

Sentencia T-205-09

Referencia: expediente T-2050305

Acción de tutela interpuesta por Ebro Rafael Verdeza Pacheco contra el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil nueve (2009).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Clara Elena Reales Gutiérrez y Juan Carlos Henao Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos emitidos por el Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico y por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en la acción de tutela instaurada por Ebro Rafael Verdeza Pacheco contra el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-.

I. ANTECEDENTES.

El señor Ebro Rafael Verdeza Pacheco interpone acción de tutela en contra del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, a la seguridad social, a la igualdad y al trabajo. Solicita que, como medida transitoria, se ordene a la entidad accionada el reintegro al cargo del cual fue declarado insubsistente, la vinculación inmediata al sistema de seguridad social en salud y el pago de los salarios dejados de percibir desde cuando se produjo la desvinculación, hasta tanto la jurisdicción contencioso administrativa se pronuncie al respecto de la legalidad de la resolución que ordenó la insubsistencia sin motivación alguna.

1. Hechos.

Para fundamentar su solicitud, presentada el día 25 de febrero de 2008, el accionante relata los siguientes hechos:

1.1. El señor Ebro Rafael Verdeza Pacheco prestó sus servicios al Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- en la ciudad de Bogotá desde el 20 de enero de 1989 y mediante Resolución número 3122 de agosto 22 de 1991 fue inscrito en el régimen especial de carrera de esa entidad.

1.2. Señala el actor que el 18 de marzo de 2006 fue sometido a una prueba poligráfica mediante la cual se pretendía evaluar su grado de responsabilidad frente a “unos presuntos hechos irregulares de orden penal y disciplinario”, violándole con ello sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, pues asegura fue casi como obligarlo a declarar en su contra.

1.3. Posteriormente, cuando desempeñaba el cargo de Detective Profesional 207-09 de la Planta Global Área Operativa, a través de la Resolución número 0902 del 8 de agosto de 2007 fue retirado del servicio por facultad discrecional del nominador, sin que mediara ningún tipo de motivación al respecto. Agrega el accionante que al momento del retiro completó un tiempo de servicio de 18 años y 4 meses en dicha institución.

1.4. Manifiesta que en acción de nulidad y restablecimiento del derecho demandó la resolución número 0902 de agosto de 2007, demanda que correspondió por reparto al Juzgado 12 Administrativo de Barranquilla.

1.5. Sostiene el actor que es padre cabeza de familia con dos hijos, su conyugue no trabaja y debido a sus 44 años de edad le ha sido muy difícil conseguir un trabajo, por lo que no dispone de otros recursos con los cuales subsistir.

2. Respuesta de la empresa demandada.

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- dio respuesta a la acción de tutela oponiéndose a su prosperidad en los siguientes términos.

Afirma que el acto administrativo mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Ebro Rafael Verdeza Pacheco fue expedido por el Director del DAS haciendo uso de la facultad discrecional consagrada en el literal b) del artículo 66 del Decreto Ley 2147 de 1989, razón por la cual no requiere motivación y conserva la presunción de legalidad. Agrega que, sin embargo, ese acto fue debidamente motivado por el nominador en los términos de la Sentencia T-064 de 2007, pues la motivación sumaria que se exige en estos casos se surtió cuando se indicó de manera expresa que la desvinculación se hacía “por razones de inconveniencia para su permanencia en la Institución”.

Por otra parte, indica que la acción de tutela es improcedente, en virtud de que el actor cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, mecanismo idóneo de defensa judicial para controvertir la legalidad del acto administrativo que lo declaró insubsistente y que además puede solicitar en el mencionado proceso como medida cautelar la suspensión provisional del acto administrativo. Es decir, que en este caso la acción de tutela no reúne el requisito de ser un medio procesal subsidiario.

Igualmente señala que, siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional, no se cumple con el requisito de la inmediatez, toda vez que el accionante acudió ante la jurisdicción constitucional después de haber transcurrido aproximadamente 180 días desde la fecha de expedición del acto administrativo que declaró la insubsistencia de su nombramiento.

Sostiene que por vía de tutela no procede la suspensión provisional de actos administrativos, pues ello, según lo establece el artículo 238 Superior, compete a la jurisdicción contencioso administrativa.

Finalmente, expone que, tomando como fundamento lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 y en el artículo 1 del Decreto 306 de 1992, no hay perjuicio irremediable, pues el accionante pudo solicitar a la autoridad judicial competente que se dispusiera el restablecimiento del derecho.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

1. Primera Instancia.

El Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico, Sala Jurisdiccional Disciplinaria de Decisión, mediante fallo del 13 de marzo de 2008, resolvió tutelar, como mecanismo transitorio, los derechos fundamentales del señor Ebro Rafael Verdeza Pacheco y ordenó al Director del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación, reintegrara al accionante a un cargo de igual o superior categoría al que venía ocupando y le cancelara los salarios dejados de percibir desde la desvinculación, mientras la jurisdicción contencioso administrativa decide la demanda correspondiente. La parte motiva de esa providencia aclara que el derecho amparado es el debido proceso.

Para tomar esas decisiones el Consejo tuvo en cuenta que la acción de tutela es procedente en este caso como mecanismo transitorio, mientras la Jurisdicción Contencioso Administrativa resuelve la correspondiente demanda instaurada por el señor Ebro Rafael Verdeza Pacheco, pues se encuentra demostrado igualmente que éste último es persona de 44 años de edad, carente de recursos económicos, especialmente protegida por ser padre cabeza de familia que debe sostener en todo sentido a su cónyuge, quien no trabaja, y a sus hijos, por lo cual está sufriendo un perjuicio irremediable con la desvinculación del empleo que tenía en el DAS.

Considera que el accionante se encontraba inscrito en el régimen especial de carrera administrativa del DAS, en el cargo de Detective Profesional 207-09 de la Planta Global Área Operativa, habiendo sido declarado insubsistente por Resolución número 0902 del 8 de agosto de 2007 “por razones de inconveniencia para su permanencia en la Institución”, expresión ésta que no puede tenerse como una motivación siquiera sumaria, ya que, si bien el artículo 66 del Decreto 2147 de 1989 otorga al señor Director del DAS la facultad discrecional para declarar insubsistentes a servidores que se encuentren inscritos en el régimen especial de carrera administrativa, esa discrecionalidad no lo exime de la obligación general de motivar los actos administrativos que profiera en razón de esa facultad, aunque sea de manera sumaria, como lo determinó la Corte Constitucional en Sentencia T-064 de 2007. Concluye que por esas razones la resolución que declaró la insubsistencia del accionante vulnera sus derechos fundamentales.

2. Impugnación.

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- impugnó oportunamente la decisión de primera instancia para que se revocara y, en su lugar, se negara la tutela por improcedente, teniendo en cuenta los argumentos expuestos en la contestación de la acción. Además, porque la sentencia cuestionada constituye vía de hecho por desconocer la jurisprudencia constitucional y los precedentes judiciales de diferentes tribunales del país en el sentido de que la acción de tutela no es procedente para suspender los efectos jurídicos de los actos administrativos, pues esa competencia corresponde constitucional y legalmente a la jurisdicción contencioso administrativa; porque la acción de tutela no es subsidiaria ni residual, ya que el accionante dispone de la vía contencioso administrativa para adelantar acción de nulidad de la resolución por la cual fue declarado insubsistente, con restablecimiento del derecho, pudiendo solicitar como medida cautelar la suspensión de los efectos jurídicos de ese acto administrativo.

3. Segunda Instancia.

El Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en providencia del 4 de mayo de 2008, resolvió revocar el fallo de primera instancia y declarar improcedente la acción de tutela, por considerar que ésta en el presente caso no es subsidiaria y residual, porque el accionante dispone de otro medio de defensa judicial, como es la jurisdicción contencioso administrativa, a la cual efectivamente afirma ya acudió con el fin de controvertir la legalidad de la Resolución número 0902 del 8 de agosto de 2007, emitida por el Director del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, que es también lo que pretende con la acción de tutela.

Agrega el Consejo Superior que el actor tampoco ha demostrado la existencia de un perjuicio irremediable, con las características de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad, como lo exige la jurisprudencia constitucional. Por el contrario, la afectación del mínimo vital que alega queda desvirtuada con la posibilidad que tiene de acudir a la justicia de lo contencioso administrativo para pedir el restablecimiento de sus derechos fundamentales que dice están siendo vulnerados, pudiendo inclusive solicitar en ese procedimiento la cesación anticipada de los efectos jurídicos del acto administrativo que cuestiona mediante la suspensión provisional del mismo.

4. Pruebas.

A continuación se relacionan las pruebas que reposan en el expediente:

* Copia de la Resolución número D.3122 del 22 de agosto de 1991, por medio de la cual se inscribió en el régimen especial de carrera del DAS al señor Ebro Rafael Verdeza Pacheco, en el cargo de Detective Agente grado 05 (fls. 10).

* Copia de la Resolución número 0902 del 8 de agosto de 2007, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Ebro Rafael Verdeza Pacheco en el cargo de Detective Profesional 207-09 de la Planta Global Área Operativa, asignado a la Seccional Atlántico (fl. 7).

* Copia del memorando número 160843 del 8 de agosto de 2007, dirigido por el Coordinador Grupo Administrativo de Personal al Director Seccional DAS Atlántico comunicándole el contenido de la anterior resolución y, solicitándole informar y entregar copia del acto administrativo de desvinculación al señor Ebro Rafael Verdeza Pacheco (fl. 8).

* Copia del acta de notificación de fecha 13 de agosto de 2007, en la que se le notifica personalmente al señor Ebro Rafael Verdeza Pacheco la resolución número 0902 del 8 de agosto de 2007 (fl. 9).

* Copia del acta de fecha 13 de diciembre de 2007 en la cual consta que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por Ebro Rafael Verdeza Pacheco fue repartida al Juzgado 12 Administrativo de Barranquilla (fl. 29)

* Copia de la certificación de Contrainteligencia de mayo de 2007 en la que consta que la permanencia del funcionario Ebro Rafael Verdeza Pacheco resulta inconveniente por razones de seguridad (fl. 59).

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

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

2. Planteamiento del problema jurídico.

El señor Ebro Rafael Verdeza Pacheco considera que el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- vulneró sus derechos fundamentales al declararlo insubsistente del cargo que ocupaba como Detective Profesional 207-09 de la Planta Global Área Operativa en esa entidad, sin dar a conocer las causas o razones que motivaron tal declaratoria. En consecuencia, solicita que se conceda la acción de tutela como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable y que se ordene a la entidad demandada su reintegro y el pago de los salarios dejados de percibir desde cuando se produjo la desvinculación.

Por su parte, el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- considera que el acto administrativo mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Ebro Rafael Verdeza Pacheco fue expedido por el Director de la entidad haciendo uso de la facultad discrecional consagrada en el literal b) del artículo 66 del Decreto Ley 2147 de 1989, razón por la cual no requiere motivación y conserva la presunción de legalidad. Agrega que, a pesar de esto, dicho acto fue debidamente motivado por el nominador en los términos de la Sentencia T-064 de 2007, pues la motivación sumaria que se exige en estos casos se surtió cuando se indicó de manera expresa que la desvinculación se hacía “por razones de inconveniencia para su permanencia en la Institución”. Adicionalmente, indica que la acción de tutela es improcedente, en virtud de que el actor cuenta con otro medio de defensa judicial para controvertir la legalidad del acto administrativo que lo declaró insubsistente y porque no se cumple con el requisito de inmediatez.

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala determinar (i) si el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- vulneró el derecho al debido proceso y a la defensa del señor Ebro Rafael Verdeza Pacheco al desvincularlo de un cargo de régimen especial de carrera mediante un acto administrativo no motivado y, si ello es así, (ii) si la acción de tutela es procedente para solicitar el reintegro al cargo de régimen especial de

carrera del cual fue desvinculado el accionante y/o para solicitar la motivación de dicho acto administrativo, cuando ya se haya incoado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa.

3. Facultades discrecionales de la Administración Pública y sus límites.

El artículo 121 de la Constitución Política expresa que ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley. Esta disposición obliga a que las actuaciones administrativas estén reguladas en la ley y los reglamentos. Sin embargo, hay casos en que es necesario que la misma ley excepcionalmente faculte a los funcionarios para obrar discrecionalmente, para tomar decisiones o abstenerse de hacerlo, para apreciar o juzgar circunstancias de hecho, de oportunidad y conveniencia. Pero esa discrecionalidad no puede ser absoluta, sino relativa, en orden a garantizar la responsabilidad del Estado Social de Derecho y de sus funcionarios¹.

La Corte Constitucional ha sostenido que la discrecionalidad absoluta puede confundirse con la arbitrariedad y el capricho del funcionario, mientras que la discrecionalidad relativa le permite a este último apreciar las circunstancias de hecho, la oportunidad y conveniencia dentro de las finalidades inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la disposición que autoriza la decisión discrecional. Así lo sostuvo en Sentencia C-734 de 20002, al indicar:

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

La Corte ha precisado también que la decisión discrecional debe adecuarse a los fines de la norma que autoriza la facultad discrecional y guardar proporcionalidad con los

hechos que le sirvieron de causa³. Queda así claro que la discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley no es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario.

4. Los actos administrativos de desvinculación de funcionarios públicos inscritos en el régimen especial de carrera del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, proferidos en ejercicio de facultades discrecionales, deben ser motivados.

4.1. Según el artículo 209 de la Constitución Política, la función pública se desarrolla con fundamento en el principio de publicidad, entre otros.

Por su parte, el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo dispone que las decisiones administrativas deben ser motivadas al menos de forma sumaria, cuando afectan a particulares.

Teniendo como fundamento estas disposiciones, la Corte Constitucional ha reiterado la importancia de la motivación de los actos administrativos para que los destinatarios de éstos puedan conocer las razones de la Administración cuando resultan afectados sus intereses⁴. Ha sostenido que, por regla general, los actos administrativos deben expresar los motivos o causas que los sustentan, puesto que de esa forma se le da una información al juez que ejerce el control jurídico de esos actos, verificando si se ajustan al orden jurídico y si corresponden a los fines precisados en él⁵. Pero la Corte también ha señalado que ese deber general de motivar los actos administrativos tiene las excepciones consagradas expresamente en la ley. Sobre este aspecto, en Sentencia C-371 de 1996, expreso:

“Si en el Estado de Derecho ningún funcionario puede actuar por fuera de la competencia que le fija con antelación el ordenamiento jurídico, ni es admisible tampoco que quien ejerce autoridad exceda los términos de las precisas funciones que le corresponden, ni que omita el cumplimiento de los deberes que en su condición de tal le han sido constitucional o legalmente asignados (arts. 122, 123, 124 y 209 C.P., entre otros), de manera tal que el servidor público responde tanto por infringir la Constitución y las leyes como por exceso o defecto en el desempeño de su actividad (art. 6 C.P.), todo lo cual significa que en sus decisiones no puede verse reflejado su capricho o su deseo sino la realización de los valores jurídicos que el sistema ha señalado con antelación, es

apenas una consecuencia lógica la de que esté obligado a exponer de manera exacta cuál es el fundamento jurídico y fáctico de sus resoluciones. Estas quedan sometidas al escrutinio posterior de los jueces, en defensa de los administrados y como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la sociedad.

(...) Todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna. Y, si los hubiere, carecen de validez, según declaración que en cada evento hará la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la sanción aplicable al funcionario, precisamente en los términos de la disposición examinada". (Subrayado Fuera de texto).

La Corte ha aclarado que, aún en esos casos legalmente exceptivos, como la desvinculación de empleados de libre nombramiento y remoción, según lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, se hace necesario que la autoridad administrativa haga constar en la respectiva hoja de vida los hechos y las razones que causan la declaratoria de insubsistencia sin motivación, evitando así la arbitrariedad en esas decisiones⁷.

4.2. En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en la Ley 43 de 1988, el Presidente de la República dictó los Decretos 2146 de 1989 "Por el cual se expide el régimen de administración de personal de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad" y 2147 de 1989 "Por el cual se expide el régimen de carrera de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad". El artículo 2 del Decreto 2146 de 1989 dispone que:

"[L]os empleos en el Departamento Administrativo de Seguridad, según su naturaleza y la forma como deben ser provistos, son de libre nombramiento y remoción, de régimen ordinario y de régimen especial de carrera".

Por su parte el artículo 4 de la misma norma establece:

"Son de régimen ordinario de carrera los empleos no señalados como de libre nombramiento y remoción, y de régimen especial de carrera los de Detective en sus diferentes grados.

De otro lado, el artículo 66 del Decreto 2147 de 1989 estipula que la desvinculación de los funcionarios que hacen parte del régimen especial de carrera solamente procede por las siguientes razones:

“a) Haber tenido dentro del mismo año y en lapso superior a un (1) mes dos calificaciones deficientes de servicio, y

b) Cuando el Jefe del Departamento, en ejercicio de facultad discrecional, considere que conviene al Departamento el retiro del funcionario”. (Subrayado fuera de texto original).

Esta Corporación mediante sentencia C-048 de 1997 declaró la exequibilidad del literal b) del artículo precitado, bajo la consideración de que la facultad discrecional con la que cuenta el Director del DAS para declarar la insubsistencia de los nombramientos de funcionarios en cargos de régimen especial de carrera encuentra fundamento en la especial naturaleza de las funciones que ejercen y por las atribuciones a ellos otorgadas. Sin embargo, tal y como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional, ello no significa que el acto de desvinculación en estos casos no deba ser motivado, pues esta clase de actos constituyen una excepción frente al principio general de la motivación de los actos administrativos y por lo tanto deben ser expresamente establecidas por el legislador⁸.

Por otro lado, en Sentencia C-112 de 1999, mediante la cual se fijó el alcance y ámbito de aplicación del artículo 34 del Decreto 2146 de 1989 que consagra la denominada “insubsistencia discrecional”, la Corte señaló:

“En razón de lo expuesto, únicamente queda por analizar el inciso primero del artículo 34 del decreto 2146 de 1989, en el que se autoriza al nominador para declarar, en ejercicio de la facultad discrecional, la insubsistencia, en cualquier momento, del nombramiento ordinario hecho a un empleado del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, sin necesidad de motivar la providencia.

Para efectos de determinar a qué clase de empleos se refiere la norma acusada, es indispensable tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 5 del mismo decreto 2146 de 1989, cuyo texto es éste:

‘Provisión de los empleos. El ingreso al servicio se hará por nombramiento ordinario para los empleos de libre nombramiento y remoción, y por nombramiento en período de prueba o provisional para los de carrera.’ (destaca la Corte)

En consecuencia, ha de entenderse que el inciso acusado alude a los empleos catalogados de libre nombramiento y remoción. Siendo así no encuentra la Corte que se vulnere la Constitución, pues la estabilidad ‘entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo’, es plena para los empleos de carrera pero restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción, ‘pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder’¹⁰”.

De lo anterior se infiere que no existe norma que consagre de manera expresa que en la declaración de insubsistencia del nombramiento de un funcionario en un cargo de régimen especial de carrera el Director del Departamento Administrativo de Seguridad no tenga que motivar el acto administrativo correspondiente, pues tal y como lo estableció esta Corporación en Sentencia C-112 de 1999, el inciso primero del artículo 34 del Decreto 2146 de 1989 que establece la facultad de la autoridad nominadora para declarar la insubsistencia de un empleado del Departamento Administrativo de Seguridad, sin motivar la providencia respectiva, solamente es aplicable a los funcionarios que ejercen cargos de libre nombramiento y remoción¹¹.

En conclusión, (i) el Director del DAS cuenta con la facultad discrecional para declarar la insubsistencia del nombramiento de un funcionario inscrito en un cargo de régimen especial de carrera; (ii) no existe norma que consagre de manera expresa que en esos casos el acto administrativo correspondiente no deba ser motivado; (iii) como quiera que la regla general en materia de actos administrativos es la exigencia de la motivación, los actos mediante los cuales el Director del DAS declare la insubsistencia del nombramiento de un funcionario en un cargo de régimen especial de carrera, en ejercicio de la facultad discrecional establecida en el artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, deben indicar siquiera de manera sumaria las razones y motivos por los cuales se

adoptó tal decisión¹².

5. Improcedencia de la acción de tutela frente a actos administrativos de desvinculación, cuando ya se ha acudido ante la jurisdicción contencioso administrativa para controvertir la legalidad de dicho acto.

5.1. La Corte Constitucional ha señalado en reiteradas oportunidades que, por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo judicial adecuado para solicitar el reintegro al cargo y la indemnización de perjuicios generados como consecuencia de un acto administrativo de desvinculación no motivado de un empleado público que ocupa un cargo de carrera ejercido en provisionalidad, pues para controvertir dicho acto se cuenta con otros medios de defensa judicial, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Sobre el particular, en Sentencia T-343 de 2001, se indicó:

“La acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es el instrumento jurídico específico que puede utilizar el actor para solicitar de la Jurisdicción Contencioso Administrativo la declaratoria de nulidad del acto administrativo; esto es, para plantear su pretensión orientada a la pérdida de su eficacia jurídica por la ocurrencia de un vicio que afecta su validez (ilegalidad, incompetencia, forma irregular, etc..) y que, en consecuencia, se le restablezca en su derecho o se le repare el daño.

Esta acción tiene por objeto la protección directa de los derechos subjetivos de la persona amparados en una norma jurídica y desconocidos por el acto administrativo. En ella se le brindan al actor todas las posibilidades probatorias para que demuestre la ilicitud del acto acusado y logre que se le restablezca en su derecho o se le repare el daño”.

5.2. Esta regla tiene dos excepciones, que se presentan cuando la acción de tutela es interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando la desvinculación constituya una vulneración a la estabilidad laboral reforzada de un sujeto de especial protección constitucional¹³, que justifique la intervención inmediata del juez de tutela. Esta Corporación ha señalado los siguientes criterios de análisis para la procedibilidad de la acción de tutela en estos casos:

“La facultad de ejercer las acciones contencioso administrativas, acompañada de la posibilidad de solicitar que se decrete la suspensión provisional del acto impugnado, hace más cuidadoso y exigente el examen frente al evento de conceder la tutela como mecanismo transitorio, pues la persona interesada además de contar con un mecanismo de defensa judicial ordinario, tiene a su favor el derecho de formular una petición excepcional, eficaz y de pronta solución, como la de suspensión temporal del acto” 14.

Ahora bien, desde la Sentencia T-225 de 1993 la Corte explicó que en la procedencia transitoria de la tutela para evitar un perjuicio irremediable se debe acreditar: (i) que el perjuicio que se alega sea inminente, es decir “que amenaza o está por suceder prontamente”; (ii) que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; (iii) que el perjuicio sea grave, “lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona”; y (iv) que la acción de tutela sea impostergable, “ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad”. La Corte, además, en varias oportunidades ha precisado que el perjuicio irremediable debe ser alegado y estar demostrado dentro del proceso. Al respecto en Sentencia T-128 de 2007 expuso:

“(…) si se alega como perjuicio irremediable la afectación del mínimo vital, la Corte ha señalado que si bien en casos excepcionales es posible presumir su afectación, en general quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de pago de alguna acreencia laboral, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria. Esta Corporación ha reconocido que la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones¹⁵”.

5.3. No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha determinado que, “en materia de actuaciones administrativas discrecionales de la Administración, la observancia estricta de las garantías del debido proceso se convierte en una forma de regular el ejercicio de dichas potestades”¹⁶. Por lo tanto, cuando se desvincula del servicio a un funcionario que ejerce un cargo de carrera en provisionalidad sin que medie motivación, es posible plantearse una pretensión constitucional autónoma, no

para solicitar el reintegro al empleo, sino para que la Administración motive el acto mediante el cual se ordenó la desvinculación, con el propósito de que el afectado con una resolución motivada pueda acudir con el pleno de garantías ante la jurisdicción contencioso administrativa a controvertir la legalidad del acto y de esta forma garantizarle a la persona el derecho fundamental al debido proceso¹⁷.

La Corte Constitucional ha precisado que en estos casos la acción de tutela procede como mecanismo definitivo y principal, ya que si bien existe otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa, ese medio no es idóneo ni eficaz para la protección inmediata del derecho al debido proceso y defensa del accionante, en la medida en que la falta de motivación del acto de desvinculación impide que el actor pueda acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para controvertir de manera efectiva las razones de la autoridad y, en consecuencia, la legalidad del acto correspondiente¹⁸. Sobre este tema, en Sentencia T-1240 de 2004, sostuvo:

“En ese contexto, es claro que no hay mecanismo alternativo de defensa judicial orientado a obtener que la Administración produzca esa motivación, que, como ha dicho la jurisprudencia, resulta indispensable para establecer si ha habido una lesión de los derechos fundamentales. Por consiguiente, resulta en este caso procedente la tutela como mecanismo definitivo, porque la decisión que resuelva que hay lugar al amparo, conduciría a una actuación de la Administración que es autónoma de los procesos contencioso administrativos que podrían suscitarse a partir del acto de desvinculación. En efecto, la orden de protección, en el evento de resultar ella procedente, se orientaría a obtener que la Administración motive el acto de desvinculación, si existe una razón para la misma, caso en el cual se abriría la puerta para que, si la afectada lo considera del caso, acuda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

Ahora bien, la Sala Cuarta de Revisión de esta Corporación, en Sentencia T-064 de 2007, aclaró que las consideraciones que fundamentan la procedencia del mecanismo de amparo constitucional, en el caso de los funcionarios de carrera administrativa nombrados en provisionalidad que son separados del cargo mediante un acto sin motivación, son también aplicables a los actos administrativos de desvinculación de funcionarios públicos inscritos en el régimen especial de carrera del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, proferidos en ejercicio de facultades discrecionales.

5.4. A pesar de lo anterior, la Corte considera necesario precisar que cuando el afectado con el acto administrativo de desvinculación no motivado emplea la acción de tutela buscando su motivación, habiendo acudido previamente ante la jurisdicción contencioso administrativa para controvertir la legalidad de dicho acto, la tutela se torna improcedente. Esta circunstancia se explica al menos por cuatro razones: en primer lugar, porque no se ha visto frustrado el derecho de acceso a la administración de justicia originado en la falta de motivación del acto; en segundo lugar, porque no tendría ninguna relevancia práctica que se ordenara la motivación del acto cuando su propósito era justamente permitir que la persona pudiera utilizar la jurisdicción contencioso administrativa; en tercer lugar, porque en tales circunstancias la protección carece de objeto actual; y, finalmente, porque la actuación del juez de tutela podría interferir en la órbita de competencia funcional del juez administrativo cuando ésta ya se ha activado.

6.1. El señor Ebro Rafael Verdeza Pacheco sostiene que la Resolución número 0902 del 8 de agosto de 2007¹⁹, por medio de la cual el señor Director del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- declaró insubsistente el nombramiento del cargo que estaba desempeñando de Detective Profesional 207-09 de la Planta Global Área Operativa, inscrito en el régimen especial de carrera, carece de motivación y es violatoria de sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa, seguridad social, igualdad y trabajo, por lo cual pide que se amparen y como consecuencia se ordene su reintegro laboral con el pago de salarios y prestaciones sociales.

El Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- considera que, según lo dispuesto en el literal b) del artículo 66 del Decreto Ley 2147 de 1989, el acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento del accionante no requiere motivación; pero que, sin embargo, fue motivado sumariamente como lo exige la Sentencia T-064 de 2007, por cuanto dice que se dicta en ejercicio de la facultad discrecional y “por razones de inconveniencia para su permanencia en la Institución”.

Teniendo en cuenta los hechos, las pruebas y las consideraciones anteriores, la Sala entra a analizar si efectivamente se están vulnerando o amenazando los derechos invocados por el accionante y si hay lugar o no a acceder a las pretensiones de la demanda.

6.2. Pues bien, la Resolución número 0902 del 8 de agosto de 2007 hace estas

consideraciones antes de resolver la declaratoria de insubsistencia:

“EL DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD en uso de sus facultades legales y en especial las que confiere el literal b) artículo 66 del Decreto 2147 de 1989 en armonía con el artículo 1° del Decreto 1679 de 1991 y por razones de inconveniencia para su permanencia en la Institución”.

Es evidente que el solo enunciado del ejercicio de las facultades discrecionales consagradas en el artículo 66, literal b) del Decreto 2147 de 1989 y de inconveniencia para su permanencia en la institución, no constituye una motivación siquiera sumaria, porque, de acuerdo con lo dicho por esta Corporación, la motivación de las resoluciones administrativas consiste en “exponer de manera exacta cual es el fundamento jurídico y fáctico”²⁰, pues “solo mediante un acto administrativo, en el que consten las circunstancias concretas de hecho y de derecho por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, es posible declarar la insubsistencia del cargo(...)”²¹.

Si bien es cierto que la Resolución número 0902 menciona las razones de derecho, no cita, ni enumera las fácticas. Y esa omisión impide que el afectado, en este caso el señor Ebro Rafael Verdeza Pacheco, conozca, aunque sea de manera sumaria cuáles son las razones que tuvo el señor Director del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- para declarar la insubsistencia de su nombramiento con miras a controvertirlas judicialmente en ejercicio de su derecho de defensa. No cabe duda entonces que, en principio, esa falta de motivación de la resolución vulnera el derecho fundamental del debido proceso, en relación con el de defensa, y por lo tanto procedería la acción de tutela como mecanismo directo y definitivo, ordenando al funcionario infractor que motive la resolución, como lo ha señalado esta Corporación en varias oportunidades²².

Sin embargo, a diferencia de otros asuntos revisados por esta Corte²³, este caso se caracteriza porque el afectado con el acto administrativo ya inició (el 13 de diciembre de 2007) acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, con base en la misma Resolución número 0902 del 8 de agosto de 2007. Lo anterior, según se afirma en la acción de tutela²⁴ y lo corrobora la copia del acta de reparto de la demanda²⁵.

En tales condiciones, como fue analizado anteriormente (numeral 5.4), la acción de tutela resulta improcedente para lograr la motivación del acto, como puente para permitir el acceso ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues no se presenta obstrucción del derecho de acceso a la justicia. Además existe carencia actual de objeto para ordenar vía tutela la motivación de la mencionada resolución de insubsistencia, ya que no tendría ninguna relevancia práctica que el juez de tutela ordenara al Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- motivar dicho acto, cuando lo cierto es que el accionante ya hizo uso de esa jurisdicción para controvertir la legalidad del mismo.

En concordancia con lo anterior, la Corte no puede pasar inadvertido que el señor Ebro Rafael Verdeza Pacheco presentó la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, justo sobre el término de 4 meses que tenía para ejercer dicha acción, según lo establece el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, y que tan solo después de más de 2 meses desde la presentación de la acción de nulidad interpuso la acción de tutela, lo que desvirtúa la urgencia en la protección de las garantías constitucionales que el accionante invoca.

6.3. En cuanto hace relación a la pretensión de que se ordene el reintegro laboral y el pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir la Corte reitera en esta ocasión que, como regla general, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro laboral y el pago de salarios y prestaciones sociales, porque el interesado dispone para tal efecto de la acción laboral o de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, que son procedimientos idóneos y eficaces para reclamar esos derechos, a menos que se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable que justifique la utilización de la acción de tutela como mecanismo transitorio, o que la desvinculación constituya vulneración a la estabilidad laboral reforzada de un sujeto de especial protección constitucional. En tal caso el perjuicio irremediable debe reunir las características de inminente, grave, impostergable y que requiera medidas urgentes para evitar el daño o el peligro.

En el caso bajo análisis se tiene que, como ya se anotó, el señor Ebro Rafael Verdeza Pacheco no solo tiene a su disposición la acción de nulidad de la resolución por la cual fue declarado insubsistente el cargo que desempeñaba en el DAS y de restablecimiento del derecho, sino que, como él mismo lo dice en la demanda, ya inició esa acción el 13 de

diciembre del 2007, habiéndole correspondido por reparto al Juzgado 12 Administrativo de Barranquilla, lo que hace improcedente en principio la acción de tutela para tal efecto.

6.4. Por otra parte, se aprecia que la actuación no contiene prueba de la existencia de un perjuicio irremediable, fuera de la simple afirmación del accionante²⁶ y de la copia de la mencionada Resolución número 0902 del 8 de agosto de 2007 que demuestra la cesación laboral en el DAS.

La Sala observa que no existen elementos de juicio que permitan inferir la condición de padre cabeza de familia que alega el actor. Sumado a lo anterior, constata que el señor Ebro Rafael Verdeza Pacheco tiene 44 años de edad, que está en condiciones de trabajar, pues tampoco está demostrado que sea una persona disminuida física o psíquicamente, o que tenga afectada la salud en alguna forma. Por lo que no se advierte que deba ser tenido como sujeto de especial protección constitucional.

En este orden de ideas, no está probado que el perjuicio causado por la declaratoria de insubsistencia sea grave, inminente, impostergable y que requiera de medidas urgentes para evitarlo. Tampoco que se trata de un sujeto de especial protección constitucional. De suerte que la acción de tutela es también improcedente como mecanismo transitorio, lo que lleva a la Sala a confirmar la sentencia objeto de revisión, pero por las razones expuestas en esta sentencia.

6.5. No obstante lo anterior, la Sala advierte que si el accionante llegase a considerar que los fallos dictados por la jurisdicción contencioso administrativa vulneran sus derechos fundamentales, podrá iniciar nuevamente acción de tutela, sin incurrir en temeridad, para reclamar la protección de los mismos, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos en la jurisprudencia para tal fin.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta sentencia, el fallo proferido por

el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, el 4 de mayo de 2008, que revocó la sentencia emitida en este caso por el Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico, de fecha 13 de marzo de 2008, y en su lugar, negó la tutela presentada por el señor Ebro Rafael Verdeza Pacheco.

SEGUNDO.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ

Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencia T-064 de 2007.

2 Sentencia C-734 de 2000. La Corte declaró exequible el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, según el cual “[e]l 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”.

3 Sentencia C-525 de 1995.

5 Sentencia SU-250 de 1998.

6 La Corte declaró exequible las expresiones “al menos en forma sumaria si afecta a particulares”, del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, “en el entendido de que las decisiones que se tomen en materia de derecho de petición, así se motiven tan solo sumariamente, sí deberán resolver el fondo del asunto sometido a consideración y no limitándose la autoridad competente a dar una respuesta formal sobre el trámite o el estado de la solicitud”; y “siquiera sumaria, cuando sea obligatoria”, del artículo 76 del mismo código, en el entendido de que “se entiende que alude a determinados actos que el legislador ha declarado que, por su propia naturaleza, no requieren ser motivados según la amplitud de la atribución conferida a la autoridad, si bien advirtiéndolo que la referencia legal correspondiente ha de ser expresa, taxativa y de interpretación estricta, y que las posibilidades de no motivación de los actos en que así lo autorice la ley no se confunden con la arbitrariedad de la administración, es decir, que su contenido está expuesto a examen judicial para verificar si son conformes o no a la Carta Política, y si los acompaña la racionalidad que a toda determinación oficial se exige”.

7 Sentencia C-734 de 2000.

8 Sentencia T-064 de 2007. En el mismo sentido, ver Sentencia T-829 de 2008.

9 La norma en cita dispone: “Insubsistencia discrecional. La autoridad nominadora podrá en cualquier momento, en virtud de la facultad discrecional, declarar insubsistente el nombramiento ordinario de un empleado del Departamento Administrativo de Seguridad sin motivar la providencia.

Igualmente habrá lugar a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, sin motivar la providencia, en los siguientes casos:

- a) Cuando exista informe reservado de inteligencia relativo a funcionarios inscritos en el régimen ordinario de carrera;
- b) Cuando por razones del servicio los funcionarios del régimen especial de carrera deban ser retirados a juicio del Jefe del Departamento, y
- c) Durante el período de prueba de los funcionarios del régimen especial de carrera.

En los casos mencionados se procederá con arreglo a las disposiciones especiales sobre la materia.

10 Sentencia C-126 de 1996.

11 Sentencia T-064 de 2007. En el mismo sentido, ver Sentencia T-829 de 2008.

12 Sentencia T-064 de 2007.

13 Sentencia T-1256 de 2008.

14 Sentencia T-467 de 2006.

15 Corte Constitucional, Sentencia SU-995 de 1999, dijo que “(...) en esta clase de procesos preferentes y sumarios, el régimen probatorio está orientado por las facultades excepcionales que confiere el Decreto 2591 de 1991 al juez de amparo, especialmente en los artículos 18, 20, 21 y 22. Además, en la aplicación de las reglas de la sana crítica, debe partir el fallador del principio de la buena fe, constitucionalizado en el artículo 83 de la Carta de 1991.” En el mismo sentido, ver la sentencia T-1088 de 2000.

16 Sentencia T-064 de 2007.

17 Sentencias T-1240 de 2004, T-222 de 2005, T-653 de 2006, T-064 de 2007 y T-729 de 2007, entre otras.

18 Ver Sentencias T-064 de 2007 y T-007 de 2008.

19 Folio 7.

20 Sentencia C-371 de 1999.

21 Sentencia T-1256 de 2008.

22 Sentencias T-064 de 2007, T-007 de 2008 y T-829 de 2008, entre otras.

23 Sentencias T-064 de 2007 y T-829 de 2008.

24 Folio 4.

25 Folio 29.

26 Folio 4.