsaron a la Administración a adoptar tal decisión y se evita la arbitrariedad en dichas actuaciones.” [↑](#footnote-ref-7)
8. Cfr. Sentencia T-372/12 [↑](#footnote-ref-8)
9. Pronunciamiento que se encuentra respaldo en la Sentencia SU-772/14. [↑](#footnote-ref-9)
10. Medio de defensa que se ha considerado idóneo al tenor de lo analizado por la Corte Constitucional que se recuerde desde la Sentencia T-533/98, cuando textualmente se anunció: “[…] La suspensión provisional resulta ser un trámite pronto y por lo mismo no menos eficaz que la vía de tutela […]”. [↑](#footnote-ref-10)
11. Cfr. Consejo de Estado, sentencia de febrero 29 de 2016, bajo el radicado 050012333000201200285-01 y número interno 3685-2013, C.P. Gerardo Arenas Monsalve. [↑](#footnote-ref-11)