

T-317-13

Sentencia T-317/13

PERSONA JURIDICA-Titularidad de derechos fundamentales que pueden ser protegidos a través de la acción de tutela/LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA EN TUTELA DE PERSONA JURIDICA-Registraduría si tiene legitimación por cuanto el derecho que alega es vulneración del debido proceso

Desde sus primeros pronunciamientos esta Corporación ha sostenido que las personas jurídicas, aún las de derecho público, están legitimadas para ejercer la acción de tutela debido a que son titulares de derechos constitucionales fundamentales por dos vías, directamente como titulares de aquellos derechos que por su naturaleza son predicables de estos sujetos de derechos, e indirectamente cuando la vulneración puede afectar los derechos fundamentales de la personas naturales que las integran. El corolario lógico de esta titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas es la legitimación activa para reclamarlos mediante la acción de tutela. En relación con la representación judicial ha señalado la Corte, que la instauración de una acción de tutela por parte de una persona jurídica debe respetar las reglas de postulación previstas en la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991, de manera que sea impetrada por su representante legal, directamente o a través de apoderado. Así las cosas, en este caso la Registraduría Nacional del Estado Civil sí tiene legitimación activa para presentar la acción de tutela bajo estudio, en cuanto el derecho fundamental que alega le ha sido vulnerado, es el derecho al debido proceso, además, la entidad se encuentra debidamente representada por apoderada judicial.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

PERSONAS JURIDICAS DE DERECHO PUBLICO-Titularidad de derechos fundamentales/PERSONA JURIDICA-Titularidad de ciertos derechos fundamentales

La jurisprudencia ha hecho distinción respecto de los derechos fundamentales de los cuales puede ser titular una persona jurídica, señalando que algunos de ellos se refieren exclusivamente a la persona humana y, por tanto, aquellas no estarían legitimadas para

recurrir a su amparo. Por ejemplo, el derecho a la vida, a la prohibición de la desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o al derecho a la intimidad familiar. Tampoco son titulares del derecho a la dignidad humana, ni de los derechos a la intimidad personal y a la honra, los cuales “solamente se reconocen al ser humano, pues son atributos propios de éste, inherentes a su racionalidad, inalienables, imprescriptibles y connaturales con el reconocimiento de su dignidad”. Bajo ese entendido, se ha dicho que una persona jurídica tiene derecho a la igualdad, a la inviolabilidad de domicilio, petición, debido proceso, libertad de asociación, acceso a la administración de justicia y el derecho al buen nombre, sin que esta enunciación pretenda ser exhaustiva.

FUNCION ELECTORAL COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIZAR EL PRINCIPIO DEMOCRATICO

La participación democrática garantizada por la Constitución se desarrolla en múltiples escenarios y aunque no se limita al campo electoral, ese es, precisamente, el ámbito en que se torna efectiva. En ese sentido, la organización electoral, en cuanto ejerce un papel central en el régimen democrático, requiere de altos niveles de profesionalización y transparencia, lo que implica la necesidad de contar con arreglos institucionales que garanticen el carácter técnico e imparcial en el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales.

CONFIANZA COMO CRITERIO DETERMINANTE EN CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION

Es claro que la confianza es un criterio subjetivo relevante no solo para establecer si un cargo es de libre nombramiento o remoción, especialmente en aquellos empleos de cualquier nivel jerárquico que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, sino también para determinar el ingreso y la permanencia en el cargo del respectivo servidor público.

DISCRECIONALIDAD EN MATERIA DE FUNCIONARIOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION

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

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.

DESVINCULACION DE FUNCIONARIO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION POR PERDIDA DE CONFIANZA-El acto de desvinculación no puede calificarse como arbitrario o dictado con desviación de poder

La facultad discrecional que tiene la administración para desvincular funcionarios de libre nombramiento y remoción no es sinónimo de arbitrariedad ni indica que pueden adoptarse decisiones sin fundamento alguno, toda vez que dicha potestad exige, de un lado, que la decisión responda a los fines de la norma que otorga la facultad y, del otro, la proporcionalidad entre los hechos respecto de los cuales se pronuncia la administración y la consecuencia jurídica que se genera. Así las cosas, siendo la confianza un factor determinante a la hora de vincular funcionarios en cargos de libre nombramiento y remoción, su pérdida constituye una razón justificada para que la administración dé por terminada la relación laboral con el empleado público y de esta forma garantice tanto la prestación del buen servicio como la satisfacción del interés público. En ese entendido, cuando la decisión de insubsistencia es consecuencia de actuaciones del servidor que contribuyeron a que su nominador perdiera la confianza en él, el acto no puede catalogarse como arbitrario o dictado con desviación de poder.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Tribunal incurrió en defecto fáctico al determinar que el acto de desvinculación del cargo de libre nombramiento y remoción de Registrador Distrital obedeció a desviación de poder

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por cuanto no se

probó arbitrariedad ni desviación de poder en declaratoria de insubsistencia de Registrador, quien ocupaba cargo de libre nombramiento y remoción

SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Principio constitucional

CARRERA ADMINISTRATIVA-Mérito como criterio fundamental para el ingreso, ascenso y retiro

SISTEMA ESPECIAL DE CARRERA ADMINISTRATIVA PARA LA REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL-Tiene carácter excepcional y está regido por los principios de igualdad, mérito y estabilidad

CARRERA ADMINISTRATIVA PARA LA REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL-Orden a la Registraduría para que en el término de seis (6) meses convoque concurso para proveer todos los cargos de carrera que en la actualidad son ejercidos en provisionalidad

Referencia: expediente T-3.463.457

Acción de Tutela instaurada por la Registraduría Nacional del Estado Civil contra el Tribunal Administrativo de Bolívar y el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena.

Derecho fundamental invocado: derecho al debido proceso.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil trece (2013)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, quien la preside, Alberto Rojas Ríos y Diego López Medina, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente.

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la Sentencia dictada el 26 de enero de 2012 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que resolvió negar la tutela incoada por la Registraduría Nacional del Estado Civil contra el Tribunal Administrativo de Bolívar y el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Cinco de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

1.1. SOLICITUD

La apoderada judicial de la Registraduría Nacional del Estado Civil, solicitó al juez de tutela que ampare el derecho fundamental al debido proceso de su poderdante. En consecuencia, argumentó la existencia de defecto fáctico, pidió se dejen sin efectos las sentencias del 30 de septiembre de 2010 y 30 de septiembre de 2011, proferidas por el Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena y por el Tribunal Administrativo de Bolívar, respectivamente, que declararon la nulidad y restablecimiento del derecho del señor Abraham Moisés Posada Sampayo tras ser declarado insubsistente en el cargo de Registrador Especial 0065-03 de Cartagena, decretando su inmediato reintegro. Solicitó además, ordenar al Tribunal Administrativo de Bolívar proferir nueva sentencia acorde con las pruebas regular y oportunamente allegadas.

1.1.1. Hechos

1.1.1.2. En las elecciones para Congreso de la República celebradas el 10 de marzo de 2002, se presentaron irregularidades en el Departamento de Bolívar, lo cual fue informado por los Registradores Especiales de Cartagena a la Procuraduría General de la Nación. En consecuencia de lo anterior, la Fiscalía General de la Nación inició investigación de manera oficiosa.

1.1.1.3. Mediante Resolución No. 203 del 23 de abril de 2002, se declaró la

insubsistencia del cargo de libre nombramiento y remoción ocupado por el señor Posada Sampayo. A juicio de aquél, dicha actuación obedeció a las irregularidades que se presentaron en el debate electoral de 2002, después del extravío de los formularios E14 en el Departamento de Bolívar; a algunos “rumores en los que se afirmaba que el señor Posada Sampayo había dado la orden de sustraerlos”, y a la denuncia penal presentada por los Registradores Delegados por fraude electoral en Cartagena.

1.1.1.4. Frente a lo anterior, el señor Posada Sampayo interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Durante el proceso, afirmó en su defensa que una vez terminado el escrutinio departamental y consolidados los resultados de cada uno de los municipios, los documentos electorales quedan bajo custodia de los Registradores Delegados Departamentales, de manera que él no pudo acceder a los mismos ni mucho menos tenerlos bajo su poder para dar la orden de sustraerlos (ver folio 67 del cuaderno de pruebas No. 2).

1.1.1.5. En esa oportunidad, la Registraduría Nacional manifestó que la declaratoria de insubsistencia se llevó a cabo con observancia del debido proceso y en derecho, por cuanto el cargo del señor Posada Sampayo, para el momento de los hechos, era de libre nombramiento y remoción. En esa medida, la entidad tenía la facultad discrecional de removerlo por razones del servicio, no existiendo ningún móvil diferente a los fines perseguidos por la ley (ver folio 70 del cuaderno de pruebas No. 2).

1.1.1.6. El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, en providencia del 30 de septiembre de 2010, declaró la nulidad de la resolución de insubsistencia y condenó a la Registraduría a reintegrar al demandante y a reconocerle y pagarle los salarios y demás prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha de su retiro hasta el reintegro.

El Juez fundamentó su decisión en que la jurisprudencia ha dejado sentado que cuando un acto de insubsistencia no es motivado, se presume que está inspirado en razones del buen servicio, a menos que se demuestre que fueron otras los motivos que movieron a la administración y que la obligaron a seguir previamente otro procedimiento.

En este sentido, adujo que no es el libre arbitrio del nominador una causa legítima del acto, atendiendo a que las manifestaciones de la voluntad administrativa, que afectan

situaciones jurídicas de los particulares, deben adecuarse a los fines de las normas que las autorizan y deben ser proporcionales a los hechos que le sirven de causa (art. 36 del Código Contencioso Administrativo). Por ello, dijo, el acto discrecional puede ser objeto de control judicial cuando se ha expedido por razones ajenas a las normas que lo autorizan, o cuando no es proporcional a los hechos que lo causan.

Frente al caso concreto, señaló que teniendo en cuenta las pruebas obrantes en el expediente, la declaratoria de insubsistencia del señor Posada Sampayo, lejos de haber sido emitida por las facultades del buen servicio y discrecionales del nominador, es claro que se originó en las presuntas irregularidades ocurridas en las elecciones de marzo de 2002, tal como se desprende de las informaciones periodísticas de los diarios locales. Así, la entidad demandada “so pretexto de ignotas razones del ‘buen servicio’, lo remueva arbitrariamente y atente contra su dignidad y su buen nombre dejando en la sombra de lo incierto y misterioso los verdaderos motivos de su acto de insubsistencia”.

Concluyó entonces que es palmario que las verdaderas razones de la declaratoria de insubsistencia se encontraban en las acusaciones que para la fecha se le hicieran, y sin que antes los órganos de control iniciaran las investigaciones correspondientes, que, entre otras cosas, una vez terminadas, llevaron a la absolución tanto disciplinaria como penal. De manera que el acto de insubsistencia desborda cualquier límite de razonabilidad en el ejercicio de la facultad discrecional, configurándose la nulidad por desvío de poder.

1.1.1.7. El Tribunal Administrativo de Bolívar, el 30 de septiembre de 2011 confirmó el fallo del A-quo al considerar que se logró establecer la desviación de poder en la expedición del acto acusado, desvirtuándose así su presunción de legalidad.

La decisión de esta instancia judicial se efectuó de conformidad al material probatorio, el cual, a juicio del Tribunal, demostró que: (i) dos semanas antes de la declaratoria de insubsistencia del demandante, la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, el 14 de abril de 2002, ordenó escucharlo en indagatoria el 16 de abril del mismo año; (ii) el 27 de septiembre de 2003 la Fiscalía Tercera Delegada ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena resolvió decretar medida de aseguramiento de detención preventiva del señor Posada Sampayo, en calidad de autor del delito de falsedad ideológica en documento público y (iii) el 15 de agosto de 2003, profirió resolución de acusación contra el

demandante. Posteriormente, (iv) el Juzgado Primero Penal del Circuito Adjunto de Cartagena, el 30 de junio de 2009, absolvió de los cargos al señor Posada Sampayo.

Por lo anterior, sostuvo esta instancia judicial que la coetaneidad entre la fecha de apertura de la investigación y la declaratoria de insubsistencia por facultad discrecional, permite concluir que en realidad los fines perseguidos en el acto acusado fueron distintos a los del buen servicio y obedecieron a una sanción, lo que efectivamente estructura la desviación de poder.

1.1.2. Fundamentos de la demanda

Contra las decisiones descritas, la Registraduría Nacional del Estado Civil interpone acción de tutela por considerar que tales actuaciones judiciales vulneraron su derecho al debido proceso al incurrir en defecto fáctico, por no observarse relación entre lo probado y lo decidido.

Señala que, tanto el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito como el Tribunal Administrativo de Bolívar, incurrieron en deducciones, es decir, erraron en el valor probatorio que le dieron a las mismas, llegando a conclusiones fuera de contexto.

Alega la entidad accionante, que el Tribunal Administrativo de Bolívar hizo una indebida valoración de las pruebas en las que sustenta su fallo, toda vez que:

(i) esta instancia judicial manifestó que hubo desviación de poder debido a la cercanía entre el inicio del proceso penal que cursó en contra del señor Posada Sampayo, y la fecha de la Resolución de insubsistencia.

(ii) hizo una valoración fraccionada del testimonio rendido por la señora HERNANDEZ GONZÁLEZ DE MEJÍA.

Respecto a la decisión del Juez de primera instancia, precisa que hubo una indebida apreciación de las pruebas, al considerar que:

(i) se apoyó en las informaciones periodísticas allegadas al proceso, de las cuales no es posible deducir la intención de los Delegados de la Registraduría que expidieron el referido acto.

(ii) frente a los testimonios allegados al proceso, se infiere el desconocimiento de los declarantes sobre los hechos materia del litigio, toda vez que no conocen el móvil por el cual se declaró insubsistente al demandante.

1.2. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez admitida la demanda de tutela, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta del Consejo de Estado, corrió traslado de la demanda al Tribunal Administrativo de Bolívar y al Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena; y ordenó notificar la existencia de esta acción al señor ABRAHAM POSADA SAMPAYO, por tener interés directo en los resultados del proceso.

1.2.1. Contestación del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, en escrito de fecha 14 de diciembre de 2011, dio respuesta a la tutela solicitando negar las pretensiones. Consideró que la sentencia atacada se profirió dentro de los términos procesales y con una adecuada valoración probatoria y jurídica.

Indicó esta instancia judicial que el acto de insubsistencia, sin importar si es discrecional, puede ser objeto de control judicial cuando (i) se ha expedido con fundamento en razones ajenas a las contempladas en el ordenamiento jurídico, (ii) no es proporcional a los hechos que lo causan o (iii) constituye desviación de poder, tal como se concluyó en el presente caso.

Manifestó que no existe razón para considerar que hubo violación al debido proceso, ya que la decisión cuenta con una motivación razonable que excluye la posibilidad de tildarla de arbitraria, parcializada o de vulnerar los derechos invocados en la demanda. El tema en discusión se limitó a un asunto de interpretación normativa, sobre el cual el despacho actuó con fundamento en la ley aplicable al caso, respaldado con su análisis probatorio.

Respecto a la indebida valoración de las pruebas, sostuvo que en la sentencia se esbozaron las razones jurídicas y fácticas, e incluso citando folios y pruebas que se consideraron relevantes para la decisión.

Finalmente, advirtió que la entidad vencida en el proceso contó con su derecho a

controvertir la decisión, agotando el recurso de apelación.

1.2.2. Contestación del Tribunal Administrativo de Bolívar

El Tribunal Superior de Bolívar respondió esta acción de tutela en escrito del 15 de diciembre de 2011. Solicitó denegar las pretensiones del accionante, por cuanto en ningún momento se incurrió en una vía de hecho, ya que la sentencia que confirmó la decisión del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, tuvo como fundamento los parámetros legales establecidos respecto a la declaratoria de insubsistencia del personal nombrado en cargos de libre nombramiento y remoción, además, observó el precedente tanto horizontal como vertical.

De igual forma, manifestó que los actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional están amparados por la presunción de legalidad y de haber sido proferidos en aras del buen servicio; pero a su vez, quien considere que se profirieron con desviación de poder, corre, en principio, con la carga de la prueba, es decir, que debe tener un definido respaldo probatorio que lleve al juzgado a la certeza incontrovertible de que los motivos que la administración tuvo para expedir el acto enjuiciado son ajenos a los que la ley señala para tal efecto.

Finalmente, agregó que el material probatorio se valoró adecuadamente, pues fue precisamente de éste que se concluyó que aunque el acto acusado se expidió en ejercicio de la facultad discrecional otorgada por la ley, su presunción de legalidad quedó desvirtuada al establecerse que el móvil de la declaratoria de insubsistencia no fue por el mejoramiento del servicio.

1.2.3. Respuesta del señor Abraham Moisés Posada Sampayo

Abraham Moisés Posada Sampayo, vinculado de manera oficiosa, intervino con el fin de ejercer su derecho de defensa, solicitando declarar improcedente la acción de tutela, apoyándose en las siguientes razones:

En primer lugar, indicó que las decisiones acusadas por el accionante, obedecieron a un análisis de todos los elementos fácticos y jurídicos que pusieron en evidencia la desviación de poder en que incurrió la entidad al declararlo insubsistente.

En segundo lugar, señaló que en el transcurso del proceso ordinario se alegó y probó fehacientemente que el acto administrativo de insubsistencia no obedeció a fines de servicio, sino que se expidió como consecuencia de las presuntas irregularidades que se presentaron durante las elecciones de marzo del año 2002, época en la que se desempeñó como funcionario de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Por consiguiente, consideró que el ejercicio de la facultad discrecional de remover a los servidores públicos, excluye toda posibilidad de que la insubsistencia se encuentre inspirada en motivos ajenos a la obligación de garantizar el buen servicio público.

Finalmente, concluyó que la Registraduría Nacional del Estado Civil pretende, con la interposición de la acción de tutela, efectuar una tercera instancia, luego de haber sido vencida en juicio en el cual le fueron respetadas todas las garantías procesales establecidas en la ley.

1.3. PRUEBAS DOCUMENTALES OBRANTES DENTRO DEL EXPEDIENTE

Obran en el expediente las siguientes:

1.3.1. Copia de la Sentencia del 30 de septiembre de 2010, expedida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el señor Abraham Moisés Posada Sampayo contra la Registraduría Nacional del Estado Civil[1].

1.3.2. Copia de la Sentencia de segunda instancia con fecha 30 de septiembre de 2011, promulgada por el Tribunal Administrativo de Bolívar[2].

1.4. DECISIONES JUDICIALES

1.4.1. Única de instancia

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 26 de enero de 2012, negó las pretensiones de la acción de tutela.

Señaló que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, debía analizarse si las decisiones adoptadas se basaron en un análisis objetivo, racional y riguroso de las pruebas.

Consideró que del contenido de las providencias que se controvierten mediante el ejercicio de la presente acción, se desprende que las pruebas aportadas al proceso fueron valoradas en su totalidad, bajo criterios razonables y la aplicación de la sana crítica para decidir el fondo del asunto.

Concluyó que el estudio de las sentencias demandadas, permite establecer que no existe una vía de hecho con relación a la apreciación del material probatorio, y la discrepancia que discute la parte actora, de ninguna manera dibuja el desconocimiento del derecho al debido proceso.

En ese sentido, recordó que “el desacuerdo en la valoración probatoria no puede ser desatado mediante el ejercicio de la acción de tutela, pues de ser así se convertiría esta acción en un escenario para evaluar el grado de convencimiento de los razonamientos de los jueces cuando no actúen como jueces constitucionales”.

1.5. ACTUACIÓN EN SEDE DE REVISIÓN

Mediante auto de fecha 18 de septiembre de 2012, el magistrado sustanciador solicitó al Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena el expediente correspondiente al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, iniciado por el señor Abraham Sampayo Posada en contra de la Registraduría Nacional del Estado Civil, radicado bajo el número 13001-23-31-03-2002-01001-00.

El proceso, fue recibido por el despacho el día 1 de octubre de 2012.

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

2.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar el fallo de tutela adoptado en el proceso de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

2.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

2.2.1. Mediante Resolución No. 203 de 23 de abril de 2002, los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil declararon insubsistente el nombramiento del señor Abraham Posada Sampayo en el cargo de Registrador Especial 0065-03 de Cartagena. El cargo del señor Posada Sampayo era para ese momento de libre nombramiento y remoción y su insubsistencia fue fundamentada en razones del servicio.

Como consecuencia de lo anterior, el señor Posada Sampayo interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho al considerar que la declaratoria de insubsistencia no se debió a razones del servicio, como lo alegó la Registraduría, sino en cuanto se presumió su responsabilidad en las irregularidades que se presentaron en el Departamento de Bolívar en las elecciones para Congreso de la República celebradas el 10 de marzo de 2002. Lo cual, alegó el señor Posada Sampayo, no está amparado en las normas vigentes y resulta además desproporcionado.

Tanto el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena como el Tribunal Administrativo de Bolívar le dieron la razón al señor Posada Sampayo, al encontrar que, si bien la declaratoria de insubsistencia de cargos de libre nombramiento y remoción es una decisión discrecional del nominador, lo cierto es que ésta no puede ser arbitraria y debe fundamentarse en la normativa aplicable y, además debe responder a razones proporcionadas, orientadas al mejoramiento del servicio. Así las cosas, al observar que la declaratoria de insubsistencia coincidió con investigaciones iniciadas en contra del señor Posada Sampayo - que luego fueron archivadas -, concluyeron que su remoción no tuvo motivo en razones de mejoramiento del servicio como se señaló en la resolución de insubsistencia, sino en meras presunciones que afectaron su dignidad y buen nombre, configurándose una desviación de poder.

La Registraduría Nacional del Estado Civil, por su parte, sostiene que dichas decisiones incurrieron en defecto fáctico al valorar indebidamente las pruebas aportadas al expediente, esto es, el expediente de la investigación penal; dos testimonios; una queja de la red de veeduría ciudadana de Cartagena, y reportajes de los Diarios El Heraldillo y El Tiempo, y de la Revista Cambio. Ello, en cuanto las autoridades judiciales demandadas, de ellas dedujeron que la declaratoria de insubsistencia se basó en las investigaciones que

siguieron a las irregularidades presentadas durante la contienda electoral del año 2002, sin que las mismas reflejaran necesariamente que ese fuera el móvil de la insubsistencia.

2.2.2. Lo descrito en precedencia muestra que surgen dos problemas jurídicos que corresponde resolver a la Sala y que se circunscriben a determinar:

(i) Si esta acción de tutela satisface los requisitos genéricos de procedencia del amparo en casos en los que se cuestiona una sentencia judicial.

(ii) Luego, en el evento de que se verifique el cumplimiento de tales requisitos, debe esta Sala establecer si las providencias judiciales atacadas incurrieron en la causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales invocada por la entidad accionante, esto es, si se configura un defecto fáctico por indebida valoración del material probatorio al concluir que la declaratoria de insubsistencia no se basó en razones de mejoramiento del servicio, sino en presunciones en contra del señor Posada Sampayo, sin que las pruebas obrantes permitieran llegar a esa conclusión.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala debe estudiar: primero, la titularidad de derechos fundamentales de entidades públicas; segundo la función electoral como garantía del principio democrático constitucional; tercero, la confianza como criterio determinante en cargos de libre nombramiento y remoción; cuarto, la discrecionalidad en materia de funcionarios de libre nombramiento y remoción; quinto, la desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción por pérdida de confianza y, sexto, el análisis del caso concreto frente a las causales genéricas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales así como frente a la posible presencia de un defecto fáctico en la actuación de las autoridades judiciales demandadas en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho al que se ha hecho referencia.

Planteado entonces el debate constitucional, esta Corporación debe establecer previamente (i) la legitimación activa para interponer acciones, por ser la accionante una persona jurídica de derecho público y (ii) si la demanda presentada por la Registraduría cumple los requisitos generales exigidos por la jurisprudencia para atacar, por vía de tutela, providencias judiciales.

2.3. CUESTIONES PRELIMINARES

2.3.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA PRESENTAR ACCIÓN DE TUTELA

Desde sus primeros pronunciamientos[3] esta Corporación ha sostenido que las personas jurídicas, aún las de derecho público, están legitimadas para ejercer la acción de tutela debido a que son titulares de derechos constitucionales fundamentales por dos vías, directamente como titulares de aquellos derechos que por su naturaleza son predicables de estos sujetos de derechos, e indirectamente cuando la vulneración puede afectar los derechos fundamentales de la personas naturales que las integran[4].

El corolario lógico de esta titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas es la legitimación activa para reclamarlos mediante la acción de tutela. En relación con la representación judicial ha señalado la Corte, que la instauración de una acción de tutela por parte de una persona jurídica debe respetar las reglas de postulación previstas en la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991, de manera que sea impetrada por su representante legal, directamente o a través de apoderado.[5]

Así las cosas, en este caso la Registraduría Nacional del Estado Civil sí tiene legitimación activa para presentar la acción de tutela bajo estudio, en cuanto el derecho fundamental que alega le ha sido vulnerado, es el derecho al debido proceso, además, la entidad se encuentra debidamente representada por apoderada judicial[6].

2.3.2. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS GENERALES PARA LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

2.3.2.1. Después de varios años de decantar el concepto de vía de hecho[7], la Corte Constitucional consideró necesario replantearlo y ampliarlo a las “causales genéricas de procedibilidad de la acción”. Así, en la Sentencia C-590 de 2005[8], la Sala Plena de esta Corporación declaró inexecutable la expresión “ni acción”, que hacía parte del artículo 185 de la Ley 906 de 2004 porque restringía el ejercicio de la acción de tutela contra sentencias de la Corte Suprema de Justicia en ejercicio del recurso extraordinario de casación en materia penal. En esa oportunidad, se dejó claro que la tutela procede contra todas las providencias judiciales ejecutoriadas cuando se cumplen con los requisitos generales de la tutela y se prueba alguna de las causales específicas de procedibilidad de esta acción constitucional contra sentencias.

2.3.2.2. Esta sentencia, sistematizó los requisitos generales de procedencia de la tutela, de la siguiente manera:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

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

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

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse

como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

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

2.3.2.3. En cuanto a las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, ese mismo fallo los resumió así:

“Para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

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

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

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. [9]

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

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

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

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

h. Violación directa de la Constitución.

Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales”

2.3.2.4. De manera que la acción de tutela procede contra decisiones judiciales, como las que ahora se acusan, siempre y cuando éstas cumplan los requisitos generales de procedencia, vulneren derechos fundamentales y con ello se demuestre una de las causales especiales de procedibilidad de la acción constitucional.

2.3.2.5. En el presente caso, la Sala considera que se cumplen los requisitos generales por las razones que a continuación se exponen:

El asunto en estudio tiene una evidente relevancia constitucional.

El asunto planteado a esta Sala de Revisión comporta la presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso (Art. 29 C.P.), relacionado íntimamente con el principio de prevalencia del derecho sustancial en las actividades judiciales, aspecto de relevancia constitucional por el respeto y la correcta aplicación de los preceptos superiores que así lo consagran y, consecuentemente, por la trascendencia de la tarea del juez en el Estado Social de Derecho.[10]

Aunado a lo anterior, debe resaltarse que la accionante es una autoridad pública y con la acción de tutela, pretende salvaguardar derechos o intereses estatales.

Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial.

Se advierte que el asunto que hoy ocupa la atención de esta Sala, satisface el presupuesto

de subsidiariedad de la acción de tutela, toda vez que la providencia materia de revisión no puede controvertirse por una vía distinta a esta acción.

Se cumple la condición de la residualidad en cuanto contra la sentencia objeto de estudio no procede recurso alguno. En efecto, contra las decisiones de segunda instancia adoptadas por los Tribunales Administrativos no existe una instancia adicional bajo las circunstancias del caso concreto. El recurso extraordinario de revisión no procedería en este caso pues dentro de las causales establecidas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, no existe la de valoración indebida del material probatorio.

La entidad accionante discute presuntas irregularidades que, de comprobarse, tendrían un efecto decisivo en la sentencia, pues, evidentemente, si el material probatorio no fue valorado en debida forma, la conclusión sería que el resultado de las decisiones hubiera sido distinto.

La simple lectura de los antecedentes de esta sentencia muestra que la solicitud de tutela identifica plenamente tanto los hechos que generaron la supuesta vulneración como el derecho fundamental que se considera violado: el derecho al debido proceso. De esta forma, también se cumple este requisito de procedencia de la acción de tutela.

Es evidente que el presente asunto no pretende discutir una sentencia de tutela.

Finalmente sí se cumplió el requisito de la inmediatez, en efecto, entre la fecha de la adopción de la última de las decisiones que se acusan, y la fecha de interposición de la tutela, transcurrieron sólo dos meses, término a todas luces razonable. La sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar es del 30 de septiembre de 2011, y la acción de tutela fue recibida en la Secretaría General del Consejo de Estado, el 28 de noviembre de ese mismo año.

2.4. TITULARIDAD DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE ENTIDADES PÚBLICAS

En la sentencia C-360 de 1996, la Corte reconoció que en determinados eventos las personas jurídicas -incluso las personas jurídicas de derecho público- pueden ser titulares de derechos fundamentales. En esa misma providencia señaló que dicha titularidad depende de (i) que así lo permita la naturaleza del derecho objeto de la vulneración o amenaza, y,

(ii) que exista una relación directa entre la persona jurídica que alega la vulneración y una persona o grupo de personas naturales, virtualmente afectadas. Advirtió también que las personas jurídicas de derecho público pueden ser titulares de aquellos derechos fundamentales cuya naturaleza así lo admita y, por lo tanto, están constitucionalmente habilitadas para ejercerlos y defenderlos a través de los recursos que, para tales efectos, ofrece el ordenamiento jurídico[11].

En la sentencia SU-182 de 1998[12], al realizar un extenso análisis de la titularidad de derechos de las personas jurídicas de derecho público, esta Corporación señaló que dentro de la gama de aquellos garantizados en un Estado Social de Derecho a este tipo de sujetos hay algunos de naturaleza fundamental, “en cuanto estrechamente ligados a su existencia misma, a su actividad, al núcleo de las garantías que el orden jurídico les ofrece y, por supuesto, al ejercicio de derechos de las personas naturales afectadas de manera transitiva cuando son vulnerados o desconocidos los de aquellos entes en que tienen interés directo o indirecto[13]”, por ende susceptibles de ser amparados por vía de tutela.

Así, señaló la sentencia en cita: “La jurisprudencia constitucional ha reconocido que pueden ser titulares, de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, a la libertad de asociación, a la inviolabilidad de los documentos y papeles privados, al acceso a la administración de justicia, al derecho a la información, al habeas data y al derecho al buen nombre, entre otros[14], que son susceptibles de ser protegidos en cabeza de una persona jurídica, a condición de que en la relación jurídica concreta que origina la tutela tengan la condición de titulares de esos derechos.”[15]

Y, en particular sobre las personas jurídicas de derecho público ha señalado la Corte: “[L]as estatales propiamente dichas así como las de capital mixto - público y privado- no están excluidas de los derechos fundamentales, en lo que se ajuste a su naturaleza, actividad y funciones, toda vez que, por conducto de sus órganos y con indudable repercusión en el interés y en los derechos de los seres humanos, son sujetos que obran con mayor o menor autonomía dentro del cuerpo social, que no puede menos de reconocer su existencia y su influjo, benéfico o perjudicial según cada caso, como tampoco ignorar sus obligaciones, deberes, cargas y prerrogativas. La persona jurídica pública no es un simple enunciado teórico ni una ficción, como durante algún tiempo lo aceptaron la ley y la doctrina, sino una

incontrastable y evidente realidad que las normas no ignoran ejercer derechos y contraer obligaciones[16]”.

Finalmente y sin perjuicio de lo expuesto, la jurisprudencia ha hecho distinción respecto de los derechos fundamentales de los cuales puede ser titular una persona jurídica[17], señalando que algunos de ellos se refieren exclusivamente a la persona humana y, por tanto, aquellas no estarían legitimadas para recurrir a su amparo. Por ejemplo, el derecho a la vida, a la prohibición de la desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o al derecho a la intimidad familiar[18]. Tampoco son titulares del derecho a la dignidad humana[19], ni de los derechos a la intimidad personal y a la honra, los cuales “solamente se reconocen al ser humano, pues son atributos propios de éste, inherentes a su racionalidad, inalienables, imprescriptibles y connaturales con el reconocimiento de su dignidad”. [20] Bajo ese entendido, se ha dicho que una persona jurídica tiene derecho a la igualdad, a la inviolabilidad de domicilio, petición, debido proceso, libertad de asociación, acceso a la administración de justicia y el derecho al buen nombre, sin que esta enunciación pretenda ser exhaustiva.

2.5. LA FUNCIÓN ELECTORAL COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIZAR EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

Con la consagración en el Texto Superior, la democracia adquirió carácter de principio estructural de la organización política del Estado Colombiano, razón por la que surge “para sus autoridades el deber de facilitarla y promoverla”[21].

En efecto, la actuación exigida de las autoridades es manifestación del significado jurídico que le da la Constitución a la democracia, que, “lejos de concebirla como una práctica” apenas “deseable dentro del comportamiento político de los colombianos”[22], la incorpora al ordenamiento como uno de sus componentes esenciales y hace de ella un rasgo característico del Estado constitucional y de su producción jurídica.[23]

La jurisprudencia de esta Corporación, al indagar acerca de los contenidos generales del principio democrático, ha retomado la concepción del pueblo como titular de la soberanía para destacar que la democracia también comporta un modo específico de concebir la estructura de la sociedad en la cual se asienta.

A este modo específico hace referencia el artículo 1 de la Constitución cuando le asigna a la República el carácter “pluralista”, otorgándole así “expresión normativa a una realidad sociológica latente en el mundo contemporáneo”[24], de conformidad con la cual, la sociedad tiene una estructura variada, pues en ella confluyen grupos y tendencias de diverso signo. El pluralismo, entonces, implica una comunidad abierta a la aceptación de la diversidad y a la pacífica interrelación de distintos grupos y de diferentes opiniones.

Para esta Corte, el pluralismo es institucional, “no sólo porque el ejercicio de los poderes públicos se asigna a varias instancias estatales, sino ante todo porque el hombre suele desarrollar “su actividad cotidiana” integrado en distintos grupos, “a los cuales pertenece, ya en razón de vínculos naturales, ora porque se ha afiliado a ellos” y, adicionalmente, la Corporación ha reconocido que el pluralismo también es ideológico, puesto que es “insospechada” la cantidad de opiniones “que coexisten en el seno de la sociedad” y siendo imposible e inconveniente “imponer una sola orientación”, al Estado democrático le corresponde permitir y favorecer “la expresión y difusión de esa diversidad de creencias con múltiples matices, opiniones o concepciones del mundo”[25].”[26]

Ahora, la democracia contemplada en el texto constitucional es, además de pluralista, participativa y su especial configuración, resulta de la complementación de los modelos de democracia representativa y directa, al aprovechar “las virtudes del sistema representativo” e incorporar “las ventajas de la participación ciudadana” para expresar “un proceso social de intervención de los sujetos en la definición del destino colectivo”[27].

La intervención ciudadana está presente “en los distintos escenarios, materias y procesos de la vida institucional y social del país”, toda vez que la participación comprende “todos los ámbitos de la vida individual familiar, social y comunitaria”[28]. En esta medida, le imprime al principio democrático un carácter universal y expansivo.

De conformidad con pronunciamientos de esta Corte, “el principio democrático es universal “en la medida en que comprende variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados” y en cuanto “se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social”; pero, a la vez, el principio democrático es expansivo, porque “su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del

respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su defensa”[29]”[30].

Ahora bien, la democracia participativa no sería posible sin la existencia de un conjunto de derechos que permitan tornar efectiva la participación en cada uno de los escenarios en que esté llamado a cumplirse el modelo democrático contemplado en la Carta.

De manera que, la participación del individuo contribuye, directa o indirectamente, a forjar una situación política y para expresar su voluntad, como parte del pueblo soberano, es titular del derecho al sufragio, el que se entiende como “el instrumento básico de su intervención en la definición de los asuntos colectivos, pues el ejercicio del sufragio no sólo hace posible la manifestación del parecer personal, sino también la verificación del designio popular sobre las candidaturas u opciones sometidas al veredicto de las urnas”. [31] Bajo este entendido, el derecho al sufragio tiene una estrecha relación con otros derechos que contribuyen a hacer posible la realización de elecciones libres, sin la cuales la democracia estaría condenada a la frustración. Tal es el caso de las libertades de expresión, de imprenta, de asociación o de reunión que permiten la formación de la voluntad política, así como su posterior manifestación.

En concordancia con lo anterior, el artículo 120 de la Constitución establece que habrá una organización electoral conformada por “el Consejo Nacional Electoral, por la Registraduría Nacional del Estado Civil y por los demás organismos que establezca la ley”, que tiene “a su cargo la organización de las elecciones, su dirección y vigilancia, así como lo relativo a la identidad de las personas”.

Estos órganos, y entre ellos, la Registraduría Nacional del Estado Civil, por la naturaleza de las funciones encomendadas, particularmente la de desarrollar los procesos electorales, deben actuar con transparencia y neutralidad. Es decir, que en ejercicio de sus funciones, deben prevalecer los medios adecuados para garantizar la actitud transparente, neutral e imparcial de esos organismos en los debates y jornadas electorales.

Bajo ese entendido, la función electoral, para lograr articular al pueblo (fuente soberana de todo poder) con las instituciones que de él emanan, requiere tanto instrumentos materiales como instituciones que se responsabilicen de que la voluntad popular se pueda manifestar

en forma genuina y que sus decisiones sean respetadas. Al respecto, en sentencia C-055 de 1998 esta Corporación indicó:

“Esta Corte ya había señalado que la realización de cualquier proceso electoral “entraña una serie de responsabilidades estatales cuyo cumplimiento es indispensable para el buen funcionamiento del sistema”[33]. De allí la necesidad de una organización electoral, que tenga a su cargo la estructuración de las elecciones, su dirección y su control (CP arts 120 y 265). Por ello, así como no puede haber democracia sin función electoral, ésta última no puede ser ejercida sin una organización electoral adecuada, ya que sin ésta “la expresión de la voluntad política individual deja de tener eficacia y sentido”, por lo cual “corresponde al Estado poner en marcha los medios para que la voluntad ciudadana sea adecuadamente recepcionada y contabilizada”[34]. Esto explica entonces que las funciones electorales y la organización electoral deban ser consideradas como la expresión orgánica e institucional del principio democrático.” (Negrillas fuera de texto).

En la misma providencia, se resaltó el papel central que la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 confirió a la organización electoral “al punto no sólo de regularla directamente en la propia Carta, sino también de definirla como un órgano autónomo e independiente, con una función propia (CP. arts. 113 y 121).” Al respecto, en dicha decisión se citó:

“Es de la esencia de un Estado de Derecho como del sistema de gobierno que se adopte, que exista una función electoral, y que esa función tenga unos órganos encargados de regularla, hacerla cumplir y protegerla.

Y tan de la esencia es que en un sistema democrático, la legitimidad del poder descansa en la existencia periódica de una elecciones libres, en el ejercicio espontáneo de la función electoral.

Ahora, tal y como está estructurada la organización de quienes tienen a su cargo el desarrollo de la función electoral, ésta no pertenece a ninguna de las tradicionales ramas del poder público; no encaja en ninguna de las tres o en todas, si las consideramos en conjunto; desde luego que en ellas se hace uso de esta función, pero de manera secundaria y ellos obedece al principio según el cual, el poder es uno solo, distribuido en ramas para que en ejercicio de las competencias a cada una de ellas asignadas lo ejerzan primordialmente en una de sus facetas, y sin perjuicio de que en forma secundaria realicen

otra u otras.

Desde el punto de vista funcional, y contra el pensamiento de muchos respetables autores, la función electoral es distinta de las demás funciones del Estado, por su naturaleza, por sus objetivos y por la forma como se ejecuta. El acto electoral no es la aplicación de la ley, ni su creación; es sí el acto por medio del cual se integran los órganos de decisión en la dirección del Estado; por eso es distinto, de naturaleza y fines diferentes.

Con el ejercicio de la función electoral, se confiere legitimidad en sus orígenes a los órganos del Estado y se da certeza y seguridad a las decisiones que estos adopten; casi que pudiéramos decir que quien la ejerce, desempeña la máxima autoridad del Estado; y su ejercicio es el cumplimiento de una atribución constitucional generadora de una situación de derecho, pues confieren nada menos que poder público. Por eso es una función pública. En ella se asienta la legitimidad del poder, la estabilidad de las autoridades y la convivencia pacífica en la sociedad.”[35]

De conformidad con lo expuesto, la participación democrática garantizada por la Constitución se desarrolla en múltiples escenarios y aunque no se limita al campo electoral, ese es, precisamente, el ámbito en que se torna efectiva. En ese sentido, la organización electoral, en cuanto ejerce un papel central en el régimen democrático, requiere de altos niveles de profesionalización y transparencia, lo que implica la necesidad de contar con arreglos institucionales que garanticen el carácter técnico e imparcial en el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales.

2.6. LA CONFIANZA COMO CRITERIO DETERMINANTE EN CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

El artículo 125 de la Constitución Política consagra como regla general, para la vinculación de servidores públicos, el sistema de carrera “cuya finalidad es la de preservar la eficiencia y eficacia de la función pública, así como garantizar a los trabajadores del Estado la estabilidad en sus cargos y la posibilidad de promoción y ascenso, previo el lleno de las condiciones y requisitos que para el efecto exija la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”.[36]

Sin perjuicio de esta regla general de carrera administrativa, la misma Carta señala unas

excepciones, como son los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Siendo entonces competencia del legislador expedir las normas que regirán el sistema de carrera en las entidades del Estado (art. 150-23 C.P.), respetando las excepciones ya señaladas.

De conformidad con lo anterior, esta Corte en reiteradas ocasiones ha fijado unos parámetros o criterios que han de ser observados por la ley para determinar cuándo un cargo es de libre nombramiento y remoción:

“(…) como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación”.[37] (Negrilla fuera de texto).

Siguiendo esta línea jurisprudencial, en la sentencia C-514 de 1994[38], esta Corporación señaló que un cargo de libre nombramiento y remoción tiene que reunir las siguientes características: (i) de un lado, hacer referencia a funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional y, (ii) de otro, referirse a cargos en los cuales es necesaria la confianza de los servidores que tienen esa clase de responsabilidades.[39] Al respecto se dijo:

“Siendo la regla general la de la pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga

necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los 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 necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades.” En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requiere cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata. Piénsese, por ejemplo, en el Secretario Privado del Presidente de la República o en un Ministro del Despacho.

Desde luego, quedan excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política ni resulta ser fundamental el *intuitu personae*”. (Subraya fuera de texto).

Con posterioridad, en sentencia T-132 de 2007[40] se recordó que en los cargos de libre nombramiento y remoción la confianza representa uno de los aspectos centrales, para la vinculación del servidor:

“Ha manifestado la Corte Constitucional que al “tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador.”[41] Este tipo de empleos suponen la existencia de estrechos lazos de confianza de modo que “el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación.” [42]

De esta manera, es claro que la confianza es un criterio subjetivo relevante no solo para establecer si un cargo es de libre nombramiento o remoción, especialmente en aquellos

empleos de cualquier nivel jerárquico que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, sino también para determinar el ingreso y la permanencia en el cargo del respectivo servidor público.

2.7. LA DISCRECIONALIDAD EN MATERIA DE FUNCIONARIOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

El artículo 209 de la Constitución de 1991 estipula que, “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”. Igualmente, como se dijo previamente, la Carta Política estableció como regla general para el acceso a los cargos públicos el sistema de carrera administrativa, exceptuando de dicho sistema los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.[43]

Así entonces, el principio que cobija las relaciones laborales del sistema de carrera es el de estabilidad laboral y, por lo tanto, los actos administrativos, por medio de los cuales se desvincula a una persona, requieren de motivación, exigencia que se convierte en una expresión y garantía de los principios de legalidad, publicidad y debido proceso, en la medida que se evita la arbitrariedad y los abusos por parte de las autoridades administrativas.[44]

En consonancia con lo manifestado, la Corte Constitucional en Sentencia SU-205 de 1998[45] se pronunció respecto de la motivación de los actos administrativos, y en tal sentido señaló:

“La motivación responde al principio de publicidad, entendiendo por tal la instrumentación de la voluntad como lo enseña Agustín Gordillo[46] quien resalta su importancia así:

La motivación del acto, contenida dentro de lo que usualmente se denomina “los considerandos” del acto, es una declaratoria de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación, o sea los motivos o presupuestos del acto; constituye por lo tanto la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad. De la motivación sólo puede prescindirse en

los actos tácitos, pues allí no hay siquiera una manifestación de voluntad; salvo en ese caso, ella es tan necesaria en los actos escritos como en los actos verbales.

Por tratarse de una enunciación de los hechos que la administración ha tenido en cuenta, constituye frente a ella un “medio de prueba en verdad de primer orden”, sirviendo además para la interpretación del acto.

La explicación de las razones por las cuales se hace algo es un elemento mínimo a exigirse de una conducta racional en un Estado de derecho; no creemos en consecuencia que la motivación sea exigible sólo de los actos que afectan derechos e intereses de los administrados, resuelvan recursos, etc., como sostiene alguna doctrina restrictiva; todos los actos administrativos a nuestro modo de ver, necesitan ser motivados. De cualquier manera, en lo que respecta a los “actos administrativos que son atributivos o denegatorios de derechos”, es indiscutida e indiscutible la necesidad de una “motivación razonablemente adecuada”, como tiene dicho la Procuración del Tesoro de la Nación.

La publicidad, además, está ligada a la transparencia, así lo señala Luciano Parejo:

“En la actuación y, por tanto, en el procedimiento administrativo existe una tensión específica entre el secreto y la reserva, a los que tiende por propia lógica la Administración, y la publicidad, que busca la transparencia como una técnica más al servicio tanto de la objetividad y del sometimiento pleno a la Ley y al Decreto de ésta en su acción, como de la prosecución efectiva del interés general[47]

Esa necesidad de motivar los actos (salvo excepciones expresamente consagradas), se integra a la publicidad, entendida como lo contrario al secreto o reserva. Por eso el retiro debe motivarse, porque si ello no ocurre materialmente no hay publicidad y se viola por tanto el debido proceso.”

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[48] 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”.

A su vez, el artículo 26 del decreto 2400 de 1968, que es precisamente el que permite la declaratoria de insubsistencia, establece:

“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.”

Por lo anterior, la Corte 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 de sus colaboradores.

En este sentido, la Sentencia C-443 de 1997, señaló:

“(…)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.

(…) frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad “precaria” (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta.”

En igual sentido, en la Sentencia T-132 de 2007[49] se reiteró, una vez más, que en los cargos de libre nombramiento y remoción, teniendo en cuenta que la confianza es un aspecto central, se contempló una excepción a la regla general sobre el deber de

motivación de los actos administrativos:

“En efecto, la Legislación prevé que en ciertos casos no se requiere la motivación. Esto sucede, por ejemplo, cuando quien se desvincula del servicio es un empleado de libre nombramiento y remoción. Ha manifestado la Corte Constitucional que al “tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador.”[50] Este tipo de empleos suponen la existencia de estrechos lazos de confianza de modo que “el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación.” [51]

Bajo estas circunstancias, el nominador goza de un margen amplio de discrecionalidad que no puede, desde luego, derivar en actuación arbitraria o desproporcionada pero tampoco exige para que proceda el retiro que el acto de desvinculación deba ser motivado. Ha sostenido la Corporación en numerosas ocasiones que, “la falta de motivación del acto que desvincula a una persona que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción no es contrario a la Constitución.”[52] Ha recalcado, además, que la no motivación de esos actos constituye “una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno.”[53]

Con todo, ha dicho la Corte que la toma de una decisión de esta naturaleza por la autoridad administrativa, “no significa arbitrariedad en el ejercicio de la función pública[54]: lo arbitrario es aquello que se funda en el capricho individual de quien ejerce el poder, con desmedro de la ley. Las facultades discrecionales, por el contrario, están sometidas a reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente[55]”, a los deberes del Estado, y las responsabilidades genéricas de las autoridades en cuanto a la protección de la vida, honra y bienes de los asociados (C.P. artículos 2º, 123[56] y 209[57]).

En este sentido, el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, prescribe como condición de la expedición de actos administrativos discrecionales, que el contenido de la decisión sea “adecuad[o] a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. [58]

En la sentencia C-429 de 2001[59] esta Corporación señaló lo siguiente:

“Que una facultad sea discrecional no significa que esté exenta de cumplir los principios y

reglas establecidas en la Constitución ni los fines esenciales del Estado, lo cual excluye de plano la arbitrariedad. No se olvide que en el Estado de derecho las competencias son regladas y, por tanto, las facultades discrecionales son excepcionales y restringidas. De manera que el ejercicio de ellas debe dirigirse a obtener una mejor calidad y la eficiente prestación de la función pública asignada, como la norma acusada expresamente lo señala”.

De manera que en estos casos, opera una discrecionalidad restringida, “ya que si bien no se requiere la motivación del acto, la propia norma exige que la autoridad haga constar en la hoja de vida del servidor público los hechos y las razones que causan la declaratoria de insubsistencia sin motivación, controlando la arbitrariedad en esas decisiones (motivación posterior)”.[60]

En atención a lo expuesto, 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.

2.8. DESVINCULACIÓN DE FUNCIONARIO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN POR PÉRDIDA DE CONFIANZA

De conformidad con lo anteriormente expuesto, la facultad discrecional que tiene la administración para desvincular funcionarios de libre nombramiento y remoción no es sinónimo de arbitrariedad ni indica que pueden adoptarse decisiones sin fundamento alguno, toda vez que dicha potestad exige, de un lado, que la decisión responda a los fines de la norma que otorga la facultad y, del otro, la proporcionalidad entre los hechos respecto de los cuales se pronuncia la administración y la consecuencia jurídica que se genera.[61]

En efecto, esta Corporación ha señalado:

“Encontramos, pues, en la discrecionalidad, dos elementos; uno, la adecuación de la decisión a los fines de la norma que autoriza la facultad discrecional, y otro, la proporcionalidad con los hechos que sirvieron de causa. La adecuación es la

correspondencia, en este caso, del contenido jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él. Por su parte, la proporcionalidad es con los hechos que le sirven de causa a la decisión, y no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico; de ahí que cobre sentido la afirmación de Kelsen, para quien la decisión en derecho asigna determinados efectos jurídicos a los supuestos de hecho. De todo lo anterior se desprende que la discrecionalidad no implica arbitrariedad al estar basada en los principios de racionalidad y razonabilidad.”[62] (Negrilla fuera de texto)

De otra parte, con relación a la facultad discrecional que tiene la administración para desvincular a funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción en los que se exige una especial confianza, el Consejo de Estado ha señalado en reiteradas ocasiones[63] lo siguiente:

“Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en manifestar que las facultades discrecionales no son omnímodas, sino que tienen que estar encaminadas a la buena prestación del servicio público, por lo cual cabe estudiar el vicio de ilegalidad del acto demandado frente al cargo del uso indebido que hace el nominador de tal potestad. Así mismo, ha insistido la jurisprudencia que cuando se trate de cargos que implican una especial responsabilidad y dignidad, como era el caso de la demandante, las exigencias para ejercer la potestad discrecional se tornan más amplias.

(...) Por ello resulta como una medida acorde con el buen servicio el retiro de la funcionaria que se encuentre en tales circunstancias. Y el anterior razonamiento se hace más exigente para los funcionarios que ocupan cargos de alta jerarquía en una institución, pues es sabido que la alta dignidad de un empleo implica compromisos mayores y riesgos de los cuales no pueden sustraerse dichos servidores estatales, debido, precisamente, a que su desempeño se torna de conocimiento público y que cualquier actuación puede dar lugar a situaciones incómodas para el organismo y para el nominador, en este caso el Alcalde, a quien no se le puede pedir una conducta distinta que actuar en aras del interés general.

En ese contexto, la misma Corporación ha señalado frente a la destitución de empleados de libre nombramiento y remoción por razones de pérdida de confianza, lo siguiente:

“(…) la situación en la que se encuentran los empleados que gozan de fuero de relativa

estabilidad laboral, no es igual a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, pues respecto de estos se predica un grado de confianza que no se requiere en aquellos. La finalidad que se persigue con la autorización de removerlos libremente es razonable, pues consiste en asegurar la permanencia de la confianza que supone el ejercicio del cargo”.[64] (Negrilla fuera de texto).

En similar sentido, manifestó:

“La Sala encuentra que convergen en un todo y evidencian que, efectivamente, como lo dice el a quo, para el nominador dicho proceder de la accionante ocasionó la pérdida de la confianza en ella. Y esta circunstancia, como se destaca en la sentencia, según lo ha reiterado esta Corporación, constituye razón de buen servicio para declarar la insubsistencia del nombramiento de un empleado público, pues para lograr la buena prestación del mismo, se requiere que quien tiene a su cargo la dirección del equipo de gobierno, tenga en cada uno de sus colaboradores absoluta confianza y credibilidad en su comportamiento, pues sólo así se puede lograr la armonía necesaria para cumplir los objetivos y cometidos de la administración, cuestión que debe ser prevalente para quienes son responsables de conducir o dirigir los organismos e instituciones oficiales. Y no puede tacharse de ilegal el decreto de remoción porque el Secretario de Transporte y Tránsito no le diera a la conducta de la libelista la transcendencia que el nominador le otorgó, porque se trata de criterios netamente subjetivos, y los expresados por el nominador, no desbordan los parámetros jurisprudenciales que sobre el ejercicio de la facultad discrecional de remoción ha trazado esta Corporación. Por ende, se constituyen en soporte válido de una determinación como la demandada”. [65]

Así las cosas, tal como se ha expuesto en las secciones anteriores, siendo la confianza un factor determinante a la hora de vincular funcionarios en cargos de libre nombramiento y remoción, su pérdida constituye una razón justificada para que la administración de por terminada la relación laboral con el empleado público y de esta forma garantice tanto la prestación del buen servicio como la satisfacción del interés público. En ese entendido, cuando la decisión de insubsistencia es consecuencia de actuaciones del servidor que contribuyeron a que su nominador perdiera la confianza en él, el acto no puede catalogarse como arbitrario o dictado con desviación de poder.

2.9. EXISTENCIA DE DEFECTO FÁCTICO EN EL CASO CONCRETO: SE EVIDENCIA UNA INDEBIDA VALORACIÓN DEL MATERIAL PROBATORIO

2.9.1. En el presente caso, la Registraduría Nacional del Estado Civil afirma que tanto el Juzgado Administrativo del Circuito de Cartagena como el Tribunal Administrativo de Bolívar, tomaron la decisión de anular la Resolución, mediante la cual se declaró insubsistente al señor Abraham Posada Sampayo y de restablecerle sus derechos, con base en una valoración defectuosa de las pruebas, en la medida que las mismas no arrojaban como conclusión que la insubsistencia no se fundamentó en razones del mejoramiento del servicio.

Para establecer si hay lugar al amparo constitucional pretendido, lo primero que se debe determinar es si en el proceso de nulidad y restablecimiento adelantado contra la accionante, se incurrió en una causal de procedibilidad de la tutela, esto es, si se incurrió en irregularidades susceptibles de vulnerar sus derechos fundamentales y de configurarse en causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Para tal efecto, la Sala hará una breve referencia a las pruebas sobre las que se fundaron las sentencias impugnadas.

Previo al análisis probatorio indicado, esta Sala resalta que las autoridades acusadas, en sus decisiones, coincidieron en señalar que si bien las personas que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción pueden ser declarados insubsistentes de manera discrecional por su nominador, esa discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad y, por tanto, con base en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo y en la jurisprudencia consolidada del Consejo de Estado, la decisión debe sustentarse en razones de mejoramiento del servicio y no puede fundamentarse en motivos desproporcionados que vulneren los derechos de la persona afectada pues se incurriría en desviación del poder.

Bajo esas consideraciones, procedieron a estudiar si existía evidencia de que el fundamento de la insubsistencia fuera arbitrario o no.

2.9.1.1. Valoración probatoria del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena

El a quo concluyó que la declaratoria de insubsistencia del señor Abraham Posada Sampayo

se apoyó en la presunción de responsabilidad de las irregularidades que ocurrieron en las elecciones de marzo de 2002 y no en razones del buen servicio, configurándose así una desviación de poder. A tal conclusión, llegó luego de analizar lo siguiente:

En primer lugar, tuvo como ciertas las informaciones periodísticas de los diarios locales y nacionales como El Universal, El tiempo y la Revista Semana, publicadas para la fecha de los hechos.

Por último, valoró a favor del funcionario el hecho de que las investigaciones de las autoridades competentes, de conformidad con los folios obrantes en el expediente, culminaron la absolución del demandante.

2.9.1.2. Valoración probatoria del Tribunal Administrativo de Bolívar

Teniendo en cuenta que el cargo reconocido por el juez de primera instancia fue el relacionado con la desviación de poder, su decisión se limitó al mismo.

Después de analizar la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el tema, consideró que este cargo debía tener un respaldo probatorio que transmitiera una certeza incontrovertible al juzgador. Bajo ese entendido, valoró las siguientes pruebas:

(i) La investigación adelantada por la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, autoridad que ordenó escuchar en indagatoria al actor el 16 de abril de 2002. Posteriormente, la Fiscalía Tercera Delegada ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena decretó medida de aseguramiento contra el demandante y proferió resolución de acusación por el delito de falsedad ideológica en documento público.

(ii) La absolución del actor por los cargos formulados en su contra mediante fallo del 30 de junio de 2009, proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito Adjunto de Cartagena.

(iii) La investigación disciplinaria iniciada por la Procuraduría Regional de Bolívar el 23 de abril de 2002, contra el actor y otros funcionarios, la cual terminó con la aceptación de los descargos presentados y en consecuencia con su absolución.

Para el Tribunal, las pruebas en cita fueron suficientes para desvirtuar la legalidad el acto

impugnado. No obstante ello, se pronunció sobre aquellas tenidas en cuenta por el a quo:

(i) Con relación a las publicaciones de los diarios El Universal y El Tiempo y la Revista Cambio, sobre la destitución del señor Posada Sampayo a raíz del presunto fraude electoral, señaló que las mismas no tenían valor probatorio, en la medida que no daban fe de la ocurrencia de los hechos ni certeza sobre la conducta desplegada por el autor.

(ii) Respecto del testimonio del señor Jorge Luis Romero Piñeres, señaló que por estar afectado por la misma decisión y hechos, carece de credibilidad. Por el contrario, consideró que el rendido por Henedis González sí gozaba de credibilidad en razón al cargo ocupado en el momento en que ocurrieron los hechos (Secretaria Ejecutiva de los delegados departamentales de Bolívar).

Finalmente, concluyó que la evidente cercanía entre la fecha de la apertura de la investigación y la declaratoria de insubsistencia, hacían presumir que los fines perseguidos eran distintos a los del buen servicio y obedecían a una sanción.

2.9.2. De conformidad con lo expuesto, la Sala advierte que las autoridades judiciales acusadas, incurrieron en una indebida valoración del material probatorio, por las razones que se presentan a continuación.

Como se expuso en líneas precedentes, los actos administrativos por medio de los cuales se desvincula a una persona de un cargo de libre nombramiento y remoción no deben motivarse, toda vez que las labores que desempeñan obedecen a una relación de plena confianza con el nominador. No obstante, una decisión de esta naturaleza no debe provenir del capricho del nominador, sino que debe fundarse en razones del buen servicio y la buena marcha de la administración. Lo anterior, por cuanto, se repite, las facultades discrecionales de la Administración no lo son de manera absoluta, sino limitada por los objetivos que se persiguen con su otorgamiento y por la proporcionalidad en su aplicación.

Así, para desvirtuar la legalidad del acto de insubsistencia, es necesario que se genere una certeza incontrovertible en el juzgador, sobre la actuación arbitraria del nominador, esto es, que en la decisión hubo desviación de poder.

En ese sentido, con relación al soporte probatorio de la decisión del Juzgado Octavo

Administrativo de Cartagena, comparte la Sala los argumentos del Tribunal Administrativo, al resolver el recurso de apelación, para restarle valor a las noticias registradas sobre la desvinculación del Señor Posada Sampayo, “teniendo en cuenta que las informaciones de prensa, no dan fe de la ocurrencia de los hechos en ellas contenidas, ni certeza de su autor, careciendo además de la ratificación de la misma”.

En cuanto al testimonio del señor Jorge Luis Romero Piñeres, el Tribunal también lo descarta por estar interesado en las resultas del proceso, pues fue desvinculado en la misma época. Lo que en principio, podría desestimar los argumentos de la entidad accionante en relación con la indebida utilización de estas pruebas.

Con relación al análisis hecho por el Tribunal Administrativo de Bolívar, sobre la coincidencia en las fechas de la declaratoria de insubsistencia y de las investigaciones penal y disciplinarias que se iniciaron en contra del señor Posada Sampayo, al señalar que la misma reflejaba que la razón para declararlo insubsistente eran las irregularidades en las elecciones del año 2002 que se le indilgaban, desvirtuándose así la presunción de legalidad del acto de insubsistencia, para esta Sala no es suficiente para concluir que hubo una desviación de poder.

En efecto, esta Sala de Revisión considera que la interpretación realizada por el Tribunal es errónea, por las razones que a continuación se exponen.

En primer lugar, aunque coincide la Sala con el Tribunal en que el móvil de la destitución del señor Posada Sampayo se encuentra en las investigaciones de tipo penal y disciplinario iniciadas en su contra, lo anterior no puede entenderse como una sanción o como un ejercicio arbitrario de la facultad discrecional con que cuenta la Registraduría para disponer de cargos de libre nombramiento y remoción, sino precisamente como una medida para adecuar el funcionamiento de la entidad a los fines de la administración y a mejorar el servicio.

Así, como quiera que el cargo ocupado en ese entonces por Abraham Posada era de libre nombramiento y remoción, su estabilidad en el mismo estaba dada por la relación de confianza que existiera entre él y su nominador. Confianza que, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y de las responsabilidades electorales que requiere, debe ser reforzada con el fin de garantizar el respeto de la función electoral que a su vez es instrumento

indispensable para el ejercicio de nuestra democracia.

En este caso, la protección de la imparcialidad y la transparencia en el proceso electoral era imperativa para la Registraduría, razón por la que debía hacer uso de la facultad discrecional para declarar insubsistente cargos de esa naturaleza, la cual se constituía como el mecanismo idóneo para cumplir con esa finalidad.

Por tanto, su presunta vinculación en las irregularidades acaecidas en el proceso electoral de 2010, rompió esa relación de confianza, generando un motivo justificado y razonable para que la administración decidiera terminar el contrato y garantizar un correcto funcionamiento de la entidad, y en consecuencia, una mejora en el servicio.

No desconoce la Sala que esta medida puede traducirse en una restricción del derecho al trabajo. No obstante, se observa que la misma resultaba necesaria, proporcional y razonable a los fines perseguidos por la entidad.

Como se dijo en precedencia, la declaración de insubsistencia fue proporcional a los hechos que sirvieron de causa, pues existía la necesidad de mantener vinculado a la institución a alguien de confianza, de manera que no se viera perjudicado el proceso electoral a cargo de la entidad y que su credibilidad no estuviese cuestionada. En esa medida, la garantía del principio democrático implicaba una limitación razonable del derecho al trabajo del señor Abraham Posada.

En segundo lugar y aunado a lo anterior, es preciso resaltar que el Consejo de Estado[66] ha indicado que el inicio de una investigación disciplinaria no constituye un impedimento para que la administración disponga, por razones del servicio, de un cargo de libre nombramiento y remoción. Al respecto, sostuvo:

Por tanto, con independencia de la investigación disciplinaria adelantada por la Procuraduría General de la Nación contra Abraham Posada Sampayo, la Registraduría tenía la potestad para actuar en defensa de los intereses jurídicos y exigir de sus funcionarios el cumplimiento de los deberes constitucionales y legales, toda vez que su comportamiento podía incidir en la transparencia e imparcialidad que debía manejar la entidad en esta clase de procesos.

Así, cuando el comportamiento del funcionario ponga en entredicho el buen servicio que debe comprometer a la administración, ésta, sin perjuicio de las investigaciones que sobre el punto se adelanten, puede dar por terminada la relación laboral con el servidor cuestionado, sin que dicha actuación pueda interpretarse como un abuso o desviación del poder.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que la desviación de poder,[67] fue la causal invocada para solicitar la nulidad de la Resolución 203 de abril 23 de 2002, mediante la cual se declaró insubsistente del cargo de libre nombramiento y remoción al señor Abraham Posada Sampayo, las pruebas valoradas no logran demostrar un móvil caprichoso en la decisión de la Registraduría, ni se logró establecer que el servicio se hubiera desmejorado con su salida, de modo que la presunción de legalidad del acto y su fundamentación del mejoramiento del servicio y el interés general, no pudo ser desvirtuada.

Bajo ese entendido, en el presente caso, la actuación de la Registraduría no puede entenderse como arbitraria o que no se sustentó en motivos válidos, ya que, como se indicó en líneas precedentes, la decisión adoptada respondió por un lado, a los fines de la norma que otorga dicha potestad y, del otro, a la proporcionalidad entre los hechos respecto de los cuales se cuestionó al servidor y la consecuencia jurídica que se generó.[68] Se reitera que la finalidad perseguida en este caso con la remoción es razonable, pues estuvo dirigida a asegurar la permanencia de la confianza que supone el ejercicio del cargo de Registrador Distrital.

2.9.3. Situación particular del cargo de Registrador Especial de la Registraduría Nacional del Estado Civil

2.9.3.1. La Carta Política, en su artículo 125 establece el mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración. De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, lo anterior significa que el Estado puede “contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública”[69]. El mencionado precepto, también establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el

mérito es el concurso público. En los términos de este artículo: “Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.”[70]

2.9.3.2. En sentencia C-588 de 2009[71], esta Corte destacó la importancia de la carrera administrativa como pilar del Estado Social de Derecho al declarar la inexecutable del Acto Legislativo No 01 de 2008, que suspendía por el término de tres años la vigencia del artículo 125 constitucional. En dicha oportunidad se indicó “que el sistema de carrera administrativa tiene como soporte principios y fundamentos propios de la definición de Estado que se consagra en el artículo 1 constitucional, cuyo incumplimiento o inobservancia implica el desconocimiento de los fines estatales; del derecho a la igualdad y la prevalencia de derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el acceso a cargos públicos y el debido proceso”.[72]

2.9.3.3. Como consecuencia de lo anterior, este Tribunal concluyó que “la carrera administrativa es, entonces, un principio constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución”[73]. En ese sentido, “la inscripción automática, sin el agotamiento de las etapas del proceso de selección, resultaba abiertamente contraria a los principios y derechos en los que se erige la Constitución de 1991”.[74]

2.9.3.4. De otra parte, la carrera administrativa de la Registraduría Nacional del Estado Civil ha tenido una evolución histórica particular, marcada por el tránsito a la actual Constitución Política y, especialmente, por las reformas introducidas por el Acto Legislativo 1º de 2003 sobre Reforma Política.[75]

2.9.3.5. En desarrollo del artículo 266[76] de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2003, el Congreso de la República expidió la Ley 1350 de agosto de 2009, mediante la cual dotó a la Registraduría Nacional del Estado Civil de una “carrera administrativa especial”, sujeta a normas autónomas y sometidas a la administración y vigilancia de la propia entidad, derogando las disposiciones del régimen de carrera anterior.[77]

2.9.3.6. La citada reforma, introdujo estrictos requisitos en cuanto a la carrera administrativa de esta entidad, “los cuales gravitan alrededor del sometimiento de sus

cargos al sistema especial de carrera administrativa, de origen constitucional a partir de la citada enmienda, cuyo ingreso será exclusivamente por concurso de méritos, dispondrá reglas sobre retiro flexible de conformidad con las necesidades del servicio y conferirá a los cargos de responsabilidad administrativa o electoral el carácter de libre remoción. Este modelo de exigencia “reforzada” de la carrera administrativa, que cuenta entre sus particularidades con un régimen “mixto” para los empleos que conlleven responsabilidad administrativa o electoral, se explica en la necesidad, evidenciada por el constituyente derivado, de despolitizar la RNEC a través de instrumentos objetivos de selección de sus servidores, lo que permite la configuración de una institución de índole técnica. Así, de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 266 de la Carta, tales empleos hacen parte de la carrera administrativa especial de la RNEC, puesto que su ingreso se realiza a través de concurso público de méritos. No obstante, se permite que el retiro de los mismos pueda hacerse bajo la libre remoción, asunto que tiene reserva material de ley, en los términos de la misma norma constitucional”.[78]

2.9.3.7. Frente a los regímenes especiales[79] (como es el caso de la Registraduría Nacional del Estado Civil), la Corte ha expresado que, no obstante ser de estirpe constitucional, una interpretación armónica del ordenamiento superior obliga a sostener que tales sistemas, como sucede con el régimen general, tienen carácter excepcional y están gobernados por los principios de igualdad, mérito y estabilidad.[80] Lo anterior, teniendo en cuenta que “solo a partir de la sujeción a tales criterios es que los sistemas especiales de carrera de índole constitucional (i) protegen los derechos y garantías constitucionales de aspirantes y servidores públicos; y (ii) cumplen los fines estatales de transparencia, eficacia y transparencia, comprometidos en los mecanismos de ingreso al servicio público”.[81]

2.9.3.8. Ahora bien, en el presente caso, la Sala advierte que el señor Abraham Moisés Posada Sampayo, al momento de la destitución, ocupaba el cargo de Registrador Especial 0065-03 de Cartagena, el cual para ese entonces era de libre nombramiento y remoción. Sin embargo, de conformidad con el artículo 6 de la Ley 1350 de 2009[82] y la interpretación que del mismo hizo esta Corporación en sentencia C-553 de 2010,[83] en la actualidad es de libre remoción y no de libre nombramiento, razón por la cual el mencionado cargo ha debido ser ocupado en la forma de que trata el literal c) del artículo 20 de la Ley 1350/09.[84] Nombramiento que estaría vigente, como máximo, por el

periodo previsto en dicha disposición.[85]

2.9.3.9. Sin perjuicio de lo anterior y teniendo en cuenta que (i) a la fecha no se tiene conocimiento de que la entidad haya hecho un concurso público para la provisión del cargo objeto de debate y (ii) esta Corporación ha ordenado en otras ocasiones la realización de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera de entidades públicas como la Fiscalía General de la Nación (Sentencia SU-446 de 2011) y la Procuraduría General de la Nación (Sentencias C-101 y T-143 de 2013), se ordenará a la Registraduría Nacional del Estado Civil que, en el término máximo de seis (6) meses contados a partir de la notificación de este fallo, inicie los trámites para convocar el concurso o concursos públicos necesarios para proveer todos los cargos de carrera que en la actualidad son ejercidos en provisionalidad.

En todo caso, en un término máximo de dos (2) años contados a partir de la notificación de esta sentencia, la Registraduría Nacional del Estado Civil deberá haber culminado dichos concursos y provisto los respectivos cargos.

2.9.3.10. Finalmente, sin perjuicio de los términos y condiciones generales que se establezcan para el diseño y desarrollo del concurso, su realización puede designarse a terceras instancias que cuenten con las herramientas técnicas y el personal adecuado para ese efecto, como la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, la cual de conformidad con los artículos 130 Superior[86] y 7 de la Ley 909 de 2004,[87] es “encargada de administrar y vigilar las carreras administrativas de los servidores públicos, con la excepción prevista en el artículo 130 superior; (...”[88] y la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, entidad que tiene dentro de sus funciones “Realizar en los términos de ley concursos para ingreso al servicio público, brindar capacitación y asesoría en materia de carrera administrativa a los organismos de las ramas del poder público y sus funcionarios, para lo cual podrá suscribir contratos y/o convenios con dichas entidades públicas.”[89]

2.9.3.11. Así, aunque en principio no les correspondería a la CNSC y a la ESAP la administración y vigilancia del concurso y la realización del mismo, respectivamente, con el fin de garantizar el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y estabilidad, predicables de toda modalidad de ingreso, permanencia y retiro del servicio público, la Sala

de Revisión recomienda su vinculación.

2.9.4. Conclusión

De conformidad con lo anterior, la Sala concluye que en el presente evento no se probó la arbitrariedad ni la desviación de poder en la declaratoria de insubsistencia del señor Abraham Posada Sampayo. Las pruebas aportadas y valoradas por las autoridades judiciales acusadas no dan fe de ello.

Al respecto, no debe perderse de vista que el cargo desempeñado por el señor Posada Sampayo, era de libre nombremiento y remoción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1014 de 2000.[90]

En ese orden de ideas, se reitera lo expuesto en párrafos precedentes, ya que frente a estos cargos el nominador goza de un amplio margen de discrecionalidad para la remoción del funcionario inversamente proporcional a la estabilidad laboral precaria e ínfima de que goza el servidor. Discrecionalidad que se apoya en que los servidores que ejerzan la función pública en dichos cargos de libre remoción deben gozar de la plena confianza, la confidencialidad, la seguridad, el conocimiento personal y el sometimiento a la dirección - entre otros- de parte del nominador. Tal como se expuso en la SU-448 de 2001, dichas tipologías respecto del nominador “traen consigo que el uso de la discrecionalidad pueda ejercerse en cualquier momento de la relación laboral. En consecuencia, la exigencia de dichas particularidades respecto del nominador de cargos de libre remoción, es atemporal y puede hacerse valer mientras se goce de la facultad legal tanto de nombrar como de remover”.

En esta oportunidad, tal como lo reconocieron las autoridades judiciales en las providencias impugnadas, frente a un cargo de libre nombramiento y remoción el análisis de las pruebas cuando se invoca desviación del poder debe ser estricto, situación que no se advierte en el caso objeto de estudio, ya que es posible afirmar que existió una incongruencia en la valoración del material probatorio al concluir - tanto el Juzgado como el Tribunal- que las razones del acto de insubsistencia no tuvieron como móvil el mejoramiento del servicio. Más aún, cuando se reitera, el correcto ejercicio de la función electoral es determinante para garantizar el respeto del principio democrático consagrado en la Carta Política de 1991.

En hilo de lo expuesto, esta Sala concederá la acción de tutela interpuesta por la Registraduría Nacional del Estado Civil contra las providencias del Juzgado Administrativo del Circuito de Cartagena y del Tribunal Administrativo de Bolívar, en el marco de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor Abraham Posada Sampayo en contra de la Resolución que declaró su insubsistencia en el cargo de Registrador Especial de Cartagena. Esto, se reitera, por encontrar esta Sala la existencia de defecto fáctico en la actuación de las autoridades judiciales mencionadas, particularmente en la valoración del material probatorio.

Ahora, aunque en este caso la Registraduría Nacional del Estado Civil demandó las decisiones proferidas tanto por el Juzgado Octavo Administrativo como por el Tribunal Administrativo de Bolívar, sólo se dejará sin efectos la providencia dictada por este último toda vez que, al confirmar la de primera instancia, es la que está produciendo los efectos controvertidos en sede de tutela.

En consecuencia, la Sala dejará sin efectos jurídicos la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el señor Abraham Moisés Posada Sampayo tras ser declarado insubsistente en el cargo de Registrador Especial 0065-03 de Cartagena y ordenará a dicha autoridad judicial que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, dicte nueva sentencia de conformidad con lo expresado en esta providencia.

Adicionalmente, se ordenará a la Registraduría Nacional del Estado Civil que, en el término máximo de seis (6) meses contados a partir de la notificación de este fallo, inicie los trámites para convocar el concurso o concursos públicos necesarios para proveer todos los cargos de carrera que en la actualidad son ejercidos en provisionalidad. En todo caso, en un término máximo de dos (2) años contados a partir de la notificación de esta sentencia, la Registraduría Nacional del Estado Civil deberá haber culminado dichos concursos y provisto los respectivos cargos. Con el fin de garantizar el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y estabilidad, predicables de toda modalidad de ingreso, permanencia y retiro del servicio público. La Sala de Revisión recomienda la vinculación de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP).

3. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada en el presente proceso.

SEGUNDO.- REVOCAR, por las razones manifestadas en la parte motiva de esta providencia, la Sentencia del 26 de enero de 2012 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en cuanto denegó la tutela impetrada por la Registraduría Nacional del Estado Civil. En su lugar, CONCEDER el amparo solicitado.

TERCERO.- DEJAR SIN EFECTOS JURÍDICOS la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el señor Abraham Moisés Posada Sampayo tras ser declarado insubsistente en el cargo de Registrador Especial 0065-03 de Cartagena.

CUARTO.- ORDENAR al Tribunal Administrativo de Bolívar que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, dicte sentencia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por Abraham Posada Sampayo contra la Registraduría Nacional del Estado Civil, de conformidad con lo expresado en esta providencia.

QUINTO.- ORDENAR, por Secretaría General la devolución del expediente correspondiente al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, iniciado por el señor Abraham Sampayo Posada en contra de la Registraduría Nacional del Estado Civil, radicado bajo el número 13001-23-31-03-2002-01001-00, al Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena.

SEXTO.- ORDENAR a la Registraduría Nacional del Estado Civil que, en el término máximo de seis (6) meses contados a partir de la notificación de este fallo, inicie los trámites para convocar el concurso o concursos públicos necesarios para proveer todos los cargos de carrera que en la actualidad son ejercidos en provisionalidad. En todo caso, en un término máximo de dos (2) años contados a partir de la notificación de esta sentencia, la

Registraduría Nacional del Estado Civil deberá haber culminado dichos concursos y provisto los respectivos cargos. Con el fin de garantizar el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y estabilidad, predicables de toda modalidad de ingreso, permanencia y retiro del servicio público, la Sala de Revisión recomienda la vinculación de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP).

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

DIEGO LÓPEZ MEDINA

Conjuez

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Folios 63 a 82 del cuaderno de pruebas principal

[2] Folios 83 a 100 del cuaderno de pruebas principal.

[3] Al respecto se pueden consultar las sentencias T-441 de 1992; T-445 de 1994; T-573 de 1994; T-133 de 1995; T-142 de 1996; T-201 de 1996; T-238 de 1996; T-462 de 1997.

[4] En este sentido sentencia T- 441 de 1992.

[5] Sentencia T-738 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

- [6] Ver folios 21 a 27 del Cuaderno de Pruebas Principal, donde constan las acreditaciones.
- [7] Aunque la sentencia C-543 de 1992[7] declaró inexequibles los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991 que disponían la procedencia de la tutela contra sentencias ejecutoriadas, expresó que, de forma excepcional, esta acción constitucional procedía contra decisiones judiciales que, aunque en apariencia están revestidas de la forma jurídica de una sentencia, en realidad implican una vía de hecho. El concepto de vía de hecho fue desarrollado a partir de las sentencias T-079 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-158 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).
- [8] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- [9] Sobre la caracterización de este defecto, ver entre otras las sentencias T-1068 de 2006 y T-266 del 3 de abril de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- [10] Artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- [11] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- [12] En la sentencia SU-182 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, se revisaron los fallos proferidos a raíz de de una acción de tutela promovida por las Empresas Municipales de Cali, Empresas Publicas de Pereira, Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, Empresas Públicas de Medellín, Empresas Públicas de Bucaramanga y Edatel S.A., contra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, la Corte realizó un completo desarrollo sobre los alcances de la legitimación por activa de las personas jurídicas de derecho público para actuar en tutela.
- [13] *Ibíd.*
- [14] Sentencias T- 441 de 1992; SU- 182 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.
- [15] Sentencia C-267 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

- [16] Sentencia SU-182 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.
- [17] Sentencia T-796 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- [18] Sentencia T-377 de 2000. M.P. Jaime Araújo Rentarúa.
- [19] Sentencia T-472 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- [20] Sentencia T-275 de 1995.M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- [21] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-180 de 1994. M .P. Hernando Herrera Vergara.
- [22] Ibídem.
- [23] Sentencia C-230A de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- [24] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-527 de 1992. M. P. Fabio Morón Díaz.
- [25] Ibídem.
- [26] Sentencia C-230A de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- [27] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-180 de 1994, M. P. Hernando Herrera Vergara.
- [29] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- [30] Sentencia C-230A de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- [31] Ibídem.
- [32] Sentencia C- 055 de 1998. M.P.Alejandro Martínez Caballero y Hernando Herrera Vergara. Citada en la Sentencia C-402 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- [33] Sentencia T-324 de 1994. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No A-2.
- [34] Ibidem, Fundamento Jurídico No B-4.
- [35] Informe Ponencia sobre la Estructura del Estado. Gaceta Constitucional Nº 59 del 25 de

abril de 1991, páginas 12 y 13.

[36] Sentencia C-161 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[37] Sentencia C-195 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[38] M.P. José Gregorio Hernández.

[39] Cfr. Sentencia C-1177 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[40] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[41] Así lo expresó en las sentencias C-514 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, SU 250 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-292 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[42] Ver Corte Constitucional. Sentencias C-195 de 1994, C-368 de 1999, C-599 de 2000, C-392 y C-1146 y C-392 de 2001.

[43] Art. 125 Constitucional.

[44] Ver sentencia SU-488 del 26 de mayo de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

[45] Sentencia SU- 250 del 26 de mayo de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[46] Agustín Gordillo, Tratado de derecho administrativo, Tomo III, págs. X-2 y ss.

[47] Manual de derecho administrativo, pág. 445.

[48] 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.

[49] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[50] Así lo expresó en las sentencias C-514 de 1994, SU 250 de 1998 y C-292 de 2001.

[51] Ver Corte Constitucional. Sentencias C-195 de 1994, C-368 de 1999, C-599 de 2000, C-392 y C-1146 y C-392 de 2001.

[52] Corte Constitucional. Sentencia T-222 de 2005.

[53] Corte Constitucional. Sentencia T-610 de 2003.

[54] Sentencia C-429 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería

[55] Sentencia C-318 de 1995 M.P. En el mismo sentido ver la Sentencia C-918 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[56] El artículo 123 de la Carta establece que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento.

[58] Cfr. Sentencia T-377 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[59] M.P. Jaime Araújo Rentería

[60] Sentencia T-708 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[61] Cfr. Sentencia T-064 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[62] Sentencia C-525 de 1995, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

[63] Ver entre otras, Sentencia del 6 de mayo de 2010 Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00411-02(0867-08). Consejera Ponente: Bertha Lucia Ramírez De Páez y Sentencia de 7 de julio de 2005, Radicación 2263-04, Consejera Ponente Ana Margarita Olaya Forero.

[64] Sentencia del 24 de marzo de 2011. Radicación número: 19001-23-31-000-2004-00011-01(1587-09) Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

[65] Sentencia del 27 de febrero de 1997. Radicación número: 8807. Consejera Ponente: Clara Forero de Castro.

[66] Sentencia del 17 de mayo de 2007. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "B". Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado. Radicación

número: 25000-23-25-000-1999-04699-01(6862-05).

[67] Sobre la desviación del poder en actos discrecionales, ha dicho el Consejo de Estado: “la desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (art. 2 de la Constitución Política y art. 2 del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser”. Sentencia de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de 12 de febrero de 2009, Rad. 3009-2004.

[68] En sentencia C-525 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, esta Corte señaló: “Encontramos, pues, en la discrecionalidad, dos elementos; uno, la adecuación de la decisión a los fines de la norma que autoriza la facultad discrecional, y otro, la proporcionalidad con los hechos que sirvieron de causa. La adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él. Por su parte, la proporcionalidad es con los hechos que le sirven de causa a la decisión, y no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico; de ahí que cobre sentido la afirmación de Kelsen, para quien la decisión en derecho asigna determinados efectos jurídicos a los supuestos de hecho. De todo lo anterior se desprende que la discrecionalidad no implica arbitrariedad al estar basada en los principios de racionalidad y razonabilidad.

[69] Cfr. Corte Constitucional sentencia SU-086 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Martínez.

[70] Son innumerables las decisiones de la Corte Constitucional, desde sus inicios, que han defendido el sistema de concurso público como el que debe imperar para la provisión de cargos de carrera en la administración. Entre otras, en las sentencias T-410 del 8 de junio de 1992.M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz; C-479 del 13 de agosto de 1992.M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-515 de 9 de noviembre de 1993; T-181 del C-126 de marzo 27 de 1996.M.P. Fabio Morón Díaz; C-063 del 11 de febrero de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-522 de noviembre 16 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara; C-753 de 30 junio de 2008.M.P. Jaime Araujo Rentarúa, entre otras.

[71] MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[72] Ver SU-446 de 2011 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[73] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009. M.P. Eduardo Mendoza Martelo, considerando 6.1.1.3, página 73.

[74] SU-46 de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[75] Ver en la sentencia C-553 de 2010 MP. Luis Ernesto Vargas Silva, el recorrido por la jurisprudencia constitucional relacionado con el análisis de la evolución histórica de esta carrera administrativa

[76] “Artículo 266. Modificado Acto Legislativo 01 de 2003. Artículo 15. El artículo 266 de la Constitución Política quedará así: [...]

La Registraduría Nacional estará conformada por servidores públicos que pertenezcan a una carrera administrativa especial a la cual se ingresará exclusivamente por concurso de méritos y que preverá el retiro flexible de conformidad con las necesidades del servicio. En todo caso, los cargos de responsabilidad administrativa o electoral serán de libre remoción, de conformidad con la ley. [...]

[77] Sentencia C-897 de 2009. MP. Mauricio González Cuervo.

[78] Sentencia C-553 de 2010. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[79] Dentro de los sistemas especiales de carrera administrativa establecidos de forma expresa por la Constitución encontramos el caso de la carrera de las fuerzas militares (Art. 217 C.P.), la de la Policía Nacional (Art. 218 inciso 3º C.P.), la de la Fiscalía General de la Nación (Art. 253 C.P.), la de la Rama Judicial (Art. 256-1 C.P.), la de la Registraduría Nacional del Estado Civil (Art. 266 inciso 3º), la de la Contraloría General de la República (Art. 268-10 C.P.), la de la Procuraduría General de la Nación (Art. 279 C.P.) y el de las universidades estatales (Art. 69 C.P.).

[80] Cfr. Sentencia C-532 de 2006. MP. Álvaro Tafur Galvis.

[81] Sentencia C-553 de 2010, previamente citada.

[82] “ARTÍCULO 6o. NATURALEZA DE LOS EMPLEOS. Los empleos de la planta de personal de la Registraduría Nacional del Estado Civil tendrán el carácter de empleos del Sistema de Carrera Especial de la Registraduría Nacional, con excepción de los siguientes empleos de libre nombramiento y remoción:

a) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Los cargos de responsabilidad administrativa o electoral que conforme con su ejercicio comportan la adopción de políticas o realización de funciones de dirección, conducción, asesoría y orientación institucionales:

(...)

- Registrador Especial.

(...)”

[83] MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[84] El contenido de la norma es el siguiente:

“Artículo 20. Clases de nombramiento. La provisión de los empleos en la Registraduría Nacional del Estado Civil podrá realizarse mediante las siguientes clases de nombramiento:

a) Nombramiento ordinario discrecional: Es aquel mediante el cual se proveen los cargos que de conformidad con la presente ley tienen carácter de libre nombramiento y remoción;

b) Nombramiento en período de prueba: Es aquel mediante el cual se proveen los cargos del sistema especial de Carrera de la Entidad con una persona seleccionada por concurso y tendrá un término de cuatro (4) meses;

c) Nombramiento provisional discrecional: Esta clase de nombramiento es excepcional y solo procederá por especiales razones del servicio. El término de la provisionalidad se podrá hacer hasta por seis (6) meses improrrogables; deberá constar expresamente en la providencia de nombramiento. En el transcurso del término citado se deberá abrir el concurso respectivo para proveer el empleo definitivamente;

d) Nombramiento en ascenso: Es aquel que se efectúa previa realización del concurso de ascenso;

e) Nombramiento en encargo: Es aquel que se hace a una persona inscrita en Carrera Administrativa para proveer de manera transitoria un empleo de Carrera mientras se surte el concurso respectivo. El encargo no podrá exceder de seis (6) meses. En el transcurso del término citado se deberá adelantar el concurso respectivo para proveer el empleo definitivamente.”

[85] Cfr. Sentencia C-553 de 2010. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[86] “Artículo 130. Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial”.

[87] “ARTÍCULO 7o. NATURALEZA DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL. La Comisión Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política, responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

Con el fin de garantizar la plena vigencia del principio de mérito en el empleo público de carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil actuará de acuerdo con los principios de objetividad, independencia e imparcialidad”.

[88] Sentencia C-1265 de 2005 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

[89] Ver artículo 3-9 del Decreto 219 del 27 de enero de 2004 “por el cual se modifica la estructura de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, y se dictan otras disposiciones”.

[90] “ARTÍCULO 3o. CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA. <Derogado tácitamente por la Ley 1350 de 2009> Son cargos de carrera administrativa todos los empleos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, con excepción de los de libre nombramiento y

remoción, de acuerdo con los siguientes criterios:

a) Aquellos, que adelante se indican, cuyo ejercicio comporta la adopción de políticas o realización de funciones de dirección, conducción u orientación institucionales:

1. Secretario General

2. Secretario Privado

3. Registrador Delegado

4. Gerente

5. Director General

6. Jefe de Oficina

7. Delegado Departamental